

DEPARTAMENTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO Y
PROCESAL

LA CORRELACIÓN DE LA SENTENCIA CON LA
ACUSACIÓN Y LA DEFENSA. ESTUDIO COMPARADO
DEL DERECHO ESPAÑOL CON EL CHILENO

CARLOS DEL RÍO FERRETTI

UNIVERSITAT DE VALENCIA
Servei de Publicacions
2007

Aquesta Tesi Doctoral va ser presentada a València el dia 8 de Setembre de 2006 davant un tribunal format per:

- D. José María Asencio Mellado
- D^a. Isabel Tapia Fernández
- D^a. Mónica Galdana Pérez Morales
- D. Alejandro Romero Seguel
- D. Luis Andrés Cucarella Galiana

Va ser dirigida per:
D. Manuel Ortells Ramos

©Copyright: Servei de Publicacions
Carlos del Río Ferretti

Depòsit legal:
I.S.B.N.:978-84-370-6673-8
Edita: Universitat de València
Servei de Publicacions
C/ Artes Gráficas, 13 bajo
46010 València
Spain
Telèfon: 963864115



UNIVERSIDAD DE VALENCIA

FACULTAD DE DERECHO

TESIS DOCTORAL:

La correlación de la sentencia con la acusación y la defensa.
Estudio comparado del Derecho español con el chileno

Director de tesis:

Dr. Manuel Ortells Ramos,
Catedrático de Derecho Procesal,
Universidad de Valencia (*Estudi
General*)

Autor:

Lic. Carlos del Río Ferretti



UNIVERSIDAD DE VALENCIA

FACULTAD DE DERECHO
Año 2006

ÍNDICE SISTEMÁTICO

SIGLAS, ACRÓNIMOS Y ABREVIATURAS	19
---	-----------

CAPÍTULO I

OBJETO DE ESTUDIO Y CONSIDERACIONES PRELIMINARES

I. INTRODUCCIÓN: OBJETO DE ESTUDIO Y SENTIDO DE LA COMPARACIÓN DE SISTEMAS LEGALES.....	23
II. CONSIDERACIONES PRELIMINARES ACERCA DEL CONCEPTO DE ACCIÓN PROCESAL Y DE PRETENSIÓN PROCESAL, EN RELACIÓN CON EL OBJETO DEL PROCESO Y EL OBJETO DEL DEBATE	28
1. Explicación previa	28
2. Consideraciones preliminares sobre la acción penal, la pretensión punitiva y el objeto del proceso	29
3. Utilización del concepto de pretensión punitiva por una parte de la doctrina. Crítica.....	39
4. Teoría abstracta de la acción y reconocimiento de la existencia de pretensión procesal.....	45
5. (Continuación) El objeto del proceso penal no es todo el contenido de la pretensión procesal, sino el puro fundamento de ésta: los hechos. Sin embargo, la pretensión procesal es importante como el objeto del debate.....	58

CAPITULO II

DEBER DE CORRELACIÓN EN EL DERECHO ESPAÑOL

SECCIÓN PRIMERA: ANÁLISIS GENERAL

I. LA CORRELACIÓN EN EL PROCESO PENAL ESPAÑOL 65

1. Consideraciones previas acerca de la exclusividad jurisdiccional «ab initio» de la aplicación del Derecho penal, y a través del proceso 68

1.1. *El proceso es tal en la medida que se configura bajo el principio acusatorio: separación de la función acusadora de la de enjuiciamiento. El principio acusatorio como principal fundamento de la correlación e incidencia de otros derechos y principios..... 72*

1.2. *El principio acusatorio tiene recepción constitucional en el derecho a un proceso con todas las garantías, específicamente en el derecho a un juez imparcial..... 75*

1.3. *Correcta conceptualización del principio acusatorio y sus concretas exigencias..... 77*

1.3.1. *No pueden atribuirse al juzgador poderes de dirección material del proceso que cuestionen su imparcialidad 80*

1.3.2. *No puede haber juicio oral (¿o condena?) si no hay acusación formulada por sujeto procesal acusador distinto del juzgador 84*

2. No se puede dictar sentencia por hechos distintos de los incluidos en la acusación ni respecto de persona distinta de la acusada 90

2.1. *La acusación como término de correlación o de comparación limitador de la sentencia..... 91*

2.1.1. *Contenidos de las calificaciones provisionales 93*

2.1.2. *Modificaciones a las calificaciones provisionales en las conclusiones o calificaciones definitivas..... 94*

2.1.3. *Las acusaciones alternativas. Su utilidad procesal y sus límites 95*

2.1.4. *Las conclusiones definitivas y la imputación tardía de hechos mediante previa instrucción sumaria suplementaria del art. 746.6 LECrim..... 98*

2.1.5. *Informes finales..... 103*

2.1.6. Una aclaración conceptual: los escritos de defensa no forman parte del término de correlación (comparación) de la sentencia, puesto que no limitan los poderes del juzgador.....	104
2.2. <i>El derecho a ser informado de la acusación, el derecho de defensa y el principio de contradicción</i>	110
2.3. <i>Derecho a ser informado de la acusación. Requisitos y contenido</i>	113
2.3.1. Requisitos formales que se deben cumplir en la información de la acusación.....	114
2.3.2. Objeto de la información. Contenidos sobre los que recae el derecho a ser informado en las calificaciones provisionales	118
2.3.3. Derecho a ser informado de las calificaciones o conclusiones definitivas.....	120
2.3.4. El derecho a ser informado de la tesis de desvinculación	122
A. <i>La tesis del art. 733 y la necesidad de otorgar a las partes la oportunidad de formular nuevas alegaciones y la aportación de nueva prueba</i>	125
B. <i>La exigencia de asunción de la tesis para que el juzgador pueda dictar sentencia conforme a ella</i>	127
2.3.5. (Continuación) Crítica del derecho de defensa (de no agravación punitiva) como base de la teoría de la máxima vinculación del juzgador a la acusación. Problema de vigencia del principio de legalidad penal sustantiva	129
2.3.6. El derecho del acusador a ser informado y a contradecir en los mismos términos que la defensa (principio de contradicción)	134
2.4. <i>La sentencia penal como el término limitado de la correlación. Los extremos de la correlación (el hecho punible y el acusado) y su reflejo en los contenidos de la sentencia: juicio de hecho, juicio jurídico y decisión (fallo)</i>	136
2.5. (Continuación) <i>La sentencia penal incongruente puede infringir conjuntamente el principio acusatorio y el derecho a ser informado de la acusación (derecho de defensa y contradicción)</i>	144

SECCIÓN SEGUNDA:

**ANÁLISIS ESPECÍFICO SOBRE LOS EXTREMOS DEL DEBER DE
CORRELACIÓN DE LA SENTENCIA**

I. EL HECHO PUNIBLE. IDENTIFICACIÓN DEL OBJETO DEL PROCESO POR EL HECHO EN LA LECRIM Y LA CORRELACIÓN OBJETIVA	146
II. LA CORRELACIÓN OBJETIVA O CON EL HECHO PUNIBLE. IDENTIDAD DEL HECHO PARA LA CORRELACIÓN (Y LA COSA JUZGADA Y LITIS PENDENCIA)	154
1. Teoría naturalista	155
1.1. <i>Criterio espacio-temporal</i>	156
1.2. <i>Criterio subjetivo (volitivo)</i>	158
2. Visión normativa del hecho	159
2.1. <i>Criterio del objeto normativo definido por la acción típica</i>	161
2.2. <i>Criterio del bien jurídico</i>	164
3. Síntesis sobre las consecuencias de las teorías de la identidad del hecho	173
3.1. <i>Concurso ideal, art. 77 del CP</i>	174
3.2. <i>Delito continuado, art. 74 del CP</i>	176
3.3. <i>Delito de hábito</i>	180
3.4. <i>Grado de desarrollo. Tentativas</i>	180
3.5. <i>Formas de participación. Inducción y complicidad</i>	182
3.6. <i>Circunstancias modificativas agravatorias</i>	183
3.7. <i>Progresión-regresión delictiva</i>	183

3.8. <i>Conclusión acerca del concepto normativo del hecho</i>	187
3.9. <i>(Continuación) El problema anterior está íntimamente vinculado al desarrollo de la homogeneidad delictiva y la tesis</i>	188
4. Tesis superadora de las concepciones naturalistas y normativas del hecho (doctrina italiana)	190
5. Deber de correlación objetiva y estimación de hechos favor rei en la sentencia, pero no alegados por la defensa	197
III. CORRELACIÓN SUBJETIVA: EL ACUSADO	200
1. La identificación del acusado con miras a la correlación	202
2. (Continuación) La acusación y nuevas imputaciones subjetivas mediante la instrucción sumaria suplementaria del art. 746.6 de la LECrim	204
3. Las conclusiones definitivas como término de comparación de la sentencia y la correlación subjetiva de ésta	206
IV. CALIFICACIÓN JURÍDICA Y DEBER DE CORRELACIÓN. NO EXISTE DEBER DE CORRELACIÓN RESPECTO DE ESTE EXTREMO. RELACIÓN CON EL DERECHO A SER INFORMADO DE LA ACUSACIÓN (DERECHO DE DEFENSA Y PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN) COMO PRESUPUESTO DEL EJERCICIO DE LAS FACULTADES DE CALIFICACIÓN DEL JUZGADOR	208
1. Doctrina jurisprudencial anterior a la aplicación directa de los contenidos constitucionales del art. 24 con relación a los poderes de calificación del juzgador. Jurisprudencia del Tribunal Supremo. Análisis de algunos casos representativos	213

2. Etapa inicial de la jurisprudencia basada en las normas de la CE (art. 24) relativa a los poderes de calificación jurídica del juzgador. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Análisis de sentencias más relevantes.....	220
3. Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relativa al poder de calificación jurídica del juzgador y al derecho a ser informado de la acusación y de defensa (tanto de los hechos como del Derecho)	227
3.1. <i>Caso DELCOURT. STEDH de 17 de enero de 1970</i>	230
3.2. <i>Caso COLAK. STEDH de 6 de diciembre de 1988 (Núm. 0180/1988)...</i>	231
3.3. <i>Caso GEA CATALÁN. STEDH de 10 de febrero de 1995 (TEDH 1995/1).....</i>	233
3.4. <i>Caso DE SALVADOR TORRES. STEDH de 24 de octubre de 1996 (TEDH 1996/1)</i>	236
3.5. <i>Caso PÉLLISIER y SASSI. STEDH de 25 de marzo de 1999 (TEDH 1999\10)</i>	239
3.6. <i>Caso DALLOS. STEDH de 1 de marzo de 2001 (TEDH 2001\197)</i>	243
4. Poder de calificación del juzgador y la exigencia de homogeneidad delictiva y de tesis (formas de compatibilizar el poder de calificar del juzgador con la vigencia del derecho a ser informado de la acusación, de defensa y contradicción)	245
5. Distintas posibilidades de calificación jurídica del hecho punible	247
6. (Continuación) Progresión y regresión delictiva, y el solapamiento normativo (concurso aparente de normas penales).....	250

7. Las posibilidades de modificación de la calificación jurídica por parte del juzgador (con y sin modificación de hechos) y los medios procesales por los cuales se tutela el derecho de defensa	255
7.1. <i>La homogeneidad delictiva (ascendente y descendente)</i>	256
7.1.1. La doble utilidad del bien jurídico, una distinción necesaria. La parcial identidad de los elementos típicos como elemento decisivo de la homogeneidad	256
7.1.2. La homogeneidad delictiva descendente como presupuesto del poder de calificación jurídica del órgano jurisdiccional y forma de tutela del derecho de defensa del acusado respecto a la modificación de la calificación (con o sin modificación de hechos)	261
7.1.3. Modificaciones de calificación jurídica en hipótesis de homogeneidad descendente. Análisis de la jurisprudencia.....	264
7.1.4. La homogeneidad delictiva ascendente y su doble causa.....	271
7.1.5. (Continuación) La homogeneidad ascendente apreciada en sentencia. El uso de la tesis.....	272
7.1.6. La heterogeneidad delictiva: desviación parcial de la estructura típica de la calificación (sin modificación del objeto normativo).....	280
7.1.7. La heterogeneidad delictiva y el uso de la tesis.....	286
7.2. <i>El uso de la tesis (en otros supuestos distintos de la homogeneidad ascendente y heterogeneidad)</i>	287
7.2.1. Las circunstancias agravantes.....	290
7.2.2. Mayor grado de ejecución y forma de participación más grave.....	292
7.2.3. Concurso medial y real. Arts 75, 76, 77 del CP	294
7.2.4. Planteamiento de la tesis en casos favor rei, que no supongan regresión delictiva (homogeneidad descendente)	300
7.3. <i>La asunción de la tesis por las partes como requisito añadido para poder ejercer el poder de calificación jurídica</i>	302
7.4. (Continuación) <i>El juez no puede rebasar la petición del acusador en ejercicio de la potestad de aplicar el Derecho penal. Colisión con el principio de legalidad penal</i>	307
7.5. (Continuación) <i>¿Vinculación a la petición de atenuantes por la acusación o sólo la necesidad de planteamiento de tesis?</i>	311

V. EL PETITUM DE PENA Y EL DEBER DE CORRELACIÓN: NO HAY VINCULACIÓN CUANTITATIVA (QUANTUM) A LA PENA PEDIDA EN ACUSACIÓN	314
1. (Continuación) Posición ecléctica que, aunque niega la vinculación cuantitativa, afirma la vinculación cualitativa a la pena pedida	320
2. Posición doctrinal y jurisprudencial de minoría que propone la vinculación de la sentencia al «petitum de pena»	321
3. La imposición de penas y consecuencias accesorias no pedidas depende de la necesidad o imperatividad de su aplicación.....	332

CAPÍTULO III

ESPECIALIDADES DE LA CORRELACIÓN EN PROCESOS DISTINTOS DEL ORDINARIO POR DELITOS GRAVES

CONSIDERACIÓN PREVIA.....	339
----------------------------------	------------

I. EL DEBER DE CORRELACIÓN EN EL PROCEDIMIENTO ABREVIADO (Y JUICIOS RÁPIDOS)	339
---	------------

1. La tesis propuesta por el juzgador	340
2. Correlación de la sentencia con las conclusiones definitivas	343
2.1. El objeto del proceso y deber de correlación.....	344
2.2. Calificación jurídica y deber de correlación	347
2.3. La pena pedida	348

II. LA CORRELACIÓN EN LOS JUICIOS DE FALTAS (ORDINARIO Y ESPECIAL).....	350
--	------------

1. Citación a juicio y formulación de la acusación.....	352
2. La inexistencia de una auténtica acusación en las faltas semipúblicas. La «ratificación» de la denuncia como término de comparación limitador incompleto e insuficiente.....	355
3. Contenido del deber de correlación de la sentencia en el juicio de faltas.....	361
3.1. <i>El hecho punible.....</i>	363
3.2. <i>Calificación jurídica.....</i>	364
3.3. <i>El acusado (casos en que se produce infracción del deber de correlación subjetiva en juicio de faltas).....</i>	365
3.4. <i>La pena pedida en acusación y la desvinculación de la sentencia</i>	370
III. LA CORRELACIÓN EN EL JUICIO ANTE TRIBUNAL DEL JURADO	372
1. La acusación como término de la correlación limitador del veredicto y la sentencia	375
1.1. <i>Calificaciones provisionales y la importancia del auto de apertura y del auto de hechos justiciables.....</i>	375
1.2. <i>Conclusiones definitivas.....</i>	381
1.3. <i>El objeto de enjuiciamiento y las potestades del Magistrado-Presidente sobre éste</i>	383
1.3.1. <i>Los informes y la tesis.....</i>	384
1.3.2. <i>La potestad del Magistrado-Presidente de añadir hechos y calificaciones jurídicas en el escrito objeto del veredicto</i>	387
2. El término de correlación limitado por las conclusiones definitivas (y el escrito objeto del veredicto).....	393

2.1. <i>El veredicto y su deber de correlación con los hechos de las conclusiones definitivas (y el escrito objeto del veredicto). Posibilidad de modificación de hechos por un miembro del Jurado</i>	393
2.2. <i>La sentencia, la otra parte del juicio jurisdiccional y su vinculación con el veredicto</i>	398
2.2.1. (Continuación) <i>La calificación jurídica en la sentencia y el deber de correlación con las conclusiones definitivas. Problemas</i>	399
2.2.2. <i>La fijación de pena concreta en la sentencia: principio de legalidad penal y la potestad judicial de individualización de la pena</i>	407
2.2.3. <i>Forma en que se integra la resolución jurisdiccional definitiva</i>	408
A. <i>Veredicto de culpabilidad y sentencia condenatoria</i>	408
B. <i>Veredicto de inculpabilidad y sentencia absolutoria</i>	409
2.2.4. <i>Vinculación de la sentencia al desistimiento de la acusación</i>	411

CAPÍTULO IV

EL RÉGIMEN DE LAS CONFORMIDADES EN EL PROCESO PENAL ESPAÑOL Y EL DEBER DE CORRELACIÓN DE LA SENTENCIA

CONSIDERACIÓN PREVIA	415
I. LA CONFORMIDAD EN EL PROCEDIMIENTO ORDINARIO	417
1. La eficacia de la conformidad supeditada a determinados presupuestos	418
1.1. <i>Ámbito de aplicación</i>	418
1.2. <i>Presupuestos legales específicos</i>	420
1.3. <i>Contenido de las conformidades de los arts. 655 y 688</i>	424
1.4. <i>Efecto jurídico de las conformidades de los arts. 655 y 688-700: predeterminación parcial del contenido de la sentencia</i>	427

1.4.1. Los hechos de la acusación conformada y los de la sentencia	428
1.4.2. La calificación jurídica de la acusación conformada.....	434
A. <i>Estimamos que es necesario que la conformidad contemple la posibilidad de control judicial «in bonam partem» con respecto a la calificación jurídica</i>	436
B. <i>Control judicial de legalidad «in malam partem».....</i>	438
1.4.3. La pena, la potestad de individualización judicial y la desvinculación judicial.....	440
2. Conformidad: legalidad versus disponibilidad material. El allanamiento como naturaleza jurídica de las conformidades de los arts. 655 y 688-700 LECrim, y la exclusión de la negociación penal (transacción penal)	443
3. Naturaleza no transaccional de la conformidad y la «ratio legis» del efecto de predeterminación de la sentencia.....	447
II. LAS CONFORMIDADES EN EL PROCEDIMIENTO ABREVIADO. SU CONCEPCIÓN: ¿NEGOCIACIÓN Y LEGALIDAD PENAL A LA VEZ?	452
1. La eficacia de la conformidad del procedimiento abreviado supeditada a determinados presupuestos.....	460
1.1. <i>Ámbito de aplicación.....</i>	460
1.2. <i>Presupuestos legales específicos.....</i>	464
1.3. <i>El contenido de la conformidad</i>	466
2. Predeterminación del contenido de la sentencia de conformidad y control de legalidad	469
3. (Continuación) Enjuiciamiento jurídico y control de legalidad.....	472

4. (Continuación) Importancia de la configuración de los hechos y sometimiento a la Ley del acusador público: su relación con la determinación del contenido de la sentencia.....	475
5. La conformidad legalmente incentivada en el procedimiento de enjuiciamiento rápido. El incentivo legal y su influencia en el comportamiento procesal de las partes: sometimiento al principio de legalidad	478
III. LA CONFORMIDAD EN EL JUICIO ANTE EL TRIBUNAL DEL JURADO.....	483
1. La eficacia de la conformidad supeditada a determinados presupuestos.....	485
2. Predeterminación del contenido de la sentencia por la conformidad....	490
2.1. <i>Determinación sólo de los hechos admitidos.....</i>	491
2.2. <i>El Magistrado-Presidente se puede desvincular de los hechos admitidos en casos bonam partem.....</i>	493
2.3. <i>La calificación jurídica y la pena de la conformidad no producen efecto vinculante. Sus problemas.....</i>	496
2.4. <i>Hipótesis de calificaciones jurídicas más favorables al acusado que las contenidas en la conformidad.....</i>	498

CAPÍTULO V

EL DEBER DE CORRELACIÓN DE LA SENTENCIA EN EL PROCESO PENAL CHILENO

I. SISTEMÁTICA Y CRITERIOS NORMATIVOS QUE DERIVAN DEL ESTUDIO DE LA CORRELACIÓN EN

DERECHO ESPAÑOL Y QUE SE UTILIZARÁN PARA EL CASO CHILENO.....	505
II. DERECHO PROCESAL PENAL CHILENO	
INTRODUCCIÓN.....	508
1. La correlación en el ACPP.....	516
2. Fundamentos y sentido de la correlación como límite	519
2.1. <i>La acusación como término de correlación (comparación) de la sentencia. Importancia del auto de procesamiento</i>	<i>524</i>
2.2. <i>Problema de la acusación como término de correlación (comparación).....</i>	<i>525</i>
3. Contenido concreto de la correlación de la sentencia en el proceso penal del ACPP	526
3.1. <i>Correlación objetiva.....</i>	<i>527</i>
3.1.1. <i>El hecho punible y la correlación objetiva</i>	<i>527</i>
3.1.2. <i>La calificación jurídica y el «petitum»</i>	<i>533</i>
3.2. <i>La acusación y el derecho de defensa</i>	<i>534</i>
3.3. <i>(Continuación) Cambio de calificación en sentencia sin planteamiento de tesis y tutela del derecho de defensa (derecho a ser informado de la acusación)....</i>	<i>536</i>
3.4. <i>Homogeneidad respecto del título de condena</i>	<i>538</i>
4. No existía deber de correlación con la defensa que se realizaba en la contestación de la acusación	539
5. Correlación subjetiva: sujeto acusado.....	541
III. EL DEBER DE CORRELACIÓN EN EL NCPP CHILENO	542

1. Fundamento de la correlación como límite a la potestad de resolver....	543
1.1. <i>El principio acusatorio y las consecuencias que derivan de su vigencia. Explicaciones.....</i>	545
1.1.1. No pueden atribuirse al juzgador poderes de dirección material del proceso que cuestionen su imparcialidad.....	546
1.1.2. No puede haber juicio oral (¿o condena?) si no hay acusación formulada por persona ajena al tribunal juzgador.....	548
1.2. <i>No se puede dictar sentencia por hechos distintos de los acusados ni respecto de persona distinta de la acusada.....</i>	555
1.2.1. Forma en que surge la acusación en el proceso: relación entre la formalización de la investigación y la acusación.....	555
1.2.2. La acusación como término de correlación (comparación) limitador.....	558
1.2.3. Las modificaciones en las conclusiones del art. 338 y el derecho de defensa y principio de contradicción.....	561
2. Objeto del proceso definido por el hecho y correlación de la sentencia con la acusación.....	565
2.1. <i>El hecho bajo un criterio procesal. Teoría unitaria y no unitaria.....</i>	569
2.2. <i>Aplicación de la teoría normativa del hecho a ciertos casos de correlación objetiva.....</i>	579
2.2.1. Concurso ideal, art. 75 del CP.....	579
2.2.2. Delito continuado.....	581
2.2.3. Delito de hábito.....	583
2.2.4. Grado de desarrollo. Frustración y tentativa.....	585
2.2.5. Circunstancias fácticas agravatorias.....	586
2.2.6. Las formas de participación de la inducción y la complicidad.....	587
2.2.7. Aplicación de la teoría normativa del hecho y su relación con el fenómeno de la progresión-regresión delictiva basada en la modificación de la imputación fáctica.....	589
3. El deber de correlación y la calificación jurídica y pena pedida.....	599
3.1. <i>La calificación jurídica y el derecho de defensa.....</i>	600

3.2. *Defecto en la tutela del derecho de defensa y del principio de contradicción* 601

3.3. *Exceso en la tutela del derecho de defensa y del principio de contradicción* 603

CAPÍTULO VI

ESPECIALIDADES DE LA CORRELACIÓN EN LOS PROCESOS «ALTERNATIVOS» Y CON RASGOS DE CONSENSO

I. PROCEDIMIENTO ABREVIADO 607

1. El procedimiento abreviado como manifestación de la negociación penal..... 608

1.1. *Necesidad de control del acuerdo del MP con el imputado por parte del juez de garantía*..... 612

1.2. *Especialidades de la correlación en el procedimiento abreviado* 615

1.2.1. El hecho punible 616

A. *El juzgador no se halla vinculado a los hechos aceptados*..... 619

B. *La «aceptación de los hechos» se refiere al hecho punible, pero ello no impide que se alegue la existencia de una circunstancia fáctica que modifique o reste eficacia penal al hecho aceptado o que el juez la estime de oficio*..... 623

C. *«La aceptación de los hechos» y la estimación de oficio de una circunstancia agravante* 627

1.2.2. La calificación jurídica y «petitum» de pena..... 629

2. Prácticas inadecuadas en la jurisprudencia sobre el procedimiento abreviado 632

3. Reproches a estas prácticas en el procedimiento abreviado..... 645

II. PROCEDIMIENTO SIMPLIFICADO Y MONITORIO (PROCEDIMIENTO POR DECRETO) 655

1. Procedimiento simplificado	657
1.1. <i>La especialidad de la correlación en el procedimiento simplificado.....</i>	<i>660</i>
1.2. <i>El verdadero límite a los poderes del juzgador a causa del reconocimiento de participación en el procedimiento simplificado: el poder individualizador de la pena concreta</i>	<i>667</i>
2. El procedimiento monitorio y deber de correlación.....	673

SECCIÓN CONCLUSIVA

I. RESULTADOS DEL ESTUDIO DEL CASO CHILENO COMPARADO CON EL ESPAÑOL	679
II. CONCLUSIONES	686
BIBLIOGRAFÍA Y DOCUMENTOS	691
JURISPRUDENCIA ORDENADA POR ÓRGANOS.....	718

SIGLAS, ACRÓNIMOS Y ABREVIATURAS

ACPP.	Antiguo Código de procedimiento penal.
Art./Arts.	Artículo/Artículos.
AP/AAPP.	Audiencia Provincial/Audiencias Provinciales.
ATC.	Auto del Tribunal Constitucional.
ATS.	Auto del Tribunal Supremo.
BDA.	Base de datos Aranzadi.
BLN.	Base de datos Lexis Nexis (de Chile).
BJMP.	Boletín de Jurisprudencia del Ministerio Público (de Chile).
CE.	Constitución Española.
CEDH.	Convenio Europeo de Derechos Humanos.
<i>Cit.</i>	Obra citada.
COT.	Código Orgánico de Tribunales (chileno).
CP.	Código penal.
CPPI.	<i>Codice di procedura penale</i> (italiano).
ECERA.	Editorial Centro de Estudios Ramón Areces.
ed.	edición.
Edit.	Editorial.
EDERSA.	Editoriales de Derechos Reunida Sociedad Anónima.
EUNSA.	Editorial Universidad de Navarra Sociedad Anónima.
FM.	Fallo del Mes.
GJ.	Gaceta Jurídica.
GT.	Gaceta de los Tribunales.
<i>Ibid. cit. supra.</i>	En el mismo lugar antes citado.

LECrim.	Ley de Enjuiciamiento Criminal.
LOCMP.	Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público (chilena).
LOPJ.	Ley Orgánica del Poder Judicial.
LOTJ.	Ley Orgánica del Tribunal del Jurado.
M.	Marginal.
MF.	Ministerio Fiscal.
MP.	Ministerio Público.
Nº	Número.
NCPP.	Nuevo Código Procesal Penal.
p/pp.	página/páginas.
§.	parágrafo.
RDJ.	Revista de Derecho, Jurisprudencia y Ciencias Sociales.
RJ.	Repertorio de Jurisprudencia (Aranzadi).
RJA.	Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi.
RJD.	Revista La Jurisprudencia al Día.
RTC.	Repertorio del Tribunal Constitucional (Aranzadi).
SAP/SSAP.	Sentencia de la Audiencia Provincial/Sentencias de las Audiencias Provinciales.
SCA/SSCA.	Sentencia de la Corte de Apelaciones/Sentencias de las Cortes de Apelaciones (Chile).
SCS/SSCS.	Sentencia de la Corte Suprema/Sentencias de las Corte Suprema (Chile).
Secc.	Sección.
SJG/SSJG.	Sentencia del Juzgado de Garantía/Sentencias de los Juzgados de Garantía.

STC/SSTC.	Sentencia del Tribunal Constitucional/Sentencias del Tribunal Constitucional.
STOP/SSTOP.	Sentencia del Tribunal Oral Penal/Sentencias de los Tribunales Orales Penales.
STEDH.	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
StPO.	<i>Strafprozeßordnung.</i>
STS/SSTS.	Sentencia del Tribunal Supremo/Sentencias del Tribunal Supremo.
TEDH.	Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
<i>Vid.</i>	<i>Véase.</i>

CAPÍTULO I

OBJETO DE ESTUDIO Y CONSIDERACIONES PRELIMINARES

I. INTRODUCCIÓN: OBJETO DE ESTUDIO Y SENTIDO DE LA COMPARACIÓN DE SISTEMAS LEGALES

Todos los ordenamientos procesales penales contienen normas que regulan los alcances del poder de resolver de los órganos jurisdiccionales, las cuales determinan con cierto grado de certeza dentro de qué márgenes debe resolver el juzgador en cada caso. Estas normas establecen la necesaria amplitud con que se deben ejercer los poderes de decisión jurisdiccional y los límites dentro de los cuales se han de realizar. Esta es la materia que se pretende disciplinar mediante el denominado deber de correlación de la sentencia.

Sólo a efectos metodológicos conviene partir dando un concepto de correlación, entendida como la exigencia de congruencia de la sentencia del juzgador¹ con la acusación y la defensa, de manera que la decisión jurisdiccional debe referirse a todas las peticiones y alegaciones planteadas por las partes, como un deber de exhaustividad, y, a la vez, referirse sólo al objeto del proceso introducido a través de la acusación, sin ampliarlo, extenderlo o desviarlo a otro, en tanto manifestación del límite a su poder de decisión².

¹ El deber de correlación de la sentencia no se limita a su parte dispositiva o al fallo, sino que también alcanza al juicio fáctico (hechos probados) y, en cierta medida, a su fundamentación jurídica, como demostraremos en su momento.

² Este concepto sólo vale en una primera aproximación ya que tiene importantes matizaciones y limitaciones en relación a los poderes del tribunal referidos a la aplicación del derecho: *da mihi factum, dabo tibi ius; iuria novit curia*. Por lo demás, en la doctrina los autores no están de acuerdo respecto al alcance de los poderes y límites del juez. Unos parecen sostener un grado de vinculación del juez a la pretensión del acusador: *vid.* FENECH, Miguel, *Derecho procesal penal*, Bosch, Barcelona, 1945, p. 573; SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, «Incongruencia civil y penal», en *Estudios de Derecho Procesal*, Ariel, Barcelona, 1969, pp. 424 y ss.; GIMENO SENDRA, Vicente, *Fundamentos del Derecho procesal*, Civitas, Madrid, 1981, pp. 191-204, y nota a pie de página 285; BAUMANN, Jürgen, *Derecho procesal penal. Conceptos fundamentales y principios procesales (Grundbegriffe und verfahrensprinzipien des Strasprozessrechts. Eine Einführung an Hand von fällen)*, Depalma, tercera edición ampliada de 1979, Buenos Aires, 1989 (traducción de Conrado Finzi), p. 271; MARTÍNEZ ARRIETA, Andrés, *La nueva concepción jurisprudencial del principio acusatorio*,

La correlación impone entonces dos deberes al juzgador, uno de exhaustividad y otro de límite, y por eso en caso de infracción de estos deberes el órgano jurisdiccional incurre o en incongruencia omisiva o en incongruencia por exceso, respectivamente.

El deber de exhaustividad halla su principal fundamento en la tutela judicial efectiva sin indefensión y en el derecho de defensa, mientras que el deber de límite de la sentencia encuentra fundamento en el principio acusatorio, aunque también se debe considerar la influencia del derecho a ser informado de la acusación, del derecho de defensa y del principio de contradicción.

La complejidad del deber de correlación por las materias implicadas en él y la extensión de su contenido, nos hace ser prudentes al trazar el objeto de estudio de esta investigación, razón por la cual hemos decidido limitarnos al estudio de la correlación como límite a los poderes de decisión del juzgador, dejando a un lado el deber de exhaustividad, con el fin de realizar una exposición, aunque restringida, más acabada.

Ahora bien, una investigación sobre el deber de correlación dentro de los términos señalados comportará una triple aproximación a su estudio: dogmática, de Derecho positivo y jurisprudencial. Intentaremos dar a estos tres aspectos un tratamiento lo más integrado posible, sin perjuicio de ensayar un orden sistemático que de alguna manera imponga ciertas divisiones temáticas, que ya se ponen de manifiesto en el índice de este trabajo. En cualquier caso, corresponde estudiar las bases conceptuales y doctrinales sobre las cuales se apoya el objeto de estudio, en este caso el deber de

Comares, Granada, 1994, pp. 90 y ss. Otro grupo de autores sostiene que la correlación se produce con el hecho punible: *vid.* GOLDSCHMIDT, James, *Problemas Jurídicos y Políticos del Proceso Penal*, Bosch, Barcelona, 1935, pp. 30 y ss; GÓMEZ ORBANEJA, Emilio, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, tomo I, Bosch, Barcelona, 1947, pp. 49-58, con relación al tomo II de la misma obra donde desarrolla toda la teoría de la acción penal, pp. 160-207 y 286-317. Le siguen en sus planteamientos básicos sobre el objeto del proceso y la acción penal, entre otros, GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Eduardo, «Correlación entre acusación y sentencia», en *Estudios de Derecho procesal*, Universidad de Navarra, Pamplona, 1975, pp. 511-537; ORTELLS RAMOS, Manuel, *Derecho jurisdiccional, III. Proceso penal* (con Montero Aroca, Gómez Colomer y Montón Redondo), Tirant Lo Blanch, séptima edición, Valencia, 1998, pp. 327-328; DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, *Derecho Procesal Penal* (con Aragoneses Martínez, Hinojosa Segovia, Muerza Esparza y Tomé García), ECERA, cuarta edición, Madrid, 1999, pp. 204-205; GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis, *Derecho Jurisdiccional, III. Proceso penal* (con Montero Aroca, Montón Redondo y Barona Vilar), Tirant lo Blanch, novena edición, Valencia, 2000, p. 333; GALDANA PÉREZ MORALES, Mónica, *Correlación entre acusación y sentencia en el proceso ordinario*, Comares, Granada, 2002, pp. 164-171; CUCARELLA GALIANA, Luis-Andrés, *La correlación de la sentencia con la acusación y la defensa*, Aranzadi, Cizur Menor, 2003, pp. 119 y ss., y 183 y ss.

correlación, junto a la forma que adopta en la norma positiva, y sin olvidar la concreción casuística, la jurisprudencia, puesto que sólo esta forma integrada de análisis nos dará en definitiva la idea más exacta del estado actual de la cuestión y del grado de vigencia de los principios abstractos presuntamente consagrados dentro de un ordenamiento dado, y por otra parte nos ilustrará sobre el desarrollo de la interpretación judicial progresiva de las normas positivas.

La vinculación de la dogmática con el Derecho positivo y la resolución concreta de los casos ha sido puesta de manifiesto con mucha certeza por LARENZ³⁻⁴. Considera el autor que la dogmática se preocupa del estudio del Derecho vigente y de producir «enunciados» sobre éste, del cual puedan emanar «criterios» precisos para solucionar casos concretos. Pero, a su vez, apunta que la dogmática hace su labor «empleando el material que le es dado en las leyes y resoluciones judiciales». Sólo de esta compenetración pueden surgir los enunciados dogmáticos y los criterios precisos de resolución. Creemos en consecuencia que un trabajo que aspira a tratar un tema jurídico desde una perspectiva científica (lo más posible) debe adecuarse a dicha metodología.

Respecto del estudio comparado del Derecho español con el chileno cabe consignar que tiene especial interés, en cuanto permite cotejar el objeto de estudio en dos ordenamientos normativos distintos, pero que poseen una raíz histórica común, no sólo

³ LARENZ, Karl, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Ariel, Barcelona, 2001 (traducción de Rodríguez Molinero), especialmente pp. 177-241.

⁴ También BETTI (Emilio) es un autor que se ha de tener en cuenta en estas materias. Del autor *La interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, EDERSA, Madrid, 1975 (traducción de De los Mozos), pp. 69 y ss y 94 y ss. Dice: «Todo Derecho dirigido a disciplinar la vida de relación tiene necesidad de sostener sus enunciaciones con un entramado dogmático, destinado a orientar las relaciones de la vida como intérprete de sus valoraciones sociales. Es por lo que éstas son enunciadas no como narrando un acontecer, sino como ordenando un deber ser, es decir, estableciendo síntesis entre situaciones hipotéticas y calificaciones o relaciones a ellas referidas, de ahí la necesidad de describir, determinar y delimitar con la mayor precisión posible los tipos y esquemas de situaciones previstas y de calificaciones o relaciones correlativamente dispuestas. De esta exigencia de síntesis y de inteligibilidad nacen los procedimientos abstractos o constructivos de los conceptos, de los que ninguna disciplina legislativa puede prescindir o hacer de menos, y que, en verdad son parte integrante del mismo procedimiento normativo por la necesidad de clasificar o tipificar los términos de la síntesis. De esta misma exigencia nace, por otra parte, la dogmática de la ciencia jurídica, como representación conceptual del fenómeno jurídico, sea en el campo de un ordenamiento determinado, sea en forma de teoría general, sea en función orientadora de la conducta, sea (como hemos visto) en función meramente cognoscitiva» (p. 84).

dada por el carácter iberoamericano de ambos ordenamientos, sino también por la adscripción a un modelo de Derecho legislado y de cuño europeo continental⁵, lo cual se traduce en una visión compartida de las materias jurídicas y de las instituciones que la gobiernan⁶.

Aunque pueda resultar extraño, trataremos el caso español y chileno separadamente, y no de forma conjunta, pues la gran cantidad de matices y la complejidad del análisis no aconsejan un único tratamiento, que, más que aportar una visión sincronizada del instituto de la correlación, puede inducir a confusión y a enmarañamiento de explicaciones, de por sí difíciles de mostrar con claridad.

Hemos decidido partir con el análisis del caso español, ya que es éste el Derecho que nos ha de servir de referencia para la comparación con el chileno. Casi no es necesario anotar que la comparación presenta una utilidad mayor para el ámbito jurídico chileno, pues es el sistema jurídico español, sobre todo gracias a su doctrina y jurisprudencia, bastante más evolucionado y desarrollado que el chileno.

El caso español —su estudio— nos ofrecerá unas categorías de análisis dogmático y jurisprudencial sobre la base de un Derecho vigente, que se ha visto en la necesidad de resolver problemas concretos de correlación. Dicho desarrollo dogmático y jurisprudencial en un Derecho vigente específico (el español), ha dado lugar a la

⁵ En toda Hispanoamérica el sistema jurídico dominante es el de origen europeo continental, aunque bien es cierto que el influjo angloamericano es cada vez más importante, especialmente en determinadas áreas jurídicas como el Derecho procesal penal. Respecto a la raíz europea y continental del Derecho hispanoamericano *vid.* BRAVO LIRA, Bernardino, *Derecho común y Derecho propio en el nuevo mundo*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1989, *passim*. El autor demuestra que el Derecho de la América española se halla dentro de la órbita del Derecho europeo continental, cuyos antecedentes se remontan al Derecho común europeo, el cual llega a esta parte de América, a través de la vía española. Nótese que el Derecho común (aquél que se gesta en Bolonia) fue también Derecho vigente en Hispanoamérica.

⁶ Tocante al sentido del método comparado *vid.* SARFATTI, Mario, *Introducción al estudio del Derecho comparado*, Imprenta Universitaria, México, 1945 (traducción del Instituto de Derecho comparado de la Escuela Nacional de Jurisprudencia), pp. 49-78; DAVID, René, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos (Derecho comparado)*, Aguilar, Madrid, 1968 (traducción de Pedro Bravo Gala de la segunda edición francesa), pp. 5-10; CAPPELLETTI, Mauro, «Metodo e finalità degli studi comparativi sulla giustizia», en *Dimensioni della giustizia nelle società contemporanee*, Il Mulino, Bologna, 1994, pp. 11-37; BETTI, Emilio, *La interpretación...*, *cit.*, pp. 91 y ss y 257 y ss; LARENZ, Karl, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, *cit.*, p. 229; GARRIDO GÓMEZ, María, «La utilidad del iuscomparatismo en la armonización de los sistemas jurídicos», en *Boletín Mexicano de Derecho comparado*, nueva serie, año XXXVI, n° 108, septiembre-diciembre, 2003, pp. 916-927.

creación de criterios sistemáticos —para LARENZ «enunciados normativos»⁷—, que justifican y explican racionalmente y desde el punto de vista de la técnica procesal el instituto de la correlación. En Chile todavía no ha llegado la hora en que se pueda hablar de estudio científico del Derecho como acontece en Europa, especialmente en la disciplina procesal. Sólo últimamente se ha verificado un «resurgimiento» del procesalismo científico⁸. De ahí, reiteramos, la necesidad de aprovechar la experiencia dogmática española para el estudio del caso chileno.

Con todo, advertimos que no hemos renunciado a hacer un estudio crítico del instituto de la correlación en Derecho español, bien al contrario, siempre a nuestro modesto entender, hemos realizado una exposición crítica de ambos Derechos (español y chileno) y no hemos desperdiciado la ocasión de concluir lo que nos ha parecido oportuno y científicamente correcto consignar.

También cabe destacar que el estudio comparado queda evidenciado de dos maneras. Primero, se muestra la comparación en la exposición que se hace a propósito del Derecho chileno, pues en ella aparece clara la utilización de la sistemática procesal científica, basada fundamentalmente en la dogmática y jurisprudencia española (y europea), y en las permanentes remisiones a éstas y al Derecho positivo en que se asientan⁹. Segundo, la comparación se evidencia en las conclusiones precisas que se hacen al finalizar el estudio del Derecho chileno, entre éste y el modelo español, donde se ofrecen a modo de síntesis las mencionadas conclusiones, referidas tanto a aspectos de *lege lata* como de *lege ferenda*, poniendo de relieve las coincidencias y las diferencias de los sistemas estudiados en relación con el deber de correlación, y las ventajas y desventajas de las mismas.

⁷ LARENZ, Karl, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, cit., pp. 183 y ss.

⁸ Hubo una época en que Chile contó con un cierto desarrollo de las Ciencias del Derecho, el cual se produjo en las Facultades más tradicionales de Derecho del país. En ellas también se cultivó la ciencia procesal, especialmente en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, alcanzando buenas cotas de excelencia para lo que era el cultivo del Derecho procesal en Iberoamérica. Nos referimos al período que comprendió toda la primera mitad del siglo pasado, hasta comienzos de la década del 60.

⁹ No sólo nos hemos servido de los aportes dogmáticos y jurisprudenciales españoles, sino también (aunque en menor medida) de la dogmática procesal europea (especialmente italiana), como se verá.

Empero, creemos conveniente aclarar que esta investigación no es de Derecho comparado, sino de Derecho procesal, de manera que la comparación se limita al aprovechamiento de esta técnica para poner en perspectiva el instituto de la correlación en dos sistemas de Derecho, emparentados, pero distintos, y de esa manera poder aprovechar las conclusiones de esa comparación y ofrecer posibles soluciones¹⁰.

II. CONSIDERACIONES PRELIMINARES ACERCA DEL CONCEPTO DE ACCIÓN PROCESAL Y DE PRETENSIÓN PROCESAL, EN RELACIÓN CON EL OBJETO DEL PROCESO Y EL OBJETO DEL DEBATE

1. Explicación previa

Las consideraciones sobre la correlación se deben dirigir en dos direcciones. Por una parte, orientarse a demostrar el alcance y contenido del deber de correlación construido sobre la base de un preciso concepto y contenido del principio acusatorio, en cuanto su vigencia impone límites objetivos y subjetivos a los poderes del juzgador.

En esta primera dirección será fundamental introducirse en el significado de la acción penal y de la pretensión procesal en su relación con el objeto del proceso, como probables contenidos de éste. La utilidad de estas consideraciones estriba en que ellas pueden ofrecer una justificación técnica precisa de lo que sea el principio acusatorio (su contenido) y en consecuencia una justificación técnica de los límites al poder de decisión jurisdiccional. Es decir, permitirían establecer con precisión la base técnica en que se sustenta la idea de que la vigencia del principio acusatorio impone límites al juzgador, y muy especialmente cuáles son los alcances de esos límites impuestos a la decisión jurisdiccional.

¹⁰ Vid. SARFATTI, Mario, *Introducción...*, cit., pp. 49-78; DAVID, René, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos (Derecho comparado)*, cit., pp. 5-10; CAPPELLETTI, Mauro, «Metodo e finalità...», cit., pp. 16-37; LARENZ, Karl, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, cit., p. 229; GARRIDO GÓMEZ, María, «La utilidad...», cit., pp. 916-927. Todos ponen de relieve que el objeto del Derecho comparado como ciencia es mucho más amplio, pero reconocen también que la comparación de Derechos vigentes, como metodología al servicio de todas las disciplinas jurídicas, cumple también con los fines que nosotros perseguimos con la comparación.

La segunda dirección de las consideraciones sobre la correlación debe ir encaminada a establecer si, aparte el principio acusatorio, concurren otros principios o garantías procesales en la limitación de los poderes de decisión jurisdiccional, y cuál(es) sería(n) dicha(s) limitación(nes). Conectamos de esta manera con el problema de determinar cuál es el efecto jurídico del derecho a ser informado de la acusación, del derecho de defensa y del principio de contradicción sobre los poderes del juzgador, que, como tendremos ocasión de demostrar, se ciñen a la producción de efectos condicionadores —no limitadores— de la decisión jurisdiccional y que recaen sobre objeto del debate (no sólo los hechos, sino también la calificación jurídica y el *petitum*).

Aun cuando la primera cuestión —planteada en sus verdaderos contornos— permite *sensu contrario* situar a las segundas fuera del principio acusatorio y de la correlación en sentido estricto, esto es, como límite a los poderes de decisión, sin embargo, es la correcta comprensión de la pretensión procesal¹¹ y del objeto del debate en el proceso penal la que les otorga un contenido positivo. De ahí nuestro interés en la definición de lo que sea la pretensión, cuestión de la que nos ocuparemos conjuntamente con la aludida en primer lugar. Como se verá, vamos a sostener un concepto abstracto de acción, pero sin descartar la utilidad que ofrece a la par el reconocimiento de la pretensión procesal penal, aunque no como el objeto del proceso, al menos en todo su contenido y elementos, según se considera habitualmente para el proceso civil, sino fundamentalmente como el objeto del debate. Con esto buscamos demostrar la relación de la pretensión procesal con el objeto del debate, y sobre el cual actúan el derecho a ser informado de la acusación, el derecho de defensa y el principio de contradicción, con los efectos condicionadores de los poderes de decisión que precisaremos.

2. Consideraciones preliminares sobre la acción penal, la pretensión punitiva y el objeto del proceso

El contenido de la correlación obedecerá a previas definiciones de lo que sea el principio acusatorio, el cual a su vez se halla determinado en su contenido por la definición de lo que sea la acción penal o pretensión penal y el objeto del proceso. Es

¹¹ «Pretensión procesal», como se verá más adelante, no es lo mismo que «pretensión penal o punitiva».

decir, la correlación será definida de un modo u otro dependiendo de cómo se conciba el principio acusatorio y éste, a su turno, tendrá un significado más o menos amplio, más o menos limitador de los poderes del juzgador, según cómo concibamos la acción penal o la pretensión penal¹² y el objeto del proceso. En consecuencia, a la base de toda nuestra construcción teórica se hallan consideraciones preliminares acerca de la acción penal, de la pretensión punitiva y del objeto del proceso, y a partir de la fijación de estos conceptos procesales se llegará a determinar un concepto de principio acusatorio y de correlación.

En las páginas siguientes intentaremos demostrar esta concatenación de conceptos.

La forma de concebir la acción penal (pretensión) nos debe permitir fijar un contenido específico del objeto del proceso (ya por vía positiva o negativa), y de esa manera perfilar un concepto de correlación. Se afirma con frecuencia que la acción penal es el objeto del proceso. Ésta puede ser una forma bastante neutra de aproximarse al asunto cuando se elude afirmar o negar un contenido específico de la acción (y por tanto del objeto), ya que con ello se evita afirmar o negar que el contenido de la acción penal sea la pretensión penal, y determinar su auténtico significado en el proceso penal. Nosotros como mínimo necesitamos tomar posición.

Si se parte del supuesto de que la acción penal se define como una pretensión, es decir, como un derecho a obtener una sentencia que declare la responsabilidad penal y condena del acusado, tendremos que concordar que el objeto del proceso se encuentra constituido no sólo por los hechos, sino también por la calificación jurídica concreta (dentro de la *causa petendi*) y el *petitum*, lo cual será consecuencia de que el ejercicio de la acción no es más que la petición de tutela respecto de un derecho del que es titular el actor. Obviamente, una concepción de este tipo arranca de un sustrato privatista de la relación jurídico material, razón por la cual no se puede mantener su vigencia para el proceso penal. Por eso la doctrina que sostiene un carácter concreto de

¹² Nos referimos aquí a acción penal o pretensión punitiva, porque aún no hemos adoptado un significado preciso de estos conceptos, y, por lo tanto, no podemos pronunciarnos en este momento acerca de la corrección del término. Con todo, cuando decimos «pretensión punitiva o penal» no la usamos como sinónimo de «pretensión procesal», como quedará claro más adelante.

la acción hace como ROCCO¹³⁻¹⁴, el cual niega el carácter privado del derecho subjetivo punitivo, en cuanto niega el carácter privado de la relación jurídica que se

¹³ ROCCO, Arturo, «L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale», en *Opere Giuridiche*, Società editrice del Foro Italiano, Roma, 1932, pp. 498-529. El autor parte de la idea de que la norma penal protege un interés jurídico subjetivo y que ese interés se ve lesionado con el delito, pero señala que la relación jurídico material que nace con la comisión del ilícito no se establece entre el ofendido y el delincuente. La relación jurídica se produce entre Estado y delincuente, ya que el derecho subjetivo de punir que posee el Estado no nace de la infracción del interés protegido del ofendido con el delito, sino directamente de un interés distinto y propio, como es el interés jurídico del Estado a la propia conservación. Este interés estatal adopta la forma de derecho subjetivo público al convertirse en un derecho a la observancia u obediencia de los preceptos penales.

Dicho derecho subjetivo subyace a todos los preceptos penales y se ejerce respecto de todos los súbditos, de modo que el autor dice que es un derecho absoluto. Además señala que este derecho le pertenece al Estado como poder administrativo o ejecutivo.

Pues bien, la infracción de un precepto penal (de cualquiera) supone la infracción de este derecho de obediencia y hace nacer un nuevo derecho subjetivo, que viene a tomar el puesto del derecho de obediencia que ha quedado infringido y extinguido en el caso concreto, emergiendo en su lugar el derecho subjetivo del Estado a punir (el *ius puniendi*). He aquí el origen del derecho subjetivo de penar del Estado.

Por otra parte, ROCCO señala que ese derecho subjetivo de punir del Estado se ejerce a través de la acción penal, cuestión que supone que el Estado ejerce su derecho a punir a través de un órgano administrativo-ejecutivo, como es el ministerio público. Esta visión de lo que es la acción penal y de su forma de ejercicio, guarda coherencia con la opinión de que el derecho de obediencia es un derecho que le pertenece al Estado como poder administrativo o ejecutivo, luego habría que concluir que la acción penal como forma de ejercicio del derecho a punir tras la infracción del derecho de obediencia es perfectamente coherente con la primera afirmación.

Esta forma de concebir el poder punitivo trae, entre otras consecuencias, la necesidad de admitir que cuando el Estado ejerce la acción penal a través del ministerio público está deduciendo una pretensión frente al Estado-Juez, y lo más importante para nuestro tema, es que si es cierto que la pretensión corresponde al Estado administración o ejecutivo, el ejercicio de la pretensión debería producir un efecto limitador de los poderes del juez, similar a la que produce la pretensión civil, quedando el órgano jurisdiccional igual de limitado frente a esta pretensión deducida por el MF, titular de la «función pretensora».

¹⁴ Sin embargo, en Italia hace mucho tiempo que ha sido refutada esta teoría por BETTIOL, Guiseppe, «La correlazione fra accusa e sentenza nel processo penale», en *Scritti giuridiche*, tomo I, Cedam, Padova, 1966, pp. 224-227, quien no está de acuerdo con que el derecho subjetivo de punir sea el objeto de la acción penal ni del proceso penal. En consecuencia, la acción penal la concibe como un derecho autónomo de categoría procesalística que se concede para hacer valer la pretensión (hipotética). Estima que el verdadero objeto del proceso está constituido por una pura pretensión hipotética, una representación subjetiva del derecho de castigar. De esta manera, la afirmación de la existencia de ese derecho en un caso concreto no se confundiría con el resultado del proceso: no se confundiría la afirmación o negación definitiva de un vínculo, conformado por la existencia objetiva del hecho delictuoso, con el objeto del proceso, esto es, con la afirmación hipotética del vínculo mismo, que es lo que viene a ser la pretensión. Caso contrario, al aceptar la opinión de que la acción penal se identifica con la pretensión en el sentido de derecho subjetivo de punir, habría que concluir

produce con la realización del hecho punible, pero afirma que la acción penal es el medio por el cual se ejerce un derecho subjetivo público de punir en manos del órgano público de acusación.

Con esta forma de concebir la acción penal —derecho subjetivo punitivo—, aunque sea calificado como público y a pesar de las distinciones doctrinales con el derecho subjetivo privado que subyace a la acción civil, se corre el riesgo de llegar a configurar el principio acusatorio casi como un equivalente pleno del principio dispositivo, produciendo los mismos efectos vinculantes, ya que si la acción interpuesta por el órgano público de acusación es el medio por el cual se ejerce el derecho de punir del Estado, el juzgador habrá de someterse totalmente a los términos de la acusación puesto que en esta doctrina de la acción el derecho de punir se manifiesta en una pretensión penal (pública) dirigida al juzgador, quien se debe limitar a juzgar la justeza de la misma.

Una concepción de esta naturaleza nos llevaría a la vinculación del tribunal, el cual tendría que atenerse a determinar si el acusador, titular de la potestad a reclamar una sentencia condenatoria, tenía razón en su petición tal cual le fue planteada por éste¹⁵. No atenerse a la petición sería introducirse en la esfera de funciones del acusador, incurriendo en un desconocimiento por conculcación o por reducción de las facultades o poderes de éste.

Por el contrario, caso que se entienda que la acción penal no contiene un derecho subjetivo de castigar, sino más bien un mero derecho de acceso al proceso, un *ius ut procedatur*¹⁶⁻¹⁷, el acusador accede al proceso e insta ante el juez para que éste en

que en los procesos en que se declara la falta de fundamento de la pretensión, no existe acción, y se tendría que concluir, además, que es posible un proceso sin acción.

¹⁵ Aunque ROCCO no llega a sostener esto explícitamente, es perfectamente posible concluirlo a partir de su teoría, ya que este autor afirma que el derecho de obediencia corresponde al Estado como poder administrativo o ejecutivo y que el derecho de punición que nace de su infracción se ejerce a través de la acción penal atribuida a un órgano público, como es el ministerio público. Pues bien, de este concepto de derecho subjetivo de punición y de su forma de ejercicio y de su titularidad, podría concluirse que su ejercicio a través de una concreta pretensión punitiva puede producir unos efectos vinculantes para el juez en los términos que la produce la pretensión civil. *Vid.* ROCCO, Arturo, «L'oggetto del reato...», *cit.*, pp. 498-529.

¹⁶ Los primeros en hacer esta calificación de la acción penal fueron GOLDSCHMIDT, James, *Problemas...*, *cit.*, pp. 23-65, y en *Derecho judicial material*, EJEA, Buenos Aires, 1959 (traducción de Catalina Grossmann), pp. 100-113, y en España GÓMEZ ORBANEJA, Emilio, *Comentarios a la*

Ley de Enjuiciamiento Criminal, tomo II, Bosch, Barcelona, 1951, pp. 183 y ss, y GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Eduardo, «Correlación...», *cit.*, pp. 515 y ss.

¹⁷ En cuanto al significado positivo de la acción penal se requiere hacer una lectura de la acción como manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE. En efecto, la acción penal puede ser incardinada dentro del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, según lo ha puesto de relieve una extensa corriente jurisprudencial del TC. Entre muchas, las siguientes SSTC: Sentencia de 11 de julio de 1983 (BDA, m. RTC 1983\62), Sentencia de 29 de octubre de 1985 (BDA, m. RTC 1985\147), Sentencia de 21 de diciembre de 1992 (BDA, m. RTC 1992\241), Sentencia de 31 de enero de 1994 (BDA, m. RTC 1994\34), Sentencia de 13 de julio de 1994 (BDA, m. RTC 1994\211), Sentencia de 10 de marzo de 1997 (BDA, m. RTC 1997\41), Sentencia de 21 de abril de 1997 (BDA, m. RTC 1997\74), Sentencia de 22 de abril de 1997 (BDA, m. RTC 1997\85), Sentencia de 29 de enero de 2001 (BDA, m. RTC 2001\16), Sentencia de 10 de mayo de 2001 (BDA, m. RTC 2001\115), Sentencia de 17 de septiembre de 2001 (BDA, m. RTC 2001\178).

También la doctrina ha manifestado el carácter constitucional de la acción penal dentro del art. 24.1 CE, así, entre otros, MONTERO AROCA, Juan, *Derecho jurisdiccional, III. Proceso penal* (con Ortells Ramos, Gómez Colomer y Montón Redondo), Bosch, tercera edición, Barcelona, 1993, pp. 31-34; GIMENO SENDRA, Vicente, *Constitución y Proceso*, Tecnos, Madrid, 1988, pp. 73-78, y en *Derecho Procesal Penal* (con Moreno Catena y Cortés Domínguez), Colex, segunda edición, Madrid, 1997, pp. 59-61; DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio, *Comentarios a la Constitución española de 1978*, AAVV (dirigidos por Alzaga, Oscar), EDERSA, Madrid, pp. 39-40.

Cabe hacer un alcance a la naturaleza constitucional de la acción penal como manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva, consistente en que esta naturaleza se reconoce cuando se trata del acusador particular ofendido o del perjudicado, e incluso cuando se trata del acusador popular, pero no cuando el acusador es el MF, ya que en dicho caso no se trata de un derecho, sino de un poder-deber, o de un derecho-deber, como ha insinuado GIMENO SENDRA, Vicente, *Derecho Procesal Penal, cit.*, segunda edición, p. 61. Este autor califica el derecho de acción del MF como un derecho-deber y dice al respecto que «dada su especial misión de defender la legalidad (arts. 124 CE y 435 LOPJ) más que un derecho se trata de una obligación que gravita sobre los miembros del Ministerio Fiscal de defender a la sociedad, a la víctima y al principio de legalidad, solicitando al respecto del Juez de Instrucción la apertura del proceso penal cuando le conste la comisión de un delito».

Ahora bien, el contenido específico atribuido a la acción penal dentro del derecho del art. 24.1, ha sido limitado al primer y más básico contenido del derecho a la tutela judicial efectiva, es decir, al derecho de acceso a la jurisdicción, enunciado en la fórmula latina de *ius ut procedatur*, excluyendo expresamente el derecho a una resolución favorable o incluso solamente de fondo. *Vid.* DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio, *Comentarios...*, *cit.*, pp. 40-41. En consecuencia, el derecho constitucionalmente reconocido de acción equivale a decir que se tiene derecho de acceso a la jurisdicción para convertirse en parte dentro del proceso penal, para acusar y pedir una pena por un delito determinado, en su caso, con todos los derechos que la ley procesal otorgue a la parte acusadora. Pero ese derecho se puede satisfacer con una resolución judicial instructora motivada que califique los hechos como no delictivos (inadmisión de querrela, por ejemplo), porque en el proceso penal la tutela judicial efectiva no significa derecho al pleno desarrollo del proceso penal o del juicio, o a sentencia de fondo, ni muchos menos a una sentencia condenatoria, como ha puesto de manifiesto, entre muchas, la STC de 10 de marzo de 1997 (BDA, m. RTC 1997\41).

nombre del Estado ejercite el *ius puniendi*¹⁸, como directa consecuencia del reconocimiento de que en el ámbito jurídico penal el único titular del poder punitivo es

¹⁸ El *ius puniendi* (Derecho penal subjetivo), es decir, el poder del Estado para aplicar la norma penal objetiva, debe ser concebido como potestad, no como derecho subjetivo público.

Antes que todo cabe señalar que no es posible, en nuestra opinión, hablar de derecho subjetivo público de castigar por parte del Estado, puesto que en realidad dicha categoría jurídica no se corresponde adecuadamente con la forma que adopta el *ius puniendi* estatal en el proceso penal moderno. En efecto, la atribución del carácter de derecho subjetivo público nos parece equivocada, pero no por la negación de la existencia de esta categoría de derechos, pues bien al contrario, la doctrina ha demostrado la real existencia de derechos públicos subjetivos, cuyo titular es el Estado frente al ciudadano (aunque sólo se suele aludir a los derechos subjetivos del ciudadano frente al Estado). Vid. COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás, *Derecho penal. Parte general*, Tirant Lo Blanch, quinta edición, Valencia, 1999, pp. 59-64.

Lo que aquí se discute, como ponen de relieve COBO y VIVES, es si esa categoría es la que corresponde al *ius puniendi*. Es cierto que las normas jurídicas objetivas confieren ciertos poderes o facultades a los sujetos, pero sólo algunas son derechos subjetivos, otras no. COBO y VIVES dicen: «Parece esencial al debatido concepto de derecho subjetivo la idea de que consiste en una subjetivización de la norma. La norma, por así decirlo, se pone a disposición del sujeto. Esta puesta a disposición implica, según cualesquiera de las concepciones del derecho subjetivo, un momento de alteridad respecto del derecho subjetivo, representado por una voluntad o por un interés particulares. Por consiguiente, el derecho subjetivo presupone un sujeto que actúa utilizando el derecho objetivo para sus propios fines». p. 62.

E inmediatamente añaden con precisión esclarecedora: «Este sujeto puede ser un particular y puede ser también el Estado, pues la vida del Estado no se agota en la realización del derecho objetivo. La administración posee una serie de fines públicos de naturaleza política, social, económica, etc., etc., entre los que decide según reglas de conveniencia o utilidad. Y lo mismo cabe decir respecto de la actuación política del Estado. Aun cuando el Estado se halle sometido al Derecho en la realización de sus actos, no se limita a realizar el Derecho con ellos. De modo que podemos hablar de derechos subjetivos tanto por referencia al Estado como a los particulares». p. 62.

Entonces, establecido que el Estado puede ser titular de derechos subjetivos públicos, por qué, sin embargo, hay que negar que la potestad de castigar sea uno de ellos. En la afirmación anterior se halla implícita la respuesta, pues se ha de reconocer que el poder de castigar del Estado es un poder que no reconoce la protección de otro interés o finalidad legítima que no sea la de dar aplicación a la norma objetiva penal. Obviamente la norma objetiva protege un interés, como es el bien jurídico protegido, pero el poder de castigar agota su interés o finalidad en la sola aplicación de la norma. Por tal razón, consideramos que el denominado *ius puniendi* debe ser definido como la potestad de castigar, entendida como el poder-deber de aplicar el Derecho penal objetivo.

COBO y VIVES dicen que «Si la comunidad, representada por el soberano, juzgase, resultaría ser juez y parte. En consecuencia, la comunidad ejercita la pretensión como si se tratase de un particular. Pero la comunidad aparece como parte sólo en la medida en que afirma la violación de la Ley. Su pretensión no responde a alguna voluntad empírica distinta de la realización del derecho objetivo. El derecho objetivo no se pone así a disposición de la voluntad de la comunidad para que ésta realice sus fines, sino que confiere a la comunidad una pretensión sólo para estar actuado».

«(...) podemos decir que, efectivamente, el Estado no comparece en el proceso penal a realizar “su” derecho, sino a pedir la realización del derecho objetivo, que es tanto el derecho de la víctima cuanto

el Estado-Juez¹⁹. El ejercicio de la acción penal por un acusador ya no se justifica como el medio por el que se reconoce una pretensión a obtener el castigo de la infracción de la norma penal.

La teoría abstracta, en su justificación del concepto de acción penal, esgrime como argumento la imparcialidad del juzgador, y no una situación o relación jurídica sustancial, privada o pública, nacida de la infracción de la norma objetiva. La decisión de poner la función acusadora en manos de un sujeto procesal distinto del juzgador se explica en la necesidad de obtener la imparcialidad del tribunal: de esta manera queda (artificialmente) en situación de tercieidad, igual como en el proceso civil —*actus trium personarum*—. La imparcialidad entonces es el motivo de la acción penal en manos de un sujeto procesal ajeno al juzgador, descartando que la razón sea la existencia de

del delincuente. El deber de objetividad que establece el artículo 2 de la Ley de enjuiciamiento criminal para todos los funcionarios que intervengan en el proceso penal aparece, desde esta perspectiva, como algo esencial. La administración puede comparecer en un proceso a defender sus intereses. El Ministerio Fiscal no, porque, constitutivamente, carece de un interés propio que no sea el cumplimiento de la Ley». p. 63.

Pero si se niega el carácter de derecho subjetivo a la función acusadora que cumple el MF, con mayor razón se ha de negar dicha naturaleza si se considera que los titulares de la potestad punitiva son los órganos jurisdiccionales, y no el acusador público. COBO y VIVES dicen al respecto: «Mal puede hablarse de un derecho subjetivo ejercitado por el Ministerio Fiscal, que es una “parte imparcial” en el proceso y, por ello, una parte desinteresada; pero menos aún cabe atribuir a los tribunales derecho subjetivo alguno. El poder de juzgar es, sencillamente, la potestad de aplicar el derecho objetivo». p. 63.

Una posición muy parecida a la de COBO y VIVES sostienen SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, «El juicio oral», en *Estudios de Derecho procesal*, Ariel, Barcelona, 1969, pp. 755-760; MONTERO AROCA, Juan, *Principios del proceso penal. Una explicación basada en la razón*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 15-23, especialmente pp. 21-23, y ORTELLS RAMOS, Manuel, *Derecho procesal. Introducción* (con Cámara Ruiz y Juan Sánchez), Nomos, Valencia, 2000, pp. 249-254.

Con todo, obsérvese que hay importantes penalistas que tratan del *ius puniendi* como si fuera un derecho subjetivo del Estado (al menos así lo denominan) a aplicar la norma penal objetiva, aunque si bien se mira ninguno se está refiriendo a un verdadero derecho subjetivo, sino más bien al poder de aplicar la norma penal objetiva y nada más. Cfr. BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de Derecho penal. Parte general*, PPV, cuarta edición, Barcelona, 1994, pp. 103 y 147-151; RODRÍGUEZ DEVESA, José María, *Derecho penal español. Parte general*, Dykinson, decimotercera edición, Madrid, 1995, pp. 36-43.

¹⁹ Vid. SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, «El juicio oral», *cit.*, pp. 755-760; MONTERO AROCA, Juan, *Derecho jurisdiccional, III. Proceso penal, cit.*, séptima edición, pp. 11-32; también en *Principios del proceso penal, cit.*, pp. 15-23; ORTELLS RAMOS, Manuel, *Derecho procesal, cit.*, pp. 249-254; COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás, *Derecho penal, cit.*, p. 63.

alguna relación material entre acusador y acusado²⁰. Para esta posición la acción concebida en estos términos resulta ser una consecuencia de la negación de la existencia de la pretensión penal²¹: si no hay una relación jurídico-material nacida del hecho entre acusador (público o privado) y acusado, no hay un derecho subjetivo a pedir la condena del actor, es decir, no hay pretensión punitiva²². Además, siendo esto cierto, se ha de concluir que la acción penal no tiene un contenido sustancial, sino puramente procesal o formal, y como mucho se podría decir que se identifica e individualiza con los hechos sustanciales que fundan la pretensión procesal. Los hechos en esta doctrina son el contenido que necesariamente debe ser fijado por un sujeto ajeno al órgano jurisdiccional, ya que de esa manera se impide que el que acusa sea el mismo que resuelve la acusación²³.

En esta concepción la acción penal no nace del delito, como pretende el art. 100 de la LECrim. El origen de la acción se encuentra en la mera sospecha de comisión de

²⁰ Desarrolla este orden de ideas MONTERO AROCA, Juan, *Derecho jurisdiccional, III. Proceso penal, cit.*, séptima edición, pp. 20-26, también en *Principios del proceso penal, cit.*, pp. 15-23, y en «El principio acusatorio. Un intento de aclaración conceptual», en *Justicia*, 1992, Número IV, pp. 775-788. Asimismo ORTELLS RAMOS, Manuel, «Principio acusatorio, poderes oficiales del juzgador y principio de contradicción. Una crítica de cambio jurisprudencial sobre correlación entre acusación y sentencia», en *Justicia*, 1991, Número IV, pp. 792-794, y en *Derecho procesal, cit.*, pp. 250-251; COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás, *Derecho penal, cit.*, p. 63.

²¹ Que no es lo mismo que la pretensión procesal penal que sí reconocen autores como GOLDSMITH, FAIRÉN o MONTERO AROCA, y que como veremos es muy importante en cuanto objeto del debate.

²² Vid. MONTERO AROCA, Juan, *Derecho jurisdiccional, III. Proceso penal, cit.*, séptima edición, pp. 20-26, también en *Principios del proceso penal, cit.*, pp. 15-23, y en «El principio acusatorio...», *cit.*, pp. 775-788; ORTELLS RAMOS, Manuel, «Principio acusatorio...», *cit.*, pp. 792-794, y en *Derecho procesal, cit.*, pp. 250-251; DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, *Derecho procesal penal, cit.*, cuarta edición, Madrid, 1999, pp. 177-192; COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás, *Derecho penal, cit.*, p. 63.

Obsérvese sin embargo que SERRA DOMÍNGUEZ, aunque niega que el derecho de punición pueda corresponderle a la parte acusadora (pública o privada) en el proceso, afirma que en el proceso penal, precisamente en el juicio oral, se interpone una pretensión punitiva. SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, «El juicio oral», *cit.*, p. 776. Ahora bien, esa pretensión punitiva a la que el autor alude no se conecta con un contenido concreto de derecho subjetivo de punición, sino que únicamente cumple una función meramente procesal, como aquella petición fundada que se plasma en la acusación.

²³ Una visión bastante clara de la concepción tradicional de lo que significa el principio acusatorio formal, limitado exclusivamente a la introducción de los hechos justiciables, se puede ver en ORTELLS RAMOS, Manuel, *Introducción...*, *cit.*, pp. 250 y ss.

hechos que pueden constituir delito, según se desprende del art. 313²⁴, el cual dice que la querrela, que es una forma de interposición de la acción penal (art. 270), será desestimada por el Juez de Instrucción cuando **los hechos en que se funda no constituyan delito**, quedando claro que lo sustancial son los hechos y no la calificación jurídica del delito o el *petitum* que pueda realizar el actor penal, que a mayor abundamiento, en la querrela ni siquiera son requisitos de la misma (art. 277). En resumen, se otorga acción penal para desvelar lo realmente acaecido, y en caso de haber mérito en la investigación preliminar, para sostener la comisión de un ilícito penal y pedir la consecuencia penal correspondiente (*ius puniendi*)²⁵.

Dentro de esta concepción de la acción, se considera que el *ius puniendi* debe ser concebido como poder-deber, y no como derecho subjetivo público²⁶, correspondiendo su actuación a los órganos jurisdiccionales exclusivamente²⁷.

En caso que consideremos que la acción ejercitada por el acusador, antes que una pretensión es una exigencia del sistema para preservar la imparcialidad del juzgador, y que como mucho tiene su origen en la pura sospecha de la posible comisión de un hecho punible, se habrá de colegir que el objeto del proceso no puede estar constituido

²⁴ El origen de la acción penal sólo es la mera sospecha, considerada ésta desde un punto de vista no valorativo de probabilidad, ya que de lo contrario la acción se convertiría en un concepto con un contenido concreto, pues su origen estaría en la existencia de un indicio de fundamento del poder de castigar (pretensión), como sería la existencia de sospecha «suficiente», cuando en realidad la acción existe con independencia del mérito de la sospecha. La sospecha se entiende como el hecho preprocesal que motiva la interposición de la misma por parte del sujeto actor. *Cfr.* a este respecto las observaciones que hacen GOLDSCHMIDT, James, *Derecho judicial...*, *cit.*, pp. 60-61, y GÓMEZ ORBANEJA, Emilio, *Comentarios...*, *cit.*, tomo II, pp. 168-169.

²⁵ *Vid.* CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, *La cosa juzgada penal*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1975, pp. 15 y ss.

²⁶ *Vid.* MONTERO AROCA, Juan, *Derecho jurisdiccional, III. Proceso penal, cit.*, séptima edición, pp. 24-26, también en *Principios del proceso penal, cit.*, pp. 15-23, y en «El principio acusatorio...», *cit.*, pp. 777-780; ORTELLS RAMOS, Manuel, «Principio acusatorio...», *cit.*, pp. 792-794, y en *Derecho procesal, cit.*, pp. 250-251; COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás, *Derecho penal, cit.*, pp. 59-64.

²⁷ *Vid.* GOLDSCHMIDT, James, *Problemas...*, *cit.*, pp. 23 y ss, y en *Derecho judicial...*, *cit.*, pp. 51-79; GÓMEZ ORBANEJA, Emilio, *Comentarios...*, *cit.*, tomo II, pp. 160-207; MONTERO AROCA, Juan, *Derecho jurisdiccional, III. Proceso penal, cit.*, séptima edición, pp. 20-26, también en *Principios del proceso penal, cit.*, pp. 15-23, y en «El principio acusatorio...», *cit.*, pp. 775-788; ORTELLS RAMOS, Manuel, «Principio acusatorio...», *cit.*, pp. 792-794, y en *Derecho procesal, cit.*, pp. 250-251; DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, *Derecho procesal penal, cit.*, cuarta edición, pp. 177-192; COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás, *Derecho penal, cit.*, p. 63.

por todo el contenido de la acusación, como si fuera una pretensión punitiva, sino exclusivamente por aquella parte de su contenido que es fundamental para conseguir la forma triádica que asegura la posición de imparcialidad del juez, que como se ha insinuado se limita al contenido fáctico de la acusación: al hecho punible. De esta conclusión precedente se deriva la consecuencia de que la acusación entonces no debiera necesariamente condicionar totalmente el pronunciamiento del juez. Esta conclusión se apoya en dos presupuestos que se implican mutuamente: primero, la negación de la pretensión penal basada en la indisponibilidad por parte del acusador de un derecho —en realidad poder— que no le corresponde (acusatorio distinto a dispositivo)²⁸; y segundo, la consideración de que la imparcialidad del juzgador se satisface con la fijación de los hechos por un sujeto ajeno al juzgador (objeto del proceso), lo cual se ve confirmado por el principio de la exclusividad estatal-jurisdiccional²⁹ del poder punitivo, quedando en manos del juzgador la aplicación del Derecho penal, es decir, la determinación correspondiente de la calificación jurídica y de la consecuencia penal a los hechos sometidos a conocimiento jurisdiccional.

²⁸ Vid. GOLDSCHMIDT, James, *Problemas...*, cit., pp. 23 y ss; le sigue MONTERO AROCA, Juan, «El principio acusatorio...», cit., pp. 777-780.

²⁹ MONTERO AROCA, Juan, «El principio acusatorio...», cit., pp. 777-778, desarrolla su argumentación sobre la base de la garantía jurisdiccional para llegar a la conclusión de la no disposición del Derecho penal por el acusador y de la inexistencia de la pretensión. Dice: «El punto de partida para entender el juego específico de los distintos principios y reglas del proceso penal es la llamada garantía jurisdiccional en la actuación del derecho penal, que se resuelve en dos monopolios:»

«a) El primer monopolio es el de que el derecho penal sólo puede actuarse por los tribunales, y atiende a dos aspectos:»

«1º Los particulares no disponen del derecho penal y ello significa por un lado, la prohibición de la autotutela y la asunción por el Estado de la exclusividad del ius puniendi y, por otro, que los particulares no son titulares de derechos subjetivos con relación a la consecuencia jurídico-penal, es decir, a la pena, por lo que no pueden disponer de ella ni positiva (acordando su imposición) ni negativamente (decidiendo (de) su no imposición).»

«2º Dentro del mismo Estado los tribunales son los únicos aplicadores del derecho penal, de modo que no cabe ni imaginar que otro poder pueda imponer penas.»

«b) El segundo monopolio atiende a que el derecho penal ha de actuarse por los tribunales precisamente por medio del proceso, no de cualquier otra manera. Esto conduce a que, de algún modo, se haya de construir artificialmente el esquema del actus trium personarum en que se resuelve todo el proceso». Del mismo autor *Principios del proceso penal*, cit., pp. 15 y ss; asimismo ORTELLS RAMOS, Manuel, *Derecho procesal*, cit., pp. 161-162.

3. Utilización del concepto de pretensión punitiva por una parte de la doctrina. Crítica

Hay cierta doctrina que, no obstante lo expuesto, mantiene que en el proceso penal existe pretensión punitiva o penal, aunque los que así lo sostienen no reclaman la existencia de una relación jurídica material o de un derecho a obtener una condena del acusado. A nuestro juicio, la utilización del concepto de pretensión punitiva es inconveniente porque induce a confusión respecto de lo que se quiere decir con ello.

Una primera posición doctrinal es la que sostiene SERRA DOMÍNGUEZ³⁰, quien se pronuncia esencialmente a favor de un concepto de acción como pretensión o como acto por el que se solicita una resolución favorable. Mantiene para el proceso penal la existencia de la pretensión punitiva, pero al mismo tiempo reconoce que esa pretensión no contiene un derecho subjetivo punitivo, el cual en su concepto le corresponde al Estado-juez. En una apretada síntesis, postula esencialmente que el proceso de carácter jurisdiccional comienza con el juicio oral³¹ y el momento procesal relevante a efectos de interposición de la pretensión penal es el de calificaciones provisionales, conclusión a la que llega a partir del análisis de la normativa que la regula (art. 650), advirtiendo que ella contiene no sólo los hechos objeto de acusación, sino también la calificación jurídica y la petición de pena. Es decir, contiene todos los elementos de una pretensión, razón por la cual equipara la acusación, en cuanto a su función en el proceso penal, a la que tiene la demanda en el proceso civil, encontrando apoyo en la misma Exposición de Motivos de la LECrim que las hace equivalentes³².

³⁰ SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, «Evolución histórica del concepto de acción», en *Estudios de Derecho procesal*, *cit.*, pp. 154-158, en términos generales, mientras que para el proceso penal en «Juicio oral», *cit.*, pp. 755-779.

³¹ SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, «Juicio oral», *cit.*, pp. 764-773, niega el carácter jurisdiccional del sumario al que le atribuye naturaleza administrativa y, por tanto, considera que la querrela no puede contener el ejercicio de la acción penal.

³² Esta tesis es radicalmente combatida por GÓMEZ ORBANEJA, Emilio, *Comentarios...*, *cit.*, tomo II, pp. 191 y ss., quien rechaza que la calificación provisional sea la petición que defina el contenido del juicio oral. Ello, en su opinión, corresponde a una forma errada de comprender el principio acusatorio en la LECrim, al equiparar la calificación provisional a la demanda en el proceso civil. Señala que la finalidad de las calificaciones provisionales «se reduce a *precisar* ante el juzgador y la parte contraria, mediante una determinada perspectiva jurídica, el objeto mismo, y a dar a conocer cómo el acusador lo concibe en hecho y en derecho y en qué sentido la acusación se hace y qué es lo que la justifica». p. 192. Este autor sigue argumentando desde el punto de vista de la provisionalidad

No obstante, termina por reconocer que la pretensión penal se identifica sólo por dos de sus componentes: por el elemento objetivo, el hecho, y por el subjetivo, el acusado³³ —obsérvese que a una conclusión similar llega ASECIO MELLADO³⁴—. En suma, acaba vaciando de contenido material a la pretensión penal, lo que es coherente con su afirmación de que el poder de punición corresponde al Estado-Juez.

De ahí que cuando trata de las modificaciones que se pueden introducir en las calificaciones definitivas —*mutatio libelli*—, señale que ellas han de tener como límite los hechos objeto de la pretensión y el imputado (acusado). La variación de cualquiera de estas circunstancias las considera inadmisibles; *sensu contrario*, admite que se puedan producir modificaciones de hechos accesorios y de la calificación jurídica y del *petitum*. Como se ve, en definitiva llega a la proposición de que la pretensión tiene un sentido formal o procesal³⁵.

de la calificación, provisionalidad que se explica por su antelación a la práctica de la prueba, lo cual supone el reconocimiento de que la calificación y el *petitum* pueden ser modificados conforme al resultado de la prueba posterior. En la calificación provisional el acusador no afirma sino una probabilidad del derecho de penar bajo una cierta calificación, la cual puede ser modificada de acuerdo al resultado de la prueba; por eso concluye que el «contenido de la afirmación no es un elemento integrante de la acción. Que ésta no se identifica (ni para la litis pendencia, ni para la cosa juzgada, ni para la *mutatio libellis*, ni para la correlación entre acusación y sentencia) por una u otra causa de penar ni por una u otra pena. Especialmente, que el paso de una a otra “causa petendi” y de uno a otro “petitum” no es cambio de acción». p. 194.

Pero también discrepa en cuanto a que haya una pretensión equiparable a la de la demanda civil en las calificaciones definitivas, donde, sin embargo, según su opinión, sí se afirma un derecho de penar concreto (y no en las calificaciones provisionales que contienen una probabilidad del derecho de penar) hay que preguntarse si esa afirmación del derecho de penar concreta, constituye una pretensión punitiva. Si se cree que es así habría que concluir, según el autor, que el Tribunal tendría que afirmar o negar esa pretensión: «(...) la idea de pretensión es indisoluble de la idea de unos límites objetivos». Por esto mismo GÓMEZ ORBANEJA añade y concluye: «O se reconoce que el juez al fallar está vinculado a lo pedido (*ne eat iudex ultra petita partium*) o la función de la sentencia no es actuar pretensiones (de parte)».

«En nuestro proceso penal vigente, ni el juzgador está vinculado a los hechos como el actor considere probados, esto es, como los relata en sus conclusiones definitivas, ni al efecto jurídico que las conclusiones afirman».

«El acusador no dispone de la pretensión o derecho subjetivo que la sentencia penal declara y ni siquiera la acción hace valer tal derecho». p. 195.

³³ CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, *La cosa juzgada penal*, cit., pp. 36-43; SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, «El juicio oral», cit., pp. 772 y ss.

³⁴ ASECIO MELLADO, José María, *Principio acusatorio...*, cit., pp. 34-40.

³⁵ Así parece insinuarlo SERRA DOMÍNGUEZ en «El juicio oral», cit., p. 761.

Realmente para SERRA DOMÍNGUEZ³⁶ la pretensión deducida en las calificaciones provisionales no es más que el presupuesto de procedibilidad del juicio oral, por eso mismo acepta que la retirada de la acusación no provoque ningún efecto vinculante para el juez, ya que una vez realizada la acusación en las calificaciones provisionales se entiende que se ha producido el efecto propio de la misma que es abrir y hacer posible la realización del juicio para que concluya con el pronunciamiento de una sentencia conforme a Derecho³⁷. Cabe recordar aquí el reproche al uso del concepto de pretensión punitiva de GÓMEZ ORBANEJA³⁸, cuando dice «O se reconoce que el juez al fallar está vinculado a lo pedido (*ne eat iudex ultra petita partium*) o la función de la sentencia no es actuar pretensiones (de parte)». Ocurre en realidad que en el concepto de SERRA DOMÍNGUEZ no existe pretensión penal en estricto rigor, sino en un sentido puramente procesal, como necesaria petición fundada.

Con anterioridad a los planteamientos de SERRA DOMÍNGUEZ, también se había manifestado partidario de la teoría de la pretensión punitiva FENECH NAVARRO³⁹, quien sostenía la existencia de la pretensión punitiva (y de las contrapretensiones), e incluso su absoluta necesidad ya que sin ellas, en su concepto no puede haber juicio penal. Conceptualiza a la pretensión punitiva como una «declaración de voluntad en virtud de la cual se solicita la actuación del órgano jurisdiccional penal, en relación con alguna de las funciones atribuidas a éste, frente a otra persona, invocando la conformidad de lo pedido con lo dispuesto en el derecho objetivo»⁴⁰.

Lo que propone es sustituir la centralidad del concepto de la acción penal por el de pretensión. Entiende que el objeto de la acción penal es siempre una pretensión punitiva y ésta es el objeto del proceso necesario, sin el cual no podría existir el proceso mismo. Asimismo, y como es de suponer, mantiene que las pretensiones se interponen en las calificaciones provisionales, pero que se encuentran perfectamente delimitadas en las calificaciones definitivas, las que además en su concepto son las que

³⁶ SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, «El juicio oral», *cit.*, pp. 774-775.

³⁷ SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, «El juicio oral», *cit.*, pp. 774-776 y nota a pie de página nº 80.

³⁸ GÓMEZ ORBANEJA, Emilio, *Comentarios...*, *cit.*, tomo II, p. 195.

³⁹ FENECH NAVARRO, Miguel, *El Proceso penal*, J.M. Bosch, Barcelona, 1956, pp. 172-184.

⁴⁰ FENECH NAVARRO, Miguel, *Derecho procesal penal*, tomo I, Librería Bosch, Barcelona, 1945, p. 393.

determinan el objeto del proceso. Si se lee con atención a FENECH NAVARRO⁴¹ se advertirá que, en su opinión, la pretensión punitiva que realmente delimita el objeto del proceso es la que se deduce en calificaciones definitivas, ya que las provisionales por su propia naturaleza provisional únicamente vinculan en aquello que tienen de inmodificables, esto es, en los hechos y sólo mediatamente le atribuye importancia a la calificación jurídica en cuanto sirve de guía de la dirección que toma la acusación.

En lo que respecta al grado de vinculación del juzgador a la pretensión contenida en la calificación definitiva, entiende que —al contrario de lo que ocurre en el proceso civil— en el proceso penal la vinculación es preferentemente al fundamento de la pretensión (*causa petendi*), en concepto del autor, definido por la calificación del hecho, más que por la pretensión punitiva misma, es decir, determinado más por la calificación jurídica que por el *petitum* de pena, el cual ha de regularse conforme a la legalidad y a las reglas de individualización de la pena contenidas en la Ley y que el juzgador aplica con cierta latitud⁴². Nuevamente se ve que el uso del concepto pretensión punitiva se realiza en un sentido más bien formal o procesal, quitándole un contenido material, aunque paradójicamente se sostuviera que la pretensión constituía el objeto del proceso.

GIMENO SENDRA⁴³ también formula que el objeto del proceso está constituido por la pretensión punitiva⁴⁴. Sin embargo, en lo esencial plantea que la correlación se produce con el hecho punible y el sujeto acusado, considerando irrelevantes los contenidos de la pretensión punitiva que dicen relación con la calificación jurídica y la pena, aunque en cierto trabajo⁴⁵ había llegado a proponer lo contrario al defender la conveniencia de una vinculación al *petitum* de pena. El argumento fundamental que daba para ello consistía en que «también el MF, como representante de la sociedad, y el ofendido, que valoran respectivamente la lesión producida por el delito en la esfera

⁴¹ FENECH NAVARRO, Miguel, *El Proceso penal*, cit., pp. 179-180.

⁴² FENECH NAVARRO, Miguel, *El Proceso penal*, cit., pp. 180-181.

⁴³ GIMENO SENDRA, Vicente, *Derecho procesal. Proceso penal* (con Moreno Catena, Almagro Nosete, Cortés Domínguez), tercera edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, pp. 427-431.

⁴⁴ GIMENO SENDRA, Vicente, *Derecho procesal penal*, cit., segunda edición, pp. 305-312.

⁴⁵ GIMENO SENDRA, Vicente, *Fundamentos de Derecho procesal*, Civitas, primera edición, Madrid, 1981, pp. 191-204, y nota a pie de página 285.

social y en el personal o patrimonial, son partes cualificadas para señalar al Tribunal el tope máximo de la individualización de la pena»⁴⁶, y sostenía que afirmar lo contrario supone consentir una posición «ultraretribucionista»⁴⁷⁻⁴⁸.

⁴⁶ GIMENO SENDRA, Vicente, *Fundamentos...*, cit., p. 204.

⁴⁷ GIMENO SENDRA, Vicente, *Fundamentos...*, cit., p. 204, nota a pie de página nº 285.

⁴⁸ Esta doctrina, en un plano bastante más práctico, es sostenida posteriormente por MARTÍNEZ ARRIETA, Andrés, *La nueva concepción jurisprudencial del principio acusatorio*, Comares, Granada, 1994, pp. 90 y ss, quien ha pretendido vislumbrar el nacimiento de una nueva concepción del principio acusatorio en la jurisprudencia del TC y TS, llegando a sostener el poder vinculante del *petitum* para el juzgador. Dice «A mi juicio, existe una vinculación estricta del tribunal sentenciador al máximo de la pena solicitada desde la acusación, pudiendo en aplicación de los principios que rigen el proceso penal, imponer una pena inferior a la solicitada por la acusación, pero nunca superior a la postulada». p. 90.

En la línea de la teoría de la pretensión punitiva, pero en la doctrina europea no española, se puede citar a BAUMANN, Jürgen, *Derecho procesal penal...*, cit., p. 271, quien considera que la acción penal se define por unos hechos, por el sujeto pasivo y por la consecuencia punitiva. Con toda lógica sostiene en sus planteamientos que dentro del objeto del proceso se encuentra la afirmación de la consecuencia penal: «objeto del proceso es, por consiguiente, la afirmación de la consecuencia penal (existencia de una pretensión penal estatal) de una situación de hecho determinada». Y más adelante agrega: «Considerados en forma aislada, el hecho o la situación de hecho concreta no pueden ser objeto del proceso. A mi entender, hay que añadir la afirmación de la consecuencia jurídica, en este caso la afirmación de una *pretensión penal estatal* (...) A nadie se le ocurriría decir que acostarse o toser son objeto del proceso. Únicamente si esto puede dar lugar a alguna consecuencia penal (por ejemplo, la omisión, al acostarse, de la posición de la aguja del ferrocarril o de la alimentación del niño de pecho), o sea, si fuera posible aplicar el derecho penal material, esta situación podría convertirse en el objeto procesal de un procedimiento».

«Se trata, pues, de *relacionar* la situación del hecho concreta y el derecho penal. Y también debería ser afirmar que es tarea del proceso penal efectuar estas subsunciones o rechazarlas (sentencia penal o absolución). Empero, si ésta es la tarea que le incumbe al proceso penal, también debe pertenecer al objeto del proceso la afirmación de la consecuencia penal». BAUMANN, Jürgen, *Derecho procesal penal...*, cit., pp. 274-275.

La concepción de BAUMANN se acerca a la que rige en el proceso civil llegando casi a la asimilación conceptual del objeto del proceso penal al objeto del proceso civil, con las consecuencias que ello implica para las funciones del objeto del proceso relativas a la cosa juzgada (y la litis pendencia). Puesto en esta tesitura hay dos posibilidades: o se admite que el objeto del proceso así definido provoque un desfase en su función relativa a la cosa juzgada (y litis pendencia) en razón de la aplicación del *non bis in idem* en su sentido tradicional de no doble enjuiciamiento de los mismos hechos, generando un margen de impunidad, en la medida que el cambio de calificación jurídica que no puede realizar el juez en sentencia en razón de la definición del objeto del proceso por la calificación, no se tiene en cuenta como elemento definidor del objeto del proceso para su función relativa a la cosa juzgada, de modo que no se podrían perseguir los mismos hechos en un nuevo juicio ni aun bajo una nueva calificación jurídica, o se entiende en aplicación de una estricta lógica, que el *non bis in idem* debe tener la misma amplitud que el objeto del proceso para la correlación. Es decir, definido no sólo por los hechos sino que también por la petición de la consecuencia penal, asumiendo

En todo caso GIMENO SENDRA parte de un concepto de acción abstracto, que es el que estima aplicable para el proceso penal, pues, en su concepción, el *ius puniendi* no asiste a las partes sino al Estado y más específicamente al poder judicial⁴⁹. Por ello define a la acción penal como el «derecho subjetivo constitucional mediante cuyo ejercicio, a través de la puesta en conocimiento al órgano jurisdiccional de una *notitia criminis*, se solicita la apertura del proceso penal, haciendo surgir en aquél la obligación de pronunciarse sobre la misma mediante resolución fundada». Con esta definición lo que hace el autor es poner el acento del origen de la acción en la *notitia criminis* o, mejor dicho, en la posibilidad o sospecha de haberse cometido un hecho que revista caracteres de delito⁵⁰. Y congruentemente con lo anterior, entiende además que la acción penal se hace valer por medio de la querrela y de la denuncia (puesta en conocimiento de un hecho, de una *notitia criminis*).

La posición de GIMENO nos parece titubeante o equívoca, ya que en una parte de su obra⁵¹ afirma que la pretensión punitiva es el objeto del proceso penal y en otro lugar de la misma⁵² sostiene que la vinculación para el tribunal no se produce sino respecto de los hechos y el acusado. Por otra parte, sostiene que el concepto de acción aplicable al proceso penal es el abstracto, ya que el *ius puniendi* le corresponde al poder judicial y no a las partes (afirmación con la que está negando la pretensión punitiva inicialmente afirmada)⁵³, y en otro momento llega a afirmar la conveniencia

la consecuencia que esto implica: habría diferente objeto del proceso cada vez que se modifique la calificación o consecuencia penal pedida, y, por lo tanto, no operaría el efecto de bloqueo o de exclusión de la cosa juzgada, pudiendo enjuiciarse otra vez los mismos hechos pero respecto de los cuales se pide distinta calificación o consecuencia penal.

En consecuencia, y con estricta lógica, BAUMANN se inclina por esta segunda opción, cuando sostiene que hay tres razones de modificación de la acción penal: el sujeto pasivo, el hecho punible y la consecuencia penal (calificación y pena). Se debe reconocer que, al margen de compartir o no la visión de BAUMANN sobre la pretensión punitiva como objeto del proceso, su posición asume todas las consecuencias que de ella se derivan. *Vid. Derecho procesal penal...*, cit., pp. 283-284 y 288-289.

⁴⁹ GIMENO SENDRA, Vicente, *Constitución y proceso*, Tecnos, Madrid, 1988, pp. 73-74.

⁵⁰ GIMENO SENDRA, Vicente, *Constitución y proceso*, cit., p. 79.

⁵¹ GIMENO SENDRA, Vicente, *Derecho procesal penal*, cit., segunda edición, pp. 207 y ss.

⁵² GIMENO SENDRA, Vicente, *Derecho procesal penal*, cit., segunda edición, pp. 309-312.

⁵³ GIMENO SENDRA, Vicente, *Constitución y proceso*, cit., pp. 73-74.

de que la acusación se establezca como límite máximo al poder punitivo jurisdiccional⁵⁴.

Con independencia de los matices anotados, en todos los autores reseñados se puede observar que el uso del término pretensión punitiva se hace a partir del reconocimiento de que el derecho o poder punitivo no le corresponde a las partes, sino al Estado-juez. Sin embargo, paralelamente sostienen que el objeto del proceso está constituido por la pretensión punitiva, y lo más curioso es que a la hora de referirse al deber de correlación se señala que la vinculación se produce con los hechos y el acusado. Lo cierto es que no se entiende cómo, si el objeto del proceso es la pretensión punitiva, el juez pueda terminar apartándose de parte importante de su contenido. Acontece en realidad que en estas opiniones doctrinales subyace la idea de que la pretensión punitiva, al no ser la forma en que se reclama un derecho concreto a castigar, cumple más bien con una función puramente procesal que vendría a ser equivalente al ejercicio de la potestad de acusar. Sin embargo, si ello se deduce de las formulaciones teóricas de los autores, no se acaba de comprender por qué insisten en afirmar que la pretensión punitiva sea el objeto del proceso.

4. Teoría abstracta de la acción y reconocimiento de la existencia de pretensión procesal

Antes hemos explicado que la acción es definida como un derecho formal de acceso al proceso, que opera como el cauce a través del cual se accede a la actividad jurisdiccional y se someten al juzgador unos hechos (teoría abstracta). Empero, la acción abstracta no explica por sí misma todas las relaciones procesales que se establecen entre el acto acusatorio y la decisión jurisdiccional, como se verá. Junto a este concepto de acción cabe plantearse la necesidad de reconocer la existencia de la pretensión en el proceso penal (que no de pretensión punitiva), de una pura pretensión procesal, entendida como aquella petición fundada que necesariamente ha de plantearse en el juicio penal. Nos parece que esto es fundamental para explicar todo el contenido de la correlación, y en especial el condicionamiento de los poderes de

⁵⁴ GIMENO SENDRA, Vicente, *Fundamentos...*, cit., p. 204, nota a pie de página nº 285.

decisión del juzgador, que impone el derecho a ser informado de la acusación, el derecho de defensa y el principio de contradicción.

Adherimos a una formulación abstracta de la acción penal, pero dentro de una teoría unitaria del Derecho procesal, razón por la cual junto a la acción se ha de admitir la existencia de la pretensión procesal no sólo para el proceso civil, sino también para el proceso penal.

Los planteamientos doctrinarios conformes a las teorías unitarias del proceso sostienen un concepto de acción único —el mismo— tanto para el proceso civil como para el penal, sobre la base de posturas abstractas de la acción, lo cual lleva aparejada una nítida diferenciación entre la acción penal como derecho público subjetivo⁵⁵ y la pretensión como acto y derecho concreto de petición⁵⁶ o como declaración de voluntad⁵⁷.

Las primeras aportaciones en esta línea provienen de dos autores clásicos: CARNELUTTI⁵⁸ y ROSENBERG⁵⁹. Éstos influirán el posterior desarrollo de la

⁵⁵ Hemos dicho precedentemente que la acción penal sólo puede ser considerada derecho público subjetivo a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE en el caso del particular ofendido e, incluso, en el caso del acusador popular, pero no cuando su interposición corresponde al MF, ya que para éste se trata de un poder-deber.

⁵⁶ Así FAIRÉN GUILLÉN. *Vid.* más adelante.

⁵⁷ MONTERO AROCA no la considera ni un acto en sentido estricto ni un derecho, sino una «declaración de voluntad». *Vid.* más adelante.

⁵⁸ Quien intenta desarrollar una teoría unitaria del proceso sobre la base de la composición del litigio como fin del mismo. Dentro del concepto de *lite* se presupone la existencia de pretensión, definida como un acto que consiste en la «exigencia de la subordinación de un interés de otro a un interés propio», y diferenciada de la acción entendida como un derecho público subjetivo procesal dirigido contra el juez, que produce la obligación de éste a realizar actividad jurisdiccional. *Vid.* el desarrollo doctrinal a partir de CARNELUTTI, Francesco, *Lezioni di Diritto processuale civile, volume II*, La Litotipo, Padova, 1926, pp. 299-303; *Sistema di Diritto processuale civile*, tomo I, Cedam, Padova, 1936, pp. 40-42 y 342-347; también en *Il danno e il reato*, Cedam, Padova, 1926, pp. 81 y ss.

Esta doctrina si bien no se recoge en todas sus partes por la doctrina posterior, principalmente por el inconveniente de aplicar la idea de pretensión con referencia a un interés «propio» y por la idea de que el fin del proceso consistía en la composición del litigio entre el ofendido por el delito con el inculpado —lo cual ha sido profusamente criticado por la doctrina—, sí permite sentar las bases de concepciones integrales del proceso y distinguir claramente la acción de la pretensión.

Han criticado la doctrina de CARNELUTTI, entre otros, CALAMANDREI, Piero, «Il concetto di lite nel pensiero di Francesco Carnelutti, lite e giurisdizione», en *Rivista Diritto processuale civile*,

doctrina española. En efecto, en España, por un influjo inicial más o menos importante de la doctrina de estos autores⁶⁰, se han desarrollado proposiciones unitarias del Derecho procesal en las cuales se separa la acción de la pretensión procesal, con naturalezas jurídicas y contenidos bien diferenciados, los cuales son plenamente aplicables al proceso penal. Las principales contribuciones en este sentido son las que realizan GUASP, FAIRÉN y MONTERO.

GUASP DELGADO estima que la acción procesal es el derecho a obtener la actividad jurisdiccional o lo que es lo mismo un «derecho a pretender»⁶¹.

En su esquema doctrinal el proceso no se refiere a una acción ni su contenido está determinado por ésta, ni la decisión que pone término al proceso se refiere a la misma.

Cedam, Padova, 1928-VI, volume V, pp. 3-37; «Il concetto di litte nel pensiero di Francesco Carnelutti, litte e processo», en *Rivista Diritto processuale civile*, Cedam, Padova, 1928-VI, volume V, pp. 89-98; INVREA, Francesco, «Interesse e azione», en *Rivista Diritto processuale civile*, Cedam, Padova, 1928-VI, volume V, pp. 320-339; INVREA, Francesco, «La servitù del giudicato», en *Rivista Diritto processuale civile*, Cedam, Padova, 1930-VIII, volume VII, pp. 223-244; PAOLI, Giulio, «La nozione di lite nel processo penale», en *Rivista Diritto processuale civile*, Cedam, Padova, 1930-VIII, volume VII, pp. 63-74; SARACENO, Pasquale, *La decisione sul fatto incerto nel processo penale*, Cedam, Padova, 1940; pp. 277 y ss; GÓMEZ ORBANEJA, Emilio, *Comentarios...*, cit., tomo II, pp. 175-183.

⁵⁹ Este autor distingue nítidamente la pretensión desde el punto de vista del derecho material entendida como pretensión de derecho o relación jurídica que va dirigida a la otra parte, de la pretensión desde el punto de vista de la ley procesal (ZPO). Es decir, la pretensión procesal que se dirige al tribunal, y que en su concepto está completamente desvinculada del derecho material o relación jurídica, puesto que es la mera afirmación de que el pretensor tiene un derecho o una afirmación de una consecuencia jurídica, fundada en unos hechos. Ésta pretensión es el «objeto litigioso», y por supuesto no es un derecho subjetivo. Vid. ROSENBERG, Leo, *Tratado de Derecho procesal civil*, tomo II, Ejea, Buenos Aires, 1955 (traducción de Romera Vera), pp. 27-67.

Para ROSENBERG la pretensión procesal consiste en «la petición dirigida a obtener la declaración, susceptible de autoridad de cosa juzgada, de una consecuencia jurídica, y se caracteriza por la solicitud presentada y, en cuanto sea necesario, por el estado de cosa expuesto para fundamentarla». ROSENBERG, Leo, *Tratado...*, cit., p. 29.

⁶⁰ Así lo reconocen los mismos autores españoles: vid. GUASP DELGADO, Jaime, *La pretensión procesal*, Civitas, Madrid, 1981, pp. 47-48, nota al pie número 44; FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, «El proceso como satisfacción jurídica», en *Temas del ordenamiento jurídico*, Tecnos, Madrid, 1969, p. 367, nota al pie número 23 y *passim*; MONTERO AROCA, Juan, *Introducción al Derecho procesal*, Tecnos, Madrid, 1976, pp. 68 y ss.

⁶¹ GUASP DELGADO, Jaime, *La pretensión...*, cit., p. 54, pero considera a la vez que el valor de la acción procesal pertenece a disciplinas jurídicas distintas de la procesal, específicamente, al Derecho político o público, puesto que constituiría, en su opinión, un puro fenómeno de poder político o administrativo carente de sentido en cuanto a su naturaleza y contenido para explicar el proceso. Especialmente, *La pretensión...*, cit., pp. 51-53 y notas al pie números 53, 54 y 55.

De ahí que sustituya a la acción por la pretensión procesal como elemento central del Derecho procesal y sobre el cual gira el proceso.

Para este autor la pretensión procesal «no quiere decir otra cosa que la reclamación frente a persona distinta y ante el Juez de una conducta determinada»⁶², a la cual le atribuye la naturaleza jurídica de acto procesal y no de derecho⁶³. Pues bien, este acto procesal que sustancialmente se sintetiza en una reclamación de parte es el objeto del proceso⁶⁴. A su turno, la función del proceso consiste en la satisfacción de pretensiones, aunque se debe advertir que esta satisfacción no es «intersociológica» o «social» (en el sentido de material) como aclara el autor⁶⁵, sino puramente jurídica. Esto quiere decir que se colma con la sola examinación o decisión de la pretensión, no con su estimación, de modo que se satisface igualmente la pretensión que se estima como la que se desestima⁶⁶.

En cuanto a la estructura de la pretensión, sostiene que tendría tres elementos: subjetivo, objetivo y de actividad⁶⁷.

El elemento subjetivo está constituido por la existencia de un pretensor o sujeto activo que pretende frente a alguien, el sujeto pasivo, y ante el juez —supraordinado a las partes—, que es ante quien se formula la pretensión.

El elemento objetivo consiste en el objeto de la pretensión o el objeto mediato del proceso, constituido por «un bien de la vida» que puede ser «a los efectos de su tratamiento jurídico, una cosa corporal o una conducta de otra persona»⁶⁸.

En tercer lugar, el elemento actividad de la pretensión, que es el que nos interesa especialmente, se concibe como una declaración de voluntad cuya nota distintiva respecto de las demás declaraciones de voluntad estriba en su calidad o naturaleza de petición fundada. La pretensión, para tener relevancia jurídica, debe estar determinada,

⁶² GUASP DELGADO, Jaime, *La pretensión...*, cit., p. 62.

⁶³ Esto constituirá una diferencia parcial con FAIRÉN GUILLÉN.

⁶⁴ GUASP DELGADO, Jaime, *La pretensión...*, cit., pp. 57-66.

⁶⁵ GUASP DELGADO, Jaime, *La pretensión...*, cit., p. 44.

⁶⁶ GUASP DELGADO, Jaime, *La pretensión...*, cit., *passim*.

⁶⁷ GUASP DELGADO, Jaime, *La pretensión...*, cit., pp. 68-69.

⁶⁸ GUASP DELGADO, Jaime, *La pretensión...*, cit., p. 71.

de modo que se pueda individualizar o diferenciar de otras, cuestión que se consigue mediante la fundamentación, al invocarse un hecho o acaecimiento concreto de la vida. Sin este hecho o acaecimiento no hay pretensión en sentido jurídico, sino una mera petición indeterminada⁶⁹.

Buena parte de la tesis de GUASP DELGADO tiene una validez general y podría aplicarse tanto al proceso civil como al proceso penal, como pretende el mismo autor. Sin embargo, la doctrina posterior pone de relieve la necesidad de hacer algunas correcciones y matizaciones de importancia sobre todo con relación al proceso penal. En esta labor de precisión de conceptos, dentro de la teoría unitaria, destacan, como hemos dicho, FAIRÉN GUILLÉN y MONTERO AROCA.

FAIRÉN GUILLÉN⁷⁰, al igual que el primer autor, distingue nítidamente la acción de la pretensión procesal. En su concepto, la acción es un derecho público subjetivo frente al Estado en su función jurisdiccional, concretándose en el derecho de acudir a los tribunales, y que se satisface con la excitación o movimiento jurisdiccional inicial. Su naturaleza jurídica y fundamento está en el derecho cívico de petición, de raíz constitucional⁷¹⁻⁷². A partir de ahí sostiene que este derecho le pertenece a toda persona con capacidad para ser parte⁷³.

De otro lado, como dentro de esta teoría la finalidad de la acción es la pura excitación jurisdiccional⁷⁴, se entiende que la interposición de la acción siempre sea

⁶⁹ El fundamento de la pretensión no se puede confundir con los argumentos de la misma, que son las razones fácticas y jurídicas que la sostienen o en que se basa, ya que éstos no la identifican, sino que sólo la justifican.

⁷⁰ FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, «La acción, el Derecho procesal y el Derecho político», en *Estudios de Derecho procesal*, Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, pp.75-121; «Ideas para una Teoría General del Derecho procesal», en *Temas del Ordenamiento procesal*, tomo I, Tecnos, Madrid, 1969, pp. 303-351; «El proceso como función...», *cit.*, pp. 355-433; *Doctrina General del Derecho procesal. Hacia una Teoría y Ley Procesal Generales*, Bosch, Barcelona, 1990, pp. 77-100.

⁷¹ Es evidente aquí la influencia de COUTURE, Eduardo, *Estudios de Derecho procesal civil. Tutela Constitucional de la Justicia*, Ediar, Buenos Aires, 1948, la primera parte de la obra.

⁷² Aquí se ven los primeros atisbos de constitucionalización del derecho de acción, lo que en España con la CE de 1978 acaba por recepcionarse ampliamente en el art. 24.1.

⁷³ FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, «La acción...», *cit.*, p. 77. MONTERO AROCA sostiene que este derecho corresponde a toda persona con capacidad para obrar procesal.

⁷⁴ FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, «La acción...», *cit.*, pp. 74 y ss.

eficaz y logre su finalidad (excitación jurisdiccional)⁷⁵, ya que el órgano jurisdiccional tiene, en todo caso, el deber correlativo de ponerse en movimiento frente a la interposición de la acción, aunque sea para declarar «que no puede proveer sobre el fondo por falta de pretensión eficaz»⁷⁶.

La pretensión procesal, en cambio, es definida como un acto de subordinación de un interés ajeno al propio (en el caso del proceso civil)⁷⁷ o el acto por el que se pide que se sujete a otra persona a una pena (en el caso del proceso penal)⁷⁸. Como se puede ver, aquí FAIRÉN GUILLÉN ofrece una definición de pretensión procesal adaptada al proceso penal, que difiere formalmente de la del proceso civil, aunque en ambas se está sustancialmente hablando de lo mismo, esto es, de una petición fundada.

Pues bien, si la pretensión procesal ha sido definida de esta manera, ¿cuál es la función del proceso iniciado con la pretensión? Se considera que la función del proceso es la satisfacción jurídica, pero concebida en un sentido amplio, abarcadora de la resistencia o contestación del sujeto pasivo⁷⁹⁻⁸⁰, ya que, al igual que el sujeto activo, éste dirige una petición al órgano jurisdiccional (en el sentido dialécticamente inverso), tras la cual hay un interés jurídico de desestimación de la pretensión.

⁷⁵ Tenemos conciencia que tal grado de abstracción de la acción puede ser muy criticado en el terreno del proceso civil, sobre todo desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva, el cual no se puede entender satisfecho en el ámbito de los derechos subjetivos privados con este contenido formal, como es la mera actividad jurisdiccional. Sin embargo, a nuestro parecer, la existencia de contenidos concretos derivados del derecho a tutela jurisdiccional se hallan en un plano distinto del que interesa ahora, que es la justificación de la actividad jurisdiccional, del proceso y de su contenido procesalmente relevante. No interesa aquí la relación que se establece entre derecho material infringido, acción y deber de tutela jurisdiccional, es decir, no nos interesa el estudio de los presupuestos materiales para que haya derecho (y deber) a la tutela jurisdiccional con contenido concreto. *Vid.* a este respecto a DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, *Sobre el derecho a la tutela jurisdiccional*, Bosch, Barcelona, 1980, *passim*. Una explicación de las distintas posturas y enfoques de la cuestión en ORTELLS RAMOS, Manuel, *Derecho jurisdiccional, III. Proceso penal*, *cit.*, séptima edición, pp. 231-263 y especialmente pp. 249 y ss.

⁷⁶ FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, «La acción...», *cit.*, p. 78.

⁷⁷ FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, «La acción...», *cit.*, pp. 76-77.

⁷⁸ FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, «La acción...», *cit.*, p. 108.

⁷⁹ FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, «El proceso como función...», *cit.*, *passim*; *Doctrina general...*, *cit.*, pp. 22-26.

⁸⁰ Esta es una importante diferencia con GUASP DELGADO, ya que éste reduce la satisfacción jurídica únicamente a la pretensión del sujeto activo o pretensor.

Para FAIRÉN GUILLÉN⁸¹, el origen de la pretensión procesal se basa en una realidad que podríamos calificar de sociológica, consistente en el estado de insatisfacción preprocesal, el cual, justamente, se puede canalizar al proceso a través de una pretensión procesal. Ahora bien, la existencia de una pretensión y de una resistencia produce un «choque intersubjetivo» que en el proceso debe ser resuelto por un juez.

Desde un punto de vista dinámico, la satisfacción procesal de la pretensión y de la resistencia otorgada por el juez «debe ser consecuente con la relación satisfacción-interés más digno de protección jurídica; esto es, debe examinar si la pretensión o la resistencia están bien fundadas (fundabilidad) y, por lo tanto, si procede acordar a favor de una u otra [de las partes la satisfacción] (proceso cognitivo); y, posteriormente, la actuación impuesta al satisficente por aplicación de la norma jurídica a los hechos, puede ser resignativa o forzosamente coactiva, según los casos (proceso ejecutivo)»⁸².

Lo que viene a decir el párrafo citado es que la satisfacción jurídica otorgada a través del proceso, desde un punto de vista dinámico, ha de tener en cuenta la protección jurídica dada por la ley a los intereses jurídicos, de modo que se satisfará aquella pretensión mejor fundada, es decir, aquella que invoque el fundamento fáctico adecuado para producir el efecto jurídico pretendido. Aquí se deja ver la relación que existe entre pretensión procesal y el sustrato material y normativo (norma objetiva), punto en el que radica una diferencia fundamental con la teoría de GUASP⁸³, que es puramente procesal sin ninguna referencia al fondo o sustrato material y normativo de la pretensión.

Por otra parte, en la relación entre satisfacción procesal e interés jurídico queda de manifiesto el carácter objetivo de aquella. Se sostiene por FAIRÉN GUILLÉN que la

⁸¹ FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, «Ideas para una Teoría General...», *cit.*, pp. 292-295; «El proceso como función...», *cit.*, pp. 361 y ss.

⁸² FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, «El proceso como función...», *cit.*, pp. 362-363.

⁸³ Sin embargo, obsérvese que en un trabajo distinto al de la famosa monografía acerca de la pretensión, GUASP DELGADO alude específicamente a que la satisfacción de la pretensión depende de su conformidad con el Derecho o norma objetiva. *Vid. Juez y hechos en el proceso civil. Una crítica del derecho de disposición de las partes sobre el material de hecho del proceso*, Bosch, Barcelona, 1943, pp. 36-38.

satisfacción es objetiva, en el sentido de que el estado de paz social y jurídica se opone al hecho en apariencia de vulneración de un interés jurídico protegido por la norma jurídica, que produce un «descontento» o «indignación» (en caso de infracción penal) por el ataque al estado de satisfacción protegido por la norma jurídica.

Ahora bien, estos estados de insatisfacción preprocesal —y por lo tanto subjetivos— al ser formulados en una pretensión procesal deben objetivarse, es decir, tienen que manifestarse con relación a la infracción de una norma jurídica objetiva. Sin embargo, posteriormente en el proceso de consecución de la pretensión en la sentencia, en caso de referirse a intereses privados, se reconvertirán en subjetivas, en la medida que la satisfacción concedida en la sentencia «torna a subjetivizarse»⁸⁴, se dirige al sujeto pretensor. En cambio, si el interés que hay detrás de la pretensión procesal es general y público, el proceso de consecución de la misma favorece directamente a la comunidad, y desde este punto refleja sus efectos o «derrama sus efectos» hacia los miembros integrantes de ésta⁸⁵.

Como se ve, el proceso como satisfacción jurídica de pretensiones o resistencias procesales, también es una concepción aplicable al proceso penal⁸⁶⁻⁸⁷, aunque con algunas particularidades propias, especialmente provocadas por la naturaleza del interés lesionado por el delito y la especial naturaleza satisfactiva de la pena.

En efecto, dentro de esta teoría se entiende que el delito (de acción pública, que es la regla general, no así el de acción privada) provoca una lesión de un interés predominantemente general⁸⁸, el cual constituye el sustrato de la pretensión procesal. La satisfacción jurídica de ésta en el proceso penal es compleja, ya que no sólo se halla formada por la posible imposición del cese de la actividad antijurídica, sino que además se puede imponer, de un modo personalísimo y específico, una pena o medida

⁸⁴ FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, «El proceso como función...», *cit.*, pp. 364-365.

⁸⁵ FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, «El proceso como función...», *cit.*, p. 365.

⁸⁶ FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, «El proceso como función...», *cit.*, p. 431, dice: «Los procesos penales (y de seguridad) de un lado, y los no penales de otro, tienen como función final unitaria la satisfacción de intereses jurídicos manifestados a través de pretensiones y resistencias procesales triunfantes».

⁸⁷ FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, «La acción...», *cit.*, pp. 97-105.

⁸⁸ FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, «El proceso como función...», *cit.*, pp. 390-393.

de seguridad, en la medida que se trate de una infracción o estados muy graves, como son los delitos o faltas y la peligrosidad, respectivamente.

La pena o medida de seguridad son los elementos diferenciales de la satisfacción penal. En lo que respecta a la pena, la satisfacción vendría dada por la función de retribución de la misma, aunque también se reconoce que concurre con los fines de prevención y resocialización⁸⁹. Por otra parte, se apunta que la absolución produce la misma satisfacción, pero, obviamente, no de la pretensión, sino de la resistencia.

Con relación a la medida de seguridad, la satisfacción estibaría en la evitación del peligro que supone la aplicación de la medida al acusado en estado de peligro⁹⁰.

Con todo, el reconocimiento de la pretensión procesal penal en ningún caso supone la asimilación de la misma al *ius puniendi* —o lo que también se denomina pretensión punitiva— que más que un derecho es una potestad, cuestión que expresamente se encarga de aclarar afirmando que el *ius puniendi* corresponde en plenitud al órgano jurisdiccional⁹¹, lo cual se basa, aunque no lo desarrolle latamente, en la propia naturaleza del interés que constituye el sustrato de la pretensión procesal y que procesal y jurídicamente se satisface, puesto que al ser general y público el interés no puede ser disponible de ninguna forma por el sujeto pretensor⁹².

Esta doctrina se recoge con algunas matizaciones por MONTERO AROCA⁹³. El autor distingue también entre acción y pretensión. La acción, para MONTERO AROCA, pertenece a cualquiera con capacidad procesal y la define como «el derecho de acudir a los órganos jurisdiccionales del Estado para interponer pretensiones o para

⁸⁹ Discrepamos parcialmente de FAIRÉN GUILLÉN. Creemos que en el proceso penal el único interés procesalmente relevante es el de la aplicación de la norma objetiva, y ese interés al ser colectivo o comunitario legitima a los miembros de la comunidad a «pretender», pero esa pretensión se colma justamente con la satisfacción de ese interés en la aplicación de la norma penal objetiva, con independencia de la aplicación o no de penas o medidas de seguridad, que no es más que el resultado de la aplicación de una u otra norma penal. *Vid.* COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás, *Derecho penal*, *cit.*, pp. 59-64.

⁹⁰ FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, «El proceso como función...», *cit.*, pp. 396-400.

⁹¹ FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, «La acción...», *cit.*, pp. 102-105.

⁹² FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, «La acción...», *cit.*, pp. 106-110.

⁹³ MONTERO AROCA, Juan, *Introducción...*, *cit.*, pp. 113-176.

oponerse a ellas»⁹⁴, derecho al cual le atribuye rango constitucional. Este concepto lo considera perfectamente aplicable para el proceso civil y penal.

En la base de su teoría sobre la función jurisdiccional se halla la necesidad de responder a una realidad sociológica, pero que no consiste en la existencia de conflictos de intereses jurídicos, puesto que considera que no siempre en el proceso — instrumento de la función jurisdiccional— existe un conflicto de intereses, como acontece, por ejemplo, en el proceso civil de nulidad de matrimonio cuando las partes están de acuerdo en la nulidad y concurre una causal legal, situación en la que hay un mismo interés de las partes, el cual además está protegido por la Ley, o como acontece en el proceso penal en la hipótesis del proceso dirigido contra un acusado inocente, en cuyo caso coincide el interés del acusado con el de la sociedad (acusador público)⁹⁵ en la no condena o absolución. La base sociológica si bien no está en el conflicto de intereses, si lo está en el interés jurídico, ya que no hay pretensión o resistencia que no recaiga sobre un interés jurídico —un bien de la vida—, y por lo tanto aquí se halla la base sociológica de la jurisdicción y el proceso⁹⁶.

Por esta razón prefiere no referir su análisis al conflicto de intereses, sino al concepto procesal de pretensión y resistencia, que son el objeto de la función jurisdiccional. Define a la pretensión como «una petición fundada que se dirige a un órgano jurisdiccional (del Estado) frente a otra persona sobre un bien de la vida»⁹⁷. Cuando define la pretensión como una «petición fundada sobre un bien de la vida», se está apartando de la definición de CARNELUTTI y FAIRÉN GUILLÉN que sostienen que «es una subordinación de un interés ajeno al propio», justamente con el objeto de dejar claro que no siempre en el proceso hay conflicto de intereses⁹⁸, pero sí, en todo caso, una petición fundada sobre un bien de la vida.

La naturaleza jurídica de la pretensión procesal, antes que un acto procesal o un derecho, como había sido definida por FAIRÉN GUILLÉN, es considerada ahora

⁹⁴ MONTERO AROCA, Juan, *Introducción...*, cit., p. 154.

⁹⁵ MONTERO AROCA, Juan, *Introducción...*, cit., pp. 96-97.

⁹⁶ MONTERO AROCA, Juan, *Introducción...*, cit., pp. 85-89.

⁹⁷ MONTERO AROCA, Juan, *Introducción...*, cit., pp. 97-98.

⁹⁸ MONTERO AROCA, Juan, *Introducción...*, cit., p. 100.

como una declaración de voluntad, lo cual se revela en la calidad de «petición fundada» que tiene⁹⁹.

El autor no ve inconveniente alguno para aplicar el concepto de pretensión procesal con estas notas constitutivas al proceso penal, es decir, reconoce expresamente que es aplicable al proceso penal el concepto de la pretensión procesal penal separada del de acción, casi en los mismos términos que FAIRÉN GUILLÉN, y por eso dice que es «la petición fundada de que el interés social sea satisfecho mediante la imposición de una pena»¹⁰⁰.

Antes hemos puesto de relieve que GUASP DELGADO y FAIRÉN GUILLÉN han centrado sus teorías sobre la base del proceso y la pretensión (y resistencia), siendo función del proceso la satisfacción jurídica de la pretensión (y de la resistencia, para FAIRÉN). Pues bien, MONTERO AROCA realiza su construcción teórica sobre la base de la jurisdicción (no sobre el proceso) y, por lo tanto, refiere a ésta la función de satisfacción jurídica de pretensiones y resistencias¹⁰¹ —que materialmente supone la satisfacción de intereses jurídicos—¹⁰².

La satisfacción jurídica como función de la jurisdicción es concebida desde dos puntos de vista: en cuanto actividad y en cuanto resultado. La satisfacción-actividad consiste en la «resolución razonada a una duda o queja formulada»¹⁰³, es decir, la resolución razonada de la pretensión y resistencia. La satisfacción-resultado se trata del «aquietamiento convencido que se alcanza al deshacer una duda o queja»¹⁰⁴. En el caso del proceso penal la satisfacción jurídica en términos generales viene dada por la

⁹⁹ MONTERO AROCA, Juan, *Introducción...*, *cit.*, pp. 100-105.

¹⁰⁰ MONTERO AROCA, Juan, *Introducción...*, *cit.*, p. 156, nota al pie número 138. Debemos criticar la referencia a la satisfacción del interés social con la imposición de una pena en su definición de pretensión, en los mismos términos que lo hicimos con FAIRÉN, en el sentido que la satisfacción de la pretensión se produce con la aplicación del Derecho penal objetivo.

¹⁰¹ La resistencia, por su parte, es definida como «la petición que se dirige a un órgano jurisdiccional como reacción a la pretensión formulada por otra persona». Comparte una misma naturaleza con la pretensión, pues también se trata de una petición dirigida al órgano jurisdiccional tras la cual hay un interés. MONTERO AROCA, Juan, *Introducción...*, *cit.*, p. 105.

¹⁰² MONTERO AROCA, Juan, *Introducción...*, *cit.*, p. 109.

¹⁰³ MONTERO AROCA, Juan, *Introducción...*, *cit.*, p. 109.

¹⁰⁴ MONTERO AROCA, Juan, *Introducción...*, *cit.*, p. 109.

imposición de la pena o la absolución, pues en ésta al igual que en la satisfacción no penal, se trata de satisfacer un interés público, no privado, «pero interés al fin»¹⁰⁵.

A los planteamientos precedentes, que estimamos sustancialmente correctos, tal vez quepa añadir que cuando se trata del proceso penal el interés jurídico no puede entenderse referido a un derecho subjetivo punitivo de la comunidad a que el acusado sea condenado, sino lisa y llanamente a un interés en la pura aplicación del Derecho penal objetivo, es decir, el interés jurídico de la comunidad en la vigencia de la norma penal (ni a la comunidad ni al Estado se le reconoce otro interés), y que en el caso del órgano de acusación público el interés muta en un deber de pedir a los órganos jurisdiccionales la aplicación de la norma penal objetiva¹⁰⁶.

Con posterioridad MONTERO AROCA parece reconducir sus argumentaciones en esta dirección, al modificar parcialmente su posición sobre la satisfacción jurídica al mantener que la función jurisdiccional no es ésta, sino la actuación del derecho objetivo¹⁰⁷, con lo cual viene a sostener lo mismo que ha mantenido ORTELLS RAMOS¹⁰⁸ en el sentido que esta función (juzgar y hacer ejecutar lo juzgado) se resuelve en la actuación del Derecho objetivo¹⁰⁹.

¹⁰⁵ MONTERO AROCA, Juan, *Introducción...*, *cit.*, p. 112.

¹⁰⁶ *Vid.* en este orden de ideas a COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás, *Derecho penal*, *cit.*, pp. 59-64.

¹⁰⁷ MONTERO AROCA, Juan, «La función jurisdiccional y el “status” de Jueces y Magistrados», en *Trabajos de Derecho procesal*, Bosch, Barcelona, 1988, pp. 98-100; también en *Derecho Jurisdiccional, I. Parte general* (con Gómez Colomer, Montón Redondo y Barona Vilar), Tirant lo Blanch, décima edición, Valencia, 2000, pp. 128-130.

¹⁰⁸ ORTELLS RAMOS, Manuel, *Concepto, Método, Fuentes y Programa del Derecho procesal*, tomo I, Valencia, 1983, pp. 106-130. Esta obra es el ejercicio de cátedra inédito del autor citado, investigación que posteriormente fue publicada parcialmente como *Introducción al Derecho procesal*, Comares, Granada, 1999, en las cuales aborda la materia en estudio en las páginas 55-75.

¹⁰⁹ *Vid.* ORTELLS RAMOS, Manuel, *Concepto...*, *cit.*, pp. 106-130, y del mismo autor *Introducción...*, *cit.*, pp. 55-75. El autor ofrece tres argumentos en apoyo de la teoría de la aplicación del Derecho objetivo como función de la jurisdicción.

En primer lugar, argumenta que la jurisdicción encuentra su razón de ser en la actuación del Derecho, lo cual parece manifestarse positivamente en el sometimiento del juez al imperio de la Ley, conforme lo proclama actualmente el art. 117.1 de la CE y 1 de la LOPJ. Normas que no hacen más que recoger una larga tradición en el Derecho español de entender la función jurisdiccional como la «potestad de aplicar las leyes», así el art. 242 de la Constitución de Cádiz, el art. 91 de la Constitución de 1869 y el art. 2 de la LOPJ de 1870, entre otras.

Con todo, a nuestro juicio, la diferencia entre satisfacción jurídica y la actuación del Derecho objetivo es más formal que sustancial, puesto que tanto FAIRÉN GUILLÉN como MONTERO AROCA —en su primera posición— sostenían que la satisfacción jurídica debía ser objetiva, es decir, tenía que darse con relación a una norma jurídica objetiva que protegiera el interés (privado o público) que hay tras la pretensión o resistencia, de manera que esta posición también apuntaba¹¹⁰ el carácter de actuación del Derecho objetivo que hay en la función jurisdiccional, pero con la diferencia de que no lo convertía en la función jurisdiccional, ya que para determinar cuál era ésta (la función) observaban la cuestión desde el punto de vista de la pretensión o resistencia del justiciable, y de ahí que concluyeran que la actividad jurisdiccional debía ordenarse a satisfacer unas u otras. Justo desde el ángulo opuesto es como aprecia la jurisdicción la teoría de la actuación del Derecho objetivo, puesto que parte de una visión eminentemente pública —y no desde el punto de vista del justiciable—, razón por la cual se podría decir que aprecia en la aplicación de la norma objetiva un fin público en sí mismo¹¹¹, desatendiendo al resultado o eficacia de la pretensión o resistencia deducidas en el proceso.

A nuestro juicio la función jurisdiccional posee las dos facetas que hemos resumido en las posiciones anteriores. Ambas facetas de la función jurisdiccional son públicas, pero una apunta a un interés o función inmediatamente público, como es la actuación del Derecho objetivo, y el otro es mediatamente público e inmediatamente de parte, cual es la satisfacción jurídica de pretensiones y resistencias. Pues bien, la jurisdicción en todo proceso (civil o penal) realiza esta función en su doble vertiente, pero con distinta intensidad en uno y otro. Así en el proceso civil la faceta predominante tenderá a ser la de satisfacción jurídica de parte (resultado de pretensiones), aunque no se

En segundo lugar, esgrime la razón de que esta teoría permite dar una explicación unitaria a todas las manifestaciones de la jurisdicción (civil, penal, contenciosa, laboral) y no solamente al proceso civil como sucedería con la teoría que ve en la jurisdicción la función de tutela de los derechos subjetivos.

En tercer lugar, argumenta que la actuación del Derecho objetivo pone de relieve de modo inmediato y directo la relación que existe entre el ordenamiento jurídico y la actividad del juez, que consiste en aplicarlo al caso concreto.

¹¹⁰ FAIRÉN GUILLÉN la sigue sosteniendo casi en los mismos términos que en su versión original en *Doctrinal general...*, *cit.*, pp. 22-35 y 77-97.

¹¹¹ MONTERO AROCA, Juan, «La función jurisdiccional...», *cit.*, p. 104.

puede desconocer que hay una función de actuación del Derecho que responde a un interés público estatal de mantención y vigencia del orden legal establecido, aunque el interés sustrato de la pretensión sea absolutamente privado. En el proceso penal, no cabe duda que la función predominante sea la de actuación del Derecho, aunque no se puede desconocer que el proceso es fruto de una pretensión que podrá ser procesalmente satisfecha con el resultado del proceso, con independencia de que el interés que hay tras la pretensión sea público y no corresponda al acusador pretensor.

5. (Continuación) El objeto del proceso penal no es todo el contenido de la pretensión procesal, sino el puro fundamento de ésta: los hechos. Sin embargo, la pretensión procesal es importante como el objeto del debate

La doctrina a la que adherimos mantiene que la pretensión procesal es el objeto del proceso¹¹², pero esa afirmación general es matizada para el proceso penal, ya que subyace a la pretensión un interés público del que no es titular el pretensor, y del cual no puede disponer¹¹³. Por tal motivo hay que concluir que la pretensión procesal penal no constituye un referente delimitador del objeto del proceso penal, habida cuenta justamente de que la relación jurídico material no se da entre el acusador (público o privado) y el acusado, sino entre el Estado-juez y el acusado, siendo el juzgador el depositario del *ius puniendi*. Por eso concluye MONTERO AROCA¹¹⁴ que el objeto del proceso sólo se halla definido por el hecho punible que se introduce por la parte

¹¹² Así GUASP DELGADO, Jaime, *La pretensión...*, cit., pp. 57-66; FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, «El proceso como función...», cit., *passim*; MONTERO AROCA, Juan, *Introducción...*, cit., pp. 108-109; *Derecho jurisdiccional, II. Proceso civil*, cit., décimo primera edición, pp. 115-126.

¹¹³ Vid. MONTERO AROCA, Juan, *Introducción...*, cit., p. 154, quien pone de manifiesto la diferencia entre el *ius puniendi*, la acción penal y la pretensión procesal penal, y dice al respecto: «El *ius puniendi* es una potestad del Estado, que se atribuye a los órganos jurisdiccionales del mismo con carácter exclusivo, hasta el extremo de que es inconcebible hoy la imposición privada de penas, ni aun por autocomposición; la acción penal es el derecho de acudir a los órganos jurisdiccionales que se atribuye a los ciudadanos y al Ministerio fiscal, teniendo siempre en cuenta que éste no ejerce funciones jurisdiccionales, y la pretensión procesal penal es la petición fundada que se dirige al órgano jurisdiccional, frente a otra persona, para que a ésta se le imponga una pena».

¹¹⁴ MONTERO AROCA, Juan, *Derecho jurisdiccional, III. Proceso penal*, cit., séptima edición, pp. 24-26. Para GOLDSCHMIDT, James, *Problemas...*, cit., pp. 34-35, también hay una pretensión procesal en un sentido parecido.

acusadora cuando sostiene la acusación, es decir, el objeto del proceso se halla conformado por el fundamento de la pretensión procesal.

En nuestra opinión, esta doctrina es la que más se acerca a lo que en realidad acontece en el proceso penal, pues aun cuando establece el carácter abstracto de la acción, no desconoce la existencia (necesidad) y utilidad de la pretensión. Todo lo dicho antes en orden a restarle a la pretensión procesal el carácter de objeto del proceso, no quita que haya de ser útil y necesaria la aceptación de la existencia de la misma, definida como la petición concreta, con base en unos hechos, de una consecuencia jurídica (pretensión, *petitum*). A nuestro parecer, la afirmación de la existencia de la pretensión procesal penal es necesaria y útil. Necesaria, porque viene a reconocer lo que en la ley se establece sin titubeos: en el proceso se debe deducir una petición completa que contemple el hecho subsumido con una petición concreta de pena, y no una pura relación del hecho punible. Desde el punto de vista legal, la pretensión procesal es una realidad innegable, según atestigua la necesidad de que el acusador interponga calificaciones provisionales y conclusiones definitivas¹¹⁵, en los términos que se regula en los arts. 650 y 732¹¹⁶. Es útil, porque la pretensión procesal (y la contrapretensión) pone de relieve con total transparencia la amplitud que tiene el objeto de la contienda o del debate conformado por todo su contenido, marcando la amplitud que ha de tener la garantía constitucional del derecho a ser informado de la acusación (de la pretensión) y del derecho de defensa. En efecto, que sólo el hecho punible de la acusación (el fundamento de la pretensión) constituya el objeto del proceso, no quiere decir que la calificación jurídica y el *petitum* se conviertan en

¹¹⁵ Así por ejemplo FENECH, Miguel, *El proceso penal*, AGESA, cuarta edición, Madrid, 1982, pp. 163-164, y GIMENO SENDRA, José Vicente, *La querrela*, Bosch, Barcelona, 1977, pp. 240-242.

¹¹⁶ GOLDSCHMIDT, James, *Problemas...*, *cit.*, pp. 34-35, reconoce la existencia de la pretensión en un sentido procesal. Señala «La llamada exigencia punitiva no existe, porque no hay derecho de penar fuera del proceso y porque este derecho es un poder estatal, pero no una exigencia. Al contrario, hay también en el proceso penal una *pretensión en el sentido procesal*, pero su contenido no es, como el del concepto paralelo del proceso civil, la alegación de un *derecho propio y la petición de la adjudicación del mismo*, sino la *afirmación del nacimiento de un derecho judicial de penar y la solicitud de ejercer ese derecho*. Correspondiente es la diferencia entre los conceptos de la acción *por un lado* y del derecho de *acusación por otro*. El actor pide la *adjudicación de un derecho propio*, el acusador el *ejercicio del derecho judicial de penar*. Ambos derechos arraigan en el derecho material, pero solamente la acción se ha desarrollado como tal, mientras que el derecho de acusación, prescindiendo de la recaída civilística manifestada en el concepto de la “acción penal” del art. 100 L.E.Cr., ha quedado en una facultad formal y abstracta, perteneciente al derecho procesal».

elementos absolutamente irrelevantes. Al contrario, si se afirma la existencia de la pretensión procesal es justamente para poner de relieve que ella sirve al proceso al darle un contenido preciso al objeto que está más allá del objeto del proceso, y que es aquél que marca la amplitud con la cual se ha de producir el debate contradictorio en el proceso¹¹⁷, razón por la cual sostenemos que la pretensión procesal conforma el denominado objeto del debate.

Dicho esto, corresponde poner a la pretensión procesal y su significado en relación con el principio acusatorio y con los poderes del acusador y del juez.

El principio acusatorio formal establece que el proceso ha de adoptar una forma triangular, a semejanza de lo que acontece en el proceso civil. Es decir, el proceso se ha de ventilar entre dos partes y ante un tercero imparcial, para lo cual es menester que la función acusadora deba ser, al menos desde el punto de vista procesal y formal, una actividad de parte y, por lo tanto, una actividad separada de la de enjuiciamiento, concretada en la atribución de las potestades de acusación a un sujeto procesal distinto del tribunal, y así dejar al órgano jurisdiccional en una situación de imparcialidad. Con todo, dicha función acusadora halla límite en la atribución del *ius puniendi* al juez. Esto quiere decir que pese a haber acusador y que de él dependa la iniciación y sustanciación del proceso, sigue siendo el Estado-juez el titular del *ius puniendi*: corresponde entonces a éste el poder de aplicación de la norma penal objetiva, de suerte que la atribución de función acusadora a otro órgano no puede suponer el reconocimiento de una pretensión punitiva. En consecuencia, el principio acusatorio se colma con la introducción y fijación de esos hechos por un sujeto procesal distinto del juzgador.

Lo dicho, a nuestro juicio, es una argumentación correcta en términos generales, pero no explica todo el fenómeno procesal, ya que deja fuera del análisis al objeto del debate y al derecho de defensa, al no considerar la importancia que tienen en la relación de poderes entre acusador y juzgador.

¹¹⁷ Vid. FABBRINI, Giovanni, «L'eccezione di merito nello svolgimento del processo di cognizione», en *Scritti Giuridici*, tomo I, Giuffrè, Milano, 1989, *passim*, y especialmente, pp. 501-518. Se refiere a las *quaestio facti*, que son cuestiones de hecho que amplían el objeto de enjuiciamiento, pero que no modifican el objeto del proceso.

En definitiva, lo que esta teoría no zanja es la cuestión de la fina separación de la función de pretensión (entendidas en un sentido puramente formal) de la de decisión; y tampoco explica la manera en que la primera puede condicionar a la función de decisión —poderes del juez—. Desde este punto de vista, mantener que el tribunal no se halla vinculado por la calificación jurídica ni por el *petitum*, porque no forman parte del objeto del proceso, aunque técnicamente es un razonamiento impecable, es al mismo tiempo claramente insuficiente como única categoría de análisis, porque niega de plano las matizaciones que pueden introducirse sobre la base de la existencia de la pretensión. Nos referimos a su función condicionadora de las facultades judiciales de aplicación del *ius puniendi*, ello con relación al derecho de defensa y a contradecir sobre el objeto del debate.

Consideramos que la base de la solución está en que sin negar la existencia de la pretensión en el proceso penal, se le atribuya el significado adecuado que hemos adelantado. Por eso estimamos¹¹⁸ que se debe reconocer que la ley contempla en la regulación del escrito de acusación y en las calificaciones la necesidad de que se deduzca una pretensión, y que el escrito de defensa del acusado pueda ser correlativo; siendo esto fundamental para preservar el derecho de defensa del acusado. Sobre esta base MONTERO AROCA¹¹⁹⁻¹²⁰ señala que la pretensión procesal constituye parte del **objeto del debate**, y al respecto dice: «el derecho a ser informado de la acusación, en particular, supone que el acusado tiene que tener conocimiento de todo lo que pueda influir en la decisión judicial, tanto se trate de materiales de hecho como de derecho, y, también, de la pena que contra él se pide, para que pueda alegar y probar en torno a los mismos. La plena efectividad de ese derecho lleva a que los escritos de calificación provisional o de acusación de los acusadores tengan que referirse a todos estos materiales, pues de lo contrario se colocaría al acusado en situación de indefensión».

¹¹⁸ Seguimos a MONTERO AROCA, Juan, *Principios...*, cit., p. 129. GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Eduardo, «Correlación...», cit., p. 516-518, coincide más o menos con lo expresado por MONTERO AROCA, al señalar que la obligación de mencionar una calificación determinada y un *petitum* de pena, en los escritos de calificaciones, constituye una *simple delimitación de la contienda*, es decir, del objeto del debate, y no del objeto del proceso penal.

¹¹⁹ *Ibid. cit. supra*.

¹²⁰ Nótese que la consideración del objeto del debate también se halla en trabajos tan trascendentes de la Teoría General del Derecho, como el de LARENZ, Karl, *Metodología de la ciencia del Derecho*, cit., pp. 301-307.

En síntesis, se distinguirían dos tipos de objetos: el del proceso y el del debate. El del proceso estaría sólo conformado por el hecho punible. En cambio, el objeto del debate también incluiría a la calificación jurídica y al *petitum* (de la acusación, de la defensa y los introducidos por el juez)¹²¹. El primero —el objeto del proceso— vendría a coincidir con el fundamento de la pretensión, los hechos, y determinaría el contenido del principio acusatorio; mientras que el segundo —el objeto del debate— se vincularía con las exigencias de respeto al derecho a ser informado de la acusación, al derecho de defensa y al principio de contradicción.

Desde este punto de vista la técnica del planteamiento de tesis¹²² sobre una probable calificación distinta de la formulada por la acusación no es otra cosa que la ratificación de la existencia del objeto del debate con el contenido señalado y de la amplitud del derecho a ser informado de la acusación, del derecho defensa y del principio de contradicción. Por tal motivo la tesis opera como el medio adecuado que tiene el juzgador para ampliar el objeto del debate y el objeto de su decisión¹²³, convirtiéndose en el presupuesto de eficacia de sus poderes jurisdiccionales.

En efecto, el planteamiento de la tesis por parte del juzgador y su debate (y eventualmente las posibilidades de suspensión y prueba) no sólo constituye un mecanismo para ampliar el objeto del debate y de decisión con el fin de preservar la debida contradicción y para impedir cualquier situación productora de indefensión, sino que también —visto desde el ángulo de las facultades del juzgador— constituye esencialmente el modo de cumplir con un presupuesto de eficacia del poder de oficio de aplicación del Derecho penal (*iura novit curia*), cual es, el aseguramiento de que este poder no ha de producir ninguna hipótesis de vulneración del derecho de defensa¹²⁴. Sólo bajo este presupuesto el juzgador se halla en posición de ejercer sus

¹²¹ También conforman el objeto del debate los hechos y calificaciones que válidamente puede de oficio introducir el juez, de ahí que el art. 733 no sea otra cosa que una forma de completar o ampliar el objeto del debate del juicio.

¹²² La tesis también se halla recogida en el Código procesal penal modelo para iberoamérica (art. 322) y en el CPP chileno (art. 341 inciso 2º y 3º). El Código chileno toma la disposición del Código modelo.

¹²³ *Vid.* FABBRINI, Giovanni, «L'eccezione di merito...», *cit.*, pp. 501-518.

¹²⁴ *Vid.* ORTELLS RAMOS, Manuel, «Principio acusatorio...», *cit.*, pp. 784-785, sostiene que la técnica del art. 733 no tiene que ver con el principio acusatorio sino con el derecho de defensa, y que

facultades. Es decir, mientras no cumpla con dicha técnica de garantía, los poderes de aplicación del Derecho para apartarse de la acusación no podrán ser ejercidos con eficacia. En definitiva, el mecanismo o técnica de los arts. 733 y 788.3 y 4 LECrim es un auténtico presupuesto de eficacia impuesto por la ley, que condiciona el ejercicio del *iura novit curia* del órgano jurisdiccional. Esta imposición no tiene su origen en el principio acusatorio, porque cuando el juzgador estima una calificación o asignación de consecuencia jurídica diversa a la pedida no hay modificación del objeto del proceso, sino que lo que se pone en riesgo de menoscabo es el derecho de defensa, al considerarse en la sentencia un elemento de calificación distinto de los que conformaron el objeto del debate en el caso concreto, de lo cual puede resultar una merma en el despliegue de argumentaciones o defensas en su sentido más amplio.

ella constituye presupuesto de eficacia del posterior ejercicio de los poderes oficiales de *iura novit curia*.

CAPITULO II

DEBER DE CORRELACIÓN EN EL DERECHO ESPAÑOL

SECCIÓN PRIMERA: ANÁLISIS GENERAL

I. LA CORRELACIÓN EN EL PROCESO PENAL ESPAÑOL

En primer término cabe comenzar revisando el marco normativo que regula la correlación en general.

En Derecho español las normas que contienen el deber de correlación de la sentencia penal están previstas en diversas disposiciones. La aplicable al procedimiento ordinario por delitos graves, hasta antes de la promulgación de la CE, se hallaba solamente en la norma que regula el motivo de casación, art. 851.4 (en relación con el art. 733 de la LECrim). El deber de correlación se desprendía de la sanción a su incumplimiento, ya que la norma procesal indicada no consagra el deber de correlación, sino más bien la consecuencia jurídica del incumplimiento del deber de correlación en caso que la sentencia no se limite a los márgenes de la acusación. Aunque como veremos es bastante discutible que dicha norma, aún vigente, fuera una correcta consagración del deber de correlación de la sentencia.

En efecto, el art. 851.4 (que regula un motivo de casación por infracción procesal) contiene el deber de límite de la sentencia, aunque en términos bastantes deficientes, pues el tenor del mismo parece restringirlo al caso de la condena por delito más grave cuando no se hace uso de la tesis, siendo ésta antes que una hipótesis necesitada de congruencia, una hipótesis de tutela del derecho de defensa previo al ejercicio del *iura novit curia*. El problema se suscita porque el precepto señala que procede casación en la forma «cuando se pene un delito más grave que el que haya sido objeto de la acusación si el tribunal no hubiere precedido previamente como determina el artículo 733», pareciendo, su tenor gramatical, otorgar una estrecha cobertura casacional a la correlación, e incluso limitando ésta en una parte importante de su contenido, como más adelante habrá ocasión de demostrar.

De otra parte, el art. 851.4 se remite al art. 733 de la LECrim, que contiene la técnica por la que se permite al tribunal el planteamiento de la «tesis» sobre la calificación de los hechos objeto de acusación, lo cual es necesario para condenar por delito más grave o por delito de igual o menor gravedad pero de distinta naturaleza o no homogéneo, y para apreciar (el juez) las modificantes agravatorias de responsabilidad. Sin embargo, cabe mencionar que este artículo, más que referirse a la correlación propiamente dicha, consagra la facultad de determinación del Derecho aplicable que corresponde al tribunal (*iura novit curia*), al tiempo que contiene la técnica por medio de la cual se tutela la defensa, asegurando el debido debate y la contradicción. Como se verá, constituye una norma clave para interpretar el sentido de la correlación dentro de un sistema acusatorio formal.

En cuanto a la regulación del procedimiento abreviado, el deber de correlación de la sentencia se ha previsto expresamente en el art. 789.3. Esta norma es importante, en primer lugar, porque parece imponer en parte unos márgenes más estrictos al poder de resolver del juzgador, cuando concede efecto limitador a la petición de pena más grave de las acusaciones. La norma señala que «la sentencia no podrá imponer pena más grave de la solicitada por las acusaciones, ni condenar por delito distinto cuando éste conlleve una diversidad de bien jurídico protegido o mutación sustancial del hecho enjuiciado».

Otra cosa importante que se deriva del artículo señalado es que de él se deduce una concepción precisa del hecho al disponer que no se puede condenar en sentencia cuando ella suponga apartarse del hecho de la acusación o, mejor dicho, cuando importe una «mutación sustancial del hecho enjuiciado», es decir, del hecho de la acusación desde un punto de vista jurídico-procesal. Junto con eso recoge la utilidad del concepto del bien jurídico como criterio complementario o copulativo (según la tesis que se acepte) para la determinación del objeto del proceso con miras a la correlación, al declarar que no se puede condenar por delito distinto cuando éste «conlleve una diversidad de bien jurídico».

Una regulación especial es la que se prevé en el procedimiento ante el Tribunal del Jurado, en el cual hay que conjugar varias normas para comprender cabalmente cuál es la medida de la correlación como límite. En todo caso, la correlación se produce entre un complejo de actos que componen los términos de correlación (de comparación). De

una parte están los que integran los actos de acusación (arts. 29 y 48 LOTJ) y otros actos de fijación del objeto del proceso, como son el auto de apertura del juicio oral (art. 33 LOTJ) y el escrito objeto del veredicto (art. 52 LOTJ). De otra parte está el término de comparación limitado integrado por el veredicto (art. 58 y ss. de la LOTJ) y la sentencia (67 y ss. de la LOTJ). En pocas palabras, el Magistrado-Presidente está limitado a los hechos y calificaciones del veredicto, aunque se le permite agregar hechos o calificaciones que favorezcan al acusado, siempre que los hechos no impliquen una variación sustancial del hecho enjuiciado, y que someta a debate las calificaciones que difieran de la acusación.

Pero toda esta regulación legal, contenida en las diversas normas indicadas precedentemente, no está completa si no consideramos que sobre el deber de correlación haya de recaer la influencia determinante de la CE, en virtud de la directa aplicación de los derechos y garantías previstas en su art. 24, cuyos contenidos normativos son decisivos. Nos referimos esencialmente al principio acusatorio dentro del derecho a un proceso con todas las garantías del art. 24.2, al derecho a ser informado de la acusación y al derecho de defensa del art. 24.2. Estos derechos y garantías, en diversa medida y en distintas esferas, gravitarán en la delimitación de los contornos de la correlación.

Pues bien, sobre este marco legal y constitucional del que se deriva el deber de correlación se realizará el análisis del Derecho español. En primer lugar, se hará una fundamentación general aplicable a todo el proceso penal español, con base en la regulación ordinaria por delitos graves y de los demás procesos ordinarios y especiales, y luego se analizarán las especialidades de la regulación de la correlación en el procedimiento abreviado, en el juicio de faltas y en el juicio ante Tribunal del Jurado.

Por último, estudiaremos las conformidades penales en las que se produce un fenómeno de predeterminación del contenido de la sentencia (relativo) que, a nuestro juicio, viene a sustituir el deber de correlación ordinario. De esto se deriva el interés de su tratamiento en un trabajo de análisis de la correlación.

1. Consideraciones previas acerca de la exclusividad jurisdiccional «ab initio» de la aplicación del Derecho penal, y a través del proceso

En todo ordenamiento jurídico moderno se establece que a los tribunales de justicia corresponde en forma exclusiva ejercer la función jurisdiccional, de modo que se concluye que dicha función está atribuida a los órganos jurisdiccionales, y que ningún otro órgano público o privado puede arrogársela¹²⁵.

La exclusividad jurisdiccional (positiva) en Derecho español está consagrada en el art. 117.3 CE. El apartado 3 dice que «el ejercicio de la potestad jurisdiccional (...) corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales», disposición que establece lo que se denomina la exclusividad positiva¹²⁶ al entregar en exclusiva a los órganos jurisdiccionales la función jurisdiccional, excluyendo a todo otro órgano público o ente privado de esta función¹²⁷⁻¹²⁸.

Sin embargo, que el Ordenamiento jurídico establezca la exclusividad jurisdiccional no asegura por sí misma la aplicación del Derecho objetivo únicamente por los tribunales. Si bien la Constitución asegura que la función jurisdiccional se ejerza sólo por los órganos jurisdiccionales, la misma Constitución consiente la existencia de formas de aplicación del Derecho objetivo al caso concreto por la potestad administrativa (aplicación no jurisdiccional del Derecho), a través de la autotutela de la Administración. En efecto, la CE en su art. 106.1 da a entender que se admite la

¹²⁵ En el Ordenamiento chileno esto está explícitamente consagrado en el art. 73 de la Constitución y en el art. 1 del COT. *Vid.* VERDUGO MARINKOVIC, Mario y PFEFFER URQUIAGA, Emilio *Derecho constitucional* (con Nogueira Alcalá), tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1994, pp. 184-185; SILVA BASCUÑÁN, Alejandro, *Tratado de Derecho constitucional*, tomo VIII, Editorial Jurídica de Chile, segunda edición, Santiago, 2002, pp. 63 y ss.

¹²⁶ La exclusividad jurisdiccional también tiene un sentido negativo, contenido en el art. 117.4 CE cuando señala que los «Juzgados y Tribunales no ejercerán más funciones que las señaladas en el apartado anterior y las que expresamente les sean atribuidas por Ley en garantía de cualquier derecho», declaración que viene a consagrar la exclusividad en términos negativos, estableciendo que los órganos jurisdiccionales no pueden realizar otras funciones distintas de la jurisdiccional, salvo aquellas que la Ley le encomiende en garantía de un derecho.

¹²⁷ Lo mismo se establece nuevamente en el art. 2.1 LOPJ.

¹²⁸ *Vid.* ORTELLS RAMOS, Manuel, *Derecho procesal. Introducción, cit.*, segunda edición, p. 148; MONTERO AROCA, Juan, *Derecho Jurisdiccional, I. Parte General, cit.*, décima edición, pp. 95-99; DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio, *Derecho procesal. Introducción* (con De la Oliva Santos y Vegas Torres), Ramón Areces, segunda edición, Madrid, 2001, pp. 159-162.

autotutela administrativa al contemplar el control jurisdiccional de los actos administrativos sólo *ex post*. También confirman lo dicho otras disposiciones que regulan supuestos específicos de autotutela, como es el caso del art. 25.1 y art. 153, b CE. Por otra parte, lo mismo se deduce *sensu contrario* de preceptos que prohíben específicamente la autotutela administrativa en casos concretos (arts. 18.2 y 3, 20.5, 22.3 y 4 y 25.3 CE), demostrando la validez general de la regla contraria¹²⁹.

Con todo, cuando se trata de la aplicación del Derecho penal¹³⁰ al caso concreto la autotutela administrativa está prohibida *ab initio*. En el sistema español se prohíbe la aplicación de penas por cualquier órgano que no sea jurisdiccional, incluso aunque con posterioridad pudiera someterse la decisión administrativa a control jurisdiccional a través de una impugnación¹³¹.

El Derecho penal se aplica *ab initio* por el Estado, pero en su forma específicamente jurisdiccional¹³²⁻¹³³. Esto se considera en sí mismo una garantía para el justiciable en

¹²⁹ Como dice ORTELLS RAMOS, Manuel, *Derecho procesal. Introducción, cit.*, p. 155.

¹³⁰ También está prohibida la autotutela administrativa *ab initio* en materias de Derechos fundamentales y libertades públicas y también en las relaciones entre el Estado y las Comunidades Autónomas, *vid.* ORTELLS RAMOS, Manuel, *Derecho procesal. Introducción, cit.*, pp. 161-162.

¹³¹ Nótese que en otros ordenamientos existen los procedimientos monitorios o por decreto, caso de Chile o Italia, en los cuales el carácter jurisdiccional de la primera decisión es dudoso, siendo más propiamente una forma de aplicación de pena por vía administrativo-judicial, que con posterioridad el acusado-condenado puede impugnar ante un órgano jurisdiccional. En España en principio no podría introducirse un procedimiento de esta naturaleza.

En todo caso, el sistema italiano parece configurarse como un sistema más respetuoso con el carácter jurisdiccional de las resoluciones que imponen la pena, ya que requiere de un decreto de condena judicial que valore la fundamentación del requerimiento del Ministerio Público, arts. 459 a 461 CPPi, cuestión que en el caso chileno lamentablemente no acontece, siendo mucho más flagrante la falta de carácter jurisdiccional del procedimiento monitorio chileno, art. 392 CPPch, pues no contempla claramente que en el pronunciamiento de la resolución judicial que valida el requerimiento se deba señalar precisamente los motivos de hecho y de Derecho que se estiman para considerar fundado el requerimiento del Ministerio Público, estableciéndose un ambiguo e indeterminado control de fundamentación del requerimiento que no se sabe bien en qué consiste. *Vid.* lo que se expone con más detalle a propósito del estudio del procedimiento monitorio en este trabajo.

¹³² *Vid.* FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 1995 (traducido por Andrés Ibáñez, Ruiz Miguel, Bayón Mohino, Terradillos Basoco y Cantarero Bandrés), p. 561. Este autor expresa la idea de exclusividad jurisdiccional *ab initio* en la aplicación del Derecho penal, en los términos que siguen: «El principio de jurisdiccionalidad contenido en el axioma A7 *Nulla culpa sine indicio* no expresa únicamente la garantía de la presunción de inocencia del imputado. Tiene también el valor de una norma de organización sobre la *inderogabilidad del juicio* cuando el mismo es activado por una acción acusatoria que denuncia la existencia de un delito y se reclama la imposición

razón de las cualidades de los sujetos que ejercen jurisdicción, los cuales aseguran un grado de independencia y desinterés objetivo (heterotutela) que no poseen otros órganos públicos como es el caso de la administración. De ahí que la exclusividad jurisdiccional se conozca como la garantía jurisdiccional¹³⁴.

En lo que nos interesa, la garantía jurisdiccional tiene un doble contenido, ya que de una parte supone que no hay aplicación legítima de la norma penal fuera de la aplicación estatal mediante sus órganos jurisdiccionales, rechazando en principio toda forma de justicia penal realizada por poderes u órganos públicos no judiciales. Pero, además, la función jurisdiccional en manos de los tribunales sólo puede encauzarse por el proceso —lo que se denomina exclusividad procesal—¹³⁵. Es decir, la garantía jurisdiccional sólo puede materializarse mediante el proceso el cual sirve de instrumento a través del que se realiza la potestad jurisdiccional.

En consecuencia, el proceso penal es necesario para realizar el poder de penar; y así se explica la trilogía que se establece sobre el delito: del delito nace la pena, y la pena habrá de ser aplicada únicamente como resultado de una sentencia condenatoria

de una pena. La inderogabilidad del juicio penal postulada por primera vez en Inglaterra en 1689, por el art. 7 del *Bill of rights*, quiere decir a su vez dos cosas, ambas conexas con el principio de legalidad: que el juicio es indeclinable, en el sentido de que el juez no puede sustraerse a él, sea cual fuere el sujeto al que hay que juzgar, y que no es fungible, en el sentido de que no puede ser sustituido por otras formas de actividad cognoscitiva o potestativa a cargo de otros sujetos públicos o privados. En el primer sentido, la inderogabilidad designa una obligación del juez, que en el ordenamiento italiano es correlativa a la de acusación; en el segundo, designa el monopolio judicial de la represión penal, es decir, la necesidad de que ésta se desarrolle a través de las formas del juicio y sea encomendada a la competencia exclusiva del juez ordinario».

¹³³ En Derecho chileno también rige la garantía jurisdiccional *ab initio* del Derecho penal, consagrada en el art. 1 del NCPP, que dispone que «Ninguna persona podrá ser condenada o penada, ni sometida a una de las medidas de seguridad establecidas en este Código, sino en virtud de una sentencia fundada». De esta norma se deduce que no es posible ninguna forma de aplicación del Derecho penal al caso concreto que no sea por un órgano jurisdiccional y mediante un proceso.

¹³⁴ *Vid.* Cabe destacar que la garantía jurisdiccional resulta fundamental para la vigencia de las demás garantías procesales y también para las sustanciales de Derecho penal, así lo ha resaltado FERRAJOLI, quien ha elaborado todo un sistema teórico (teoría del garantismo penal) que descansa en buena parte en la premisa de que las garantías procesales y sustanciales sólo son posible en un sistema penal que respete la garantía jurisdiccional: FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*, *cit.*, *passim*, y específicamente pp. 537 y ss.; MONTERO AROCA, Juan, *Principios...*, *cit.*, p. 15-23. Ya enunciaba esta idea GOLDSCHMIDT, James, *Problemas...*, *cit.*, pp. 23-24.

¹³⁵ MONTERO AROCA, Juan, *Principios...*, *cit.*, p. 20.

dictada en un proceso penal. Y por eso, en esa misma línea, GÓMEZ ORBANEJA¹³⁶ llega a proponer una nueva conceptualización de «delito» al tenor del art. 1¹³⁷ del CP y del art. 1 de la LECrim, como «acto ilícito (antijurídico y culpable), sancionado con una pena», a la cual la LECrim viene a añadir: «con una pena que ha de imponerse mediante el proceso penal», siguiendo lo que antes ya habían puesto de manifiesto CARNELUTTI¹³⁸ y GOLDSCHMIDT¹³⁹. Este último señala «que al Estado, titular del derecho de penar, se le ha(ya) impuesto la obligación de seguir el camino de un proceso, es consecuencia de los postulados del Estado de derecho que han establecido correlativamente el principio “nulla poena sine lege”, el de “nulla poena sine iudicio”».

En España el CP de 1995 vino a reforzar la garantía jurisdiccional y por ende la exclusividad procesal en la aplicación del Derecho penal ya consagrada en el art. 1 de la LECrim, puesto que su art. 3 asegura «que no se podrá ejecutar pena ni medida de seguridad sino en virtud de sentencia firme dictada por el Juez o Tribunal competente, de acuerdo a las leyes procesales».

Por último, cabe apuntar que estas conclusiones tienen, además, bases constitucionales, como se encarga de resaltar ORTELLS RAMOS¹⁴⁰, que dice: «en la

¹³⁶ GÓMEZ ORBANEJA, Emilio, *Comentarios...*, cit., tomo I, p. 28.

¹³⁷ La cita de GÓMEZ ORBANEJA tendría que ser actualizada conforme al CP de 1995 en vigor, que en lo sustancial dispone lo mismo que las normas citadas en el texto. En efecto, el art. 1 del CP antiguo corresponde al contenido del art. 10 del CP 1995, que contiene el principio de legalidad de los delitos y las penas. Lo anterior, debe ser complementado con el art. 2 de mismo CP, que asegura la legalidad de la pena, y con el art. 3 del CP que consagra la necesidad de que toda aplicación de pena o medida de seguridad sea fruto de una sentencia dictada dentro de un proceso penal y por un juzgador competente. Esta declaración de garantía jurisdiccional calza perfectamente con el art. 1 de la LECrim.

¹³⁸ CARNELUTTI, Francesco, *Teoria generale del Reato*, Cedam, Padova, 1933, pp. 38-42, señala: «*Se pertanto il perchè gli atti illeciti, che ho recato poco fa ad esempio, per quanto siano penali, non si considerano dei reati s' ha de trovare nella stessa qualità giuridica dell atto, anzichè nella sua qualità sociale e se, d' altra parte, è riconosciuta, in questi negli altri casi, la identità della sanzione viene attuata. Ora proprio sotto questo aspetto chi asserva la grande massa degli atti illeciti penali si accorge che per alcuni la pena viene inflitta mediante quel caratteristico insieme di atti, che chiama il processo penale*». p. 40, y más adelante agrega: «*(...) il genero illecito penale è caratterizzato dalla natura della sanzione, che colpisce l' atto illecito, la specie reato è denotata dal mezzo della sua attuazione che è il processo penale. Reato non è dunque ogni atto illecito penale, ma quell' atto illecito, per il quale è comminata a la pena infliggerssi mediante il proceso penale*». p. 40.

¹³⁹ GOLDSCHMIDT, James, *Problemas...*, cit., pp. 23-24.

¹⁴⁰ ORTELLS RAMOS, Manuel, *Derecho procesal. Introducción*, cit., p. 162. Lo que apunta este autor está latamente desarrollado en el sistema teórico de FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*, cit.,

Constitución existe una correlación entre ejercicio de la potestad jurisdiccional, el proceso, la condena por un delito tipificado con anterioridad y la pena. Esa correlación se establece en los arts. 117.3, 24.2 y 25.1 CE: la potestad jurisdiccional se ejercita en el proceso (art. 117.3 CE), alguna de cuyas garantías se formulan por la Constitución de modo literal con relación al proceso penal (art. 24.2 CE), en el cual una persona puede ser condenada por una acción u omisión que constituyen delito o falta según la legislación vigente en el momento de cometerse (art. 24.1 CE)».

1.1. El proceso es tal en la medida que se configura bajo el principio acusatorio: separación de la función acusadora de la de enjuiciamiento. El principio acusatorio como principal fundamento de la correlación e incidencia de otros derechos y principios

Puesta en evidencia la necesidad del proceso penal, corresponde tratar ahora la importancia del principio acusatorio dentro de la configuración del mismo.

En un sistema inquisitivo de imposición de penas, el Estado a través del inquisidor, órgano público único, asume el rol de acusador y «juez», siendo por definición un sistema que no pretende asegurar ninguna imparcialidad (en la «terciedad» radica la heterotutela); y por eso mismo se le cataloga como un sistema administrativo de imposición de penas más que de proceso¹⁴¹, en la medida que técnicamente en él no

passim, y pp. 537 y ss. Dice: «Las garantías penales, al subordinar la pena a los presupuestos sustanciales del delito —lesión, acción y culpabilidad— serán efectivas en la medida que éstos sean objeto de un juicio en el que resulten aseguradas al máximo la imparcialidad, la veracidad y el control. Por eso las garantías procesales, y en general las normas que regulan la jurisdicción, se llaman también *instrumentales* frente a las garantías y a las normas penales, designadas en cambio como *sustanciales*».

«**La correlación funcional** [las negritas son nuestras] es, por lo demás, biunívoca, dado que las garantías penales pueden, a su vez, considerarse necesarias para garantizar juicios que no sean arbitrarios: en su ausencia, en efecto, juicio y pena estarían desvinculados de límites legalmente preestablecidos y resultarían no menos potestativos que si faltasen las garantías procesales. Es decir, tanto las garantías penales como las procesales valen no sólo por sí mismas, sino también unas y otras como garantía recíproca de su efectividad».

Y añade FERRAJOLI: «La principal garantía procesal, que constituye el presupuesto de todas las demás, es la de *jurisdiccionalidad*». pp. 537-538.

¹⁴¹ SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, «El juicio oral», *cit.*, p. 767; MONTERO AROCA, Juan, *Principios...*, *cit.*, pp. 28-30; CAROCCA PÉREZ, Alex, «Congruencia entre acusación y la defensa en

hay partes como sujetos procesales con derechos, oportunidades y cargas, ni existe en puridad un juez, sino más bien un funcionario administrativo con ciertos poderes para investigar y resolver una cuestión penal conforme a la ley. En opinión de SERRA DOMÍNGUEZ¹⁴², el sistema inquisitivo es una especie de autotutela estatal.

Las reformas liberales a la justicia penal realizadas durante el siglo XIX en Europa continental persiguen, entre otras modificaciones importantes, consagrar un proceso penal ante un juez imparcial. En ese afán surge el principio acusatorio como la herramienta apropiada para conseguirlo, en cuanto su aplicación vino a consagrar la separación de la función acusadora de la de enjuiciamiento. Desde aquella época se le ha atribuido al principio acusatorio la finalidad esencial de asegurar la imparcialidad del órgano decisor mediante la obtención de la estructura tripartita semejante a la del proceso civil. Es decir, de un proceso que se ventila entre dos partes contrapuestas frente a un tercero imparcial, puesto en una situación de «terciedad» (heterotutela), cuya función es decidir el litigio conforme a Derecho. De esa manera se consigue que el proceso se configure como un *actus trium personarum*¹⁴³.

Dicho en otras palabras, el modo en que se resuelve esta necesidad de imparcialidad es en la separación de las funciones de acusación de la de decisión —no puede ser el mismo órgano el que acuse y decida sobre la acusación—. El principio acusatorio, en consecuencia, impone la necesidad de que un órgano ajeno al juez introduzca aquello

el nuevo proceso penal chileno», en AAVV, *Cuadernos de análisis jurídico*, serie 39, Primer Congreso Nacional sobre la Reforma del Proceso Penal, UDP, Santiago, 1999, 299-303.

¹⁴² SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, «El juicio oral», *cit.*, p. 767; CAROCCA PÉREZ, Alex, «Congruencia...», *cit.*, p. 299.

¹⁴³ GOLDSCHMIDT, James, *Problemas...*, *cit.*, párrafo segundo, pp. 23 y ss.; MONTERO AROCA, Juan, *Principios...*, *cit.*, pp. 25-29, es especialmente claro en sus explicaciones en torno al principio acusatorio e inquisitivo. También CUCARELLA GALIANA, Luis, *La correlación...*, *cit.*, pp. 26-30. Respecto a la necesidad de la separación de la función acusadora de la de enjuiciamiento, resultan muy certeras las palabras de FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*, *cit.*, p. 581: «La separación del juez de la acusación, requerida por nuestro axioma A8 y ahora indicada como primera garantía orgánica, supone la configuración del proceso como una relación triangular entre sujetos, dos de los cuales están como *partes* en la causa, y el tercero como *super partes*: el acusador, el defensor, y el juez. Esta estructura triádica constituye, como se ha visto, la primera señal de identidad del proceso acusatorio. Y es indispensable para que se garantice la ajenidad del juez a los dos intereses contrapuestos —el de la tutela frente a los delitos representados por la acusación, y el de la tutela frente a los castigos arbitrarios, representado por la defensa— que además corresponden a los dos fines, perfectamente compatibles en abstracto pero siempre conflictivos en concreto, que, como se ha visto, justifican el derecho penal».

que va a ser objeto de la decisión, esto es, el objeto del proceso penal, para que el juez en una posición de «terciedad» decida. Para ello se introdujo una parte artificial distinta del juez que vino a representar el interés estatal o social en la aplicación del Derecho penal, instando su aplicación a los tribunales de justicia (es el desdoblamiento del Estado en el proceso penal, que actúa, por una parte, como requirente y, por otra, como decisor). De manera tal que fue menester entregar la función de acusación pública al ministerio público o fiscal, sin perjuicio del reconocimiento del derecho de acción y acusación del acusador popular y particular¹⁴⁴, figuras que sólo existen en algunas legislaciones. Así, se consiguió que no fuera el propio juez el que introdujera al proceso el objeto de su juzgamiento, porque era esto justamente lo que comprometía radicalmente la garantía de imparcialidad del juzgador. El objeto del proceso se debía introducir al proceso por una parte (*actus trium personarum*).

La vigencia real de la separación de funciones (como requisito de imparcialidad) supuso que la introducción del objeto del proceso por el acusador debía imponer sus límites objetivos (el hecho punible) y subjetivos (el acusado) al juzgador, el cual debía de mantenerse dentro de sus márgenes en la sentencia. En otras palabras, el juzgador debía de enjuiciar aquello que se le sometía a su conocimiento, y no otra cosa que él mismo pudiera determinar. De esto derivaba que la sentencia tenía que ser correlativa con la acusación en virtud de la vigencia del principio acusatorio.

Actualmente el principio acusatorio en los términos explicados sigue siendo el fundamento principal en el cual se basa el deber de correlación, sin embargo, la progresiva evolución de las garantías procesales en el sistema de enjuiciamiento procesal penal español hacen necesario considerar la influencia de otras garantías y principios que influyen en el modo como actualmente se ejercen los poderes de decisión jurisdiccional y la aplicación del Derecho penal. Pretender explicar las cuestiones que emanan o que están íntimamente relacionadas con el deber de correlación sólo desde el punto de vista del principio acusatorio constituye un criterio reduccionista del problema de la correlación. En efecto, el deber de correlación tiene que ser estudiado conjuntamente con el problema de la aplicación del Derecho por el juzgador —*iura novit curia*— y con el derecho a ser informado de la acusación, el

¹⁴⁴ Tras la promulgación del nuevo Código en Chile se eliminó la figura del acusador popular, pero quedó subsistente el acusador particular (la víctima o algunos legitimados).

derecho de defensa y el principio de contradicción, en la medida que inciden sobre el poder de decisión jurisdiccional del juez. Por eso, a lo largo de este trabajo intentaremos demostrar de qué manera se entrecruzan e inciden en la exigencia de correlación el principio acusatorio y las garantías procesales mencionadas.

1.2. El principio acusatorio tiene recepción constitucional en el derecho a un proceso con todas las garantías, específicamente en el derecho a un juez imparcial

Si es efectivo que el principio acusatorio tiene su fundamento-fin¹⁴⁵ en la necesidad de imparcialidad del juzgador, no cabe duda que su apoyatura de rango constitucional debiera ser aquel derecho que recoja la imparcialidad del órgano jurisdiccional. En el caso del Derecho español la norma pertinente es el art. 24.2 de la CE en la parte que consagra el derecho al proceso con todas las garantías.

En efecto, el art. 24.2 consagra el derecho a un proceso con todas las garantías. Sin embargo, este derecho por sí solo no expresa un contenido específico ni otorga herramientas para definirlo, razón por la cual se ha dicho que es un concepto indeterminado que requiere de una exégesis previa para determinar su significado¹⁴⁶. En la tarea interpretativa se ha llegado, en primer lugar, a la conclusión¹⁴⁷ de que este derecho debe ser interpretado en un sentido «residual y subsidiario», para lo cual se ha utilizado la vía interpretativa negativa que se podría enunciar así: en el proceso con todas las garantías no cabe aquello que se recoja en las demás cláusulas del art. 24, de modo que su contenido, *sensu contrario*, sólo puede estar constituido por aquello que no tiene cabida en los demás derechos explícitamente consagrados en el art. 24.

¹⁴⁵ Decimos que el derecho a un proceso con todas las garantías es el fundamento, para destacar que en la imparcialidad se encuentran las bases del principio acusatorio, pero, además de fundamento, es, a la par, finalidad del principio acusatorio, pues su razón de existir es la obtención de un proceso penal con un juez imparcial.

¹⁴⁶ CALDERÓN CUADRADO, María Pía, «El derecho a un proceso con todas las garantías (aspectos controvertidos y jurisprudencia del Tribunal Constitucional)», en *Cuadernos de Derecho Público*, Inap, Madrid, mayo-agosto del 2000, p. 154.

¹⁴⁷ CALDERÓN CUADRADO, María Pía, «El derecho...», *cit.*, pp. 161-166. También DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio, *Comentarios...*, *cit.*, pp. 95-96.

No obstante, aún con este primer acotamiento del posible contenido del derecho, los límites son demasiados amplios o ambiguos, ya que de su contexto se puede concluir que cabe en el mismo cualquier derecho esencial o no, con la única exigencia de que sea un derecho de configuración legal no incluido explícitamente en los otros contenidos del art. 24. Esta sería una consecuencia que nos llevaría al exceso de constitucionalizar todo el proceso¹⁴⁸. Por eso, la forma correcta y lógica de dotar de contenido a la norma constitucional una vez sentado el carácter «residual y subsidiario» del derecho a un proceso con todas las garantías, consiste en dar un segundo paso interpretativo mediante la determinación positiva de su contenido, a partir de la trascendencia constitucional del mismo.

Según la doctrina¹⁴⁹ el modo en que se determina la trascendencia constitucional de un derecho se realiza por la coordinación del art. 10.2 de la CE con los tratados internacionales sobre derechos humanos. Es decir, tienen trascendencia constitucional aquellos derechos de naturaleza procesal o de carácter orgánico y jurisdiccional¹⁵⁰, como sería la imparcialidad del juzgador, consagrados en los tratados internacionales ratificados por España, siendo recogidos mediante la norma del art. 10.2 de la CE, que obliga a interpretar los derechos fundamentales de conformidad con los dichos textos internacionales. Este fue el medio por el que se incluyó en el derecho a un proceso con todas las garantías el derecho a un juez imparcial. Como es sabido, de una parte, este derecho no se hallaba incardinado en ningún contenido de los demás derechos del art. 24, y, de otra parte, el art. 6.1 del CEDH establecía expresamente el derecho a un «Tribunal independiente e imparcial», de modo que dicha norma proveniente de un texto internacional sobre derechos humanos, al ser complementada con el mandato del art. 10.2 de la CE, obligó a la jurisprudencia española¹⁵¹ a concluir en la necesidad de

¹⁴⁸ CALDERÓN CUADRADO, María Pía, «El derecho...», *cit.*, pp. 164-166.

¹⁴⁹ ORTELLS RAMOS, Manuel, *Principio acusatorio...*, *cit.*, p. 793; CALDERÓN CUADRADO, María Pía, «El derecho...», *cit.*, pp. 166-167.

¹⁵⁰ *Ibid. cit. supra.*

¹⁵¹ Esta es la jurisprudencia que se inaugura con la STC de 12 de julio de 1988, Pleno, ponente Latorre Segura (BDA, m. RTC 1988\145). Esta sentencia, además, se basa en el desarrollo de la jurisprudencia previa del TEDH que en varias sentencias se había pronunciado sobre el derecho a un «Tribunal independiente e imparcial»: casos Piersack, De Cubber, Delcourt.

recogerla en el orden constitucional, siendo la norma más apropiada en razón de su carácter «residual y subsidiario», el derecho a un proceso con todas las garantías.

En fin, de la consagración constitucional del juzgador imparcial dentro del derecho a un proceso con todas las garantías, a través de las vías interpretativas señaladas, se desprende el fundamento constitucional del principio acusatorio¹⁵². La incardinación constitucional en el art. 24.2 del derecho a un juez imparcial y del principio acusatorio ha tenido importancia en la interpretación jurisprudencial de la correlación, según se verá a lo largo de este trabajo¹⁵³.

1.3. Correcta conceptualización del principio acusatorio y sus concretas exigencias

El principio acusatorio como principal fundamento de la correlación ha de ser correctamente concebido, cuidando de no confundirlo o ampliarlo de tal manera que signifique a la vez todo y nada. Bien al contrario, la utilidad de los principios se hace efectiva cuando han sido previamente perfilados y de ellos se pueden extraer unas consecuencias jurídicas precisas.

En esta línea, resulta oportuno partir señalando que cabe distinguir el principio acusatorio del sistema acusatorio. Este último supone la vigencia de principios procesales y la aplicación de reglas relativas tanto a la sustancia como a la configuración externa del proceso penal¹⁵⁴⁻¹⁵⁵. Por ejemplo, se cuentan entre ellas, el

¹⁵² ORTELLS RAMOS, Manuel, *Principio acusatorio...*, cit., p. 793, señala en este mismo sentido «el fundamento constitucional del principio acusatorio para el proceso penal, radica en el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) que, a través del art. 10.2 CE, conecta con el derecho a que la causa sea oída por un tribunal imparcial, reconocido por el art. 6.1 CEDH». También en esta línea MONTERO AROCA, Juan, *Derecho jurisdiccional, III. Proceso penal*, cit., séptima edición, pp. 20-30; GIMENO SENDRA, Vicente, *Derecho procesal penal*, cit., segunda edición, pp. 79 y ss.

¹⁵³ Pero no sólo para la correlación. El derecho a un juez imparcial y el principio acusatorio incardinados en el art. 24.2 también fueron argumentos centrales del TC en STC de 12 de julio de 1988, Pleno, ponente Latorre Segura (BDA, m. RTC 1988/145), por la cual declaró la inconstitucionalidad del art. 2 de la LO 10/1980, Ley que establecía el enjuiciamiento oral de delitos dolosos, menos graves y flagrantes. El art. 2 de la Ley otorgaba competencia para la instrucción y fallo de la causa al Juez de Instrucción, y a la par impedía recusar por la causal de haber sido instructor de la causa.

¹⁵⁴ DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, *Derecho procesal penal*, cit., pp. 42-43.

principio de contradicción, la igualdad de armas entre las partes, la separación de funciones de investigación y decisión, la proscripción de la *reformatio in peius*, y, también, el principio acusatorio. Como se ve, el proceso acusatorio supone una gama de principios y reglas que sumadas dan por resultado la configuración total del proceso¹⁵⁶. Esto no se puede confundir con la vigencia del principio acusatorio, el cual no es más que uno (el más importante, por cierto) de los principios configuradores del proceso acusatorio y que regula aspectos bien específicos de éste. El contenido preciso de nuestro principio se ciñe a la separación de la función de acusación de las enjuiciadoras, las que deben ser atribuidas a sujetos distintos, y por tal motivo la acusación —el objeto del proceso— ha de ser planteada en juicio por un sujeto distinto del juez. De este exacto concepto del principio acusatorio se van a desprender exigencias concretas.

Hecha la precisión precedente, corresponde señalar ahora, para no incurrir en ambigüedades, las exigencias concretas que derivan del mismo.

La doctrina más autorizada ha señalado un significado muy definido al principio acusatorio, sin pretender que la invocación del mismo valga para resolver cualquier

¹⁵⁵ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*, cit., pp. 564 y 567, deja claramente establecido lo que en su opinión es el sistema acusatorio, y a la vez lo diferencia de lo que denomina la separación de juez y acusación (principio acusatorio), señalando que éste es el principal elemento del sistema procesal: «Precisamente se puede llamar acusatorio a todo sistema procesal que concibe al juez como un sujeto pasivo rígidamente separado de las partes y al juicio como una contienda entre iguales iniciada por la acusación, a la que compete la carga de la prueba, enfrentada a la defensa en un juicio contradictorio, oral y público y resuelta por el juez según su libre convicción». Y más adelante añade (p. 567): «La separación de juez y acusación es el más importante de todos los elementos constitutivos del modelo teórico acusatorio, como presupuestos estructural y lógico de todos los demás. Esta separación, requerida por nuestro axioma A8 *nullum iudicium sine accusatione*, es la base de las garantías orgánicas en nuestro modelo. Comporta no sólo la diferencia entre los sujetos que desarrollan funciones de enjuiciamiento y los que tienen atribuidas las de postulación —con la consiguiente calidad de espectadores pasivos y desinteresados reservada a los primeros como consecuencia de la prohibición *ne procedat ex officio*—, sino también, y sobre todo, el papel de parte —en posición de paridad con la defensa— asignado al órgano de la acusación, con la consiguiente falta de poder alguno sobre la persona del imputado. La garantía de separación, así entendida, representa, por una parte, una condición esencial de la imparcialidad (*terzietà*) del juez respecto a las partes de la causa, que, como se verá, es la primera de las garantías orgánicas que definen la figura del juez; por otra, un presupuesto de la carga de la imputación y de la prueba, que pesan sobre la acusación, que son las primeras garantías procesales del juicio».

¹⁵⁶ Vid. ILLUMINATI, Giulio, *Profili del nuovo Codice di procedura penale*, AAVV, Cedam, Padova, 1990, pp. 337-340; MONTERO AROCA, Juan, «El principio acusatorio...», cit., pp. 776-777; DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio, *Comentarios...*, cit., pp. 102-103.

problema que se suscita en un proceso. En concreto, el principio acusatorio impondría el cumplimiento de tres exigencias básicas, todas referidas a la introducción y fijación del objeto del proceso¹⁵⁷. La primera de ellas es que «no puede atribuirse al juzgador poderes de dirección material del proceso que cuestionen su imparcialidad». Este primer aspecto sólo nos interesa de un modo parcial para comprender la esfera de gravitación de los poderes oficiales del juez en un sistema acusatorio a la hora de determinar o influir en el objeto del proceso. La segunda exigencia consiste en que «no puede haber juicio oral (o condena) si no hay acusación formulada por persona ajena al tribunal sentenciador», manifestación del acusatorio que tiene directa relación con la correlación y con la vinculación de la sentencia cuando el acusador pide la absolución o retira la acusación. En tercer lugar, del principio acusatorio se deriva el enunciado estricto de la correlación: «que no puede condenarse ni por hechos distintos de los acusados ni a persona distinta de la acusada».

Hay autorizada doctrina¹⁵⁸ que además incluye como manifestación del principio acusatorio la separación de las funciones de instrucción y de juzgamiento en órganos distintos. Sin embargo, en nuestra modesta opinión esta regla es previa e independiente del principio acusatorio, aunque sí es parte del sistema acusatorio, ya que no mira al objeto del proceso en lo relativo a su introducción en el juicio, sino más bien atiende a la conservación de la imparcialidad del juzgador al intentar evitar el prejuzgamiento sobre el objeto del proceso en la etapa preliminar instructora, siendo esta imparcialidad objetiva un supuesto previo necesario para que la actuación del principio acusatorio en la introducción del objeto del proceso tenga la eficacia prevista de conservar la imparcialidad de éste en el juicio¹⁵⁹. En todo caso, sea manifestación del principio acusatorio o del sistema acusatorio, lo cierto es que constituye un tema al margen del que nos ocupa esencialmente, por eso nos centraremos en las otras manifestaciones del acusatorio y especialmente en la correlación propiamente dicha, expresada en que no

¹⁵⁷ Vid. MONTERO AROCA, Juan, «El principio acusatorio...», *cit.*, pp. 780-786; ROXIN, Claus, *Derecho procesal penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000 (traducción de Córdoba y Pastor), pp. 86-87.

¹⁵⁸ GIMENO SENDRA, Vicente, *Derecho Procesal Penal*, *cit.*, segunda edición, p. 85; ORTELLS RAMOS, Manuel, *Introducción al Derecho procesal*, Comares, Granada, 1999, p. 198.

¹⁵⁹ Ésta parece ser la opinión de DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, *Derecho procesal penal*, *cit.*, pp. 42-43.

puede condenarse ni por hechos distintos a los de la acusación ni a persona distinta de la acusada.

1.3.1. No pueden atribuirse al juzgador poderes de dirección material del proceso que cuestionen su imparcialidad

Los poderes de dirección atribuidos al juez en el proceso pueden ser de carácter puramente procesal o de carácter material. Los primeros son necesarios en cualquier tipo de proceso, puesto que atienden a la progresiva sustanciación del mismo, y no afectan a la configuración del objeto del proceso y del debate, de modo que no representan ningún problema para la cuestión en análisis. Los poderes de dirección material, en cambio, son aquellas potestades judiciales que se ejercen justamente sobre el objeto del proceso (introducción del mismo y prueba).

Son sólo los poderes materiales los que pueden afectar la vigencia del principio acusatorio. Para aclarar esto hay que referirse por separado a las dos manifestaciones de los mismos; de una parte los poderes sobre la introducción del objeto del proceso y, de otra parte, los poderes referidos a la prueba de los hechos.

En primer lugar, es menester poner de manifiesto que si el principio acusatorio consiste en que el objeto del proceso (el hecho punible) debe ser introducido por la parte acusadora distinta del juez, no debiera caber duda que cualquier actividad judicial tendente a la introducción de los mismos no puede ser aceptada, en la medida que efectivamente signifique introducción de hechos que modifiquen sustancialmente el hecho punible introducido por la parte acusadora¹⁶⁰. De aquí se derivaría la exclusión de los poderes del juez en cuanto a la aportación de hechos, basada en la imparcialidad

¹⁶⁰ *Vid.* más adelante los apartados «Síntesis conclusiva sobre las consecuencias de las teorías de la identidad del hecho» y «Dos tipos especiales de modificaciones de hechos no sustanciales y su relación con el derecho a ser informado de la acusación y el derecho de defensa». Veremos cómo la jurisprudencia española en ciertos casos admite que el tribunal incorpore hechos en la sentencia, siempre que no signifique un cambio sustancial del hecho punible. También veremos en los apartados dedicados a «La correlación en el Juicio ante tribunal del Jurado» que el propio legislador admite que el Magistrado-Presidente introduzca hechos de oficio, pero con la misma limitación de no modificar sustancialmente el hecho punible, según se establece en la LOTJ en su art. 52, letra (g).

del tribunal perseguida con la instauración del principio acusatorio: el que acusa introduce el objeto del proceso, y éste debe ser un órgano distinto del juzgador¹⁶¹.

La segunda manifestación está referida a la aportación de prueba de los hechos. Si seguimos la línea de razonamiento anterior, es decir, que el principio acusatorio se ciñe a la introducción de los hechos esenciales por el acusador debiéramos aceptar el poder de aportación de prueba del juez, ya que no produciría ninguna vulneración del principio acusatorio en tanto la aportación de prueba se produzca respecto del objeto del proceso y del debate previamente introducidos por sujetos procesales ajenos al juzgador. Por esta razón MONTERO AROCA¹⁶² dice que «una cosa es que el juez pueda determinar el contenido fáctico de la acusación, introduciendo hechos que se imputen al acusado, lo que sí afectaría a su imparcialidad, y otra cosa muy distinta es que, siempre respecto de los hechos acotados por los acusadores, pueda colaborar para determinar la existencia o inexistencia de los mismos».

Al respecto la única objeción que hace notar este autor es el posible uso del conocimiento privado del juez acerca de la fuente que podría introducir como prueba, por eso, para evitar el uso de ese conocimiento privado que podría poner en entredicho la imparcialidad del juzgador, entiende que el juez sólo puede introducir como prueba aquellas fuentes que se derivan de la actividad realizada en el proceso penal¹⁶³.

La opinión precedente favorable a la introducción de prueba por el juez, se recoge además en el Derecho positivo comparado europeo, ya que las legislaciones europeas en general admiten ciertas hipótesis de oficialidad en esta materia (iniciativa probatoria del juez). Así por ejemplo en Alemania la StPO § 244 ap. 2 dispone que «el Tribunal extenderá de oficio, con el fin de indagar la verdad, la práctica de las pruebas a todos los hechos y medios de prueba que fueran de importancia para la resolución»¹⁶⁴.

¹⁶¹ MONTERO AROCA, Juan, «El principio acusatorio...», *cit.*, pp.784-786; ROXIN, Claus, *Derecho procesal penal*, *cit.*, pp. 86-87.

¹⁶² MONTERO AROCA, Juan, «El principio acusatorio...», *cit.*, pp.785-786.

¹⁶³ MONTERO AROCA, Juan, «El principio acusatorio...», *cit.*, p. 786.

¹⁶⁴ Vid. ROXIN, Claus, *Derecho procesal penal*, *cit.*, pp. 99-100; SCHÜNEMANN, Bernd, *La reforma del proceso penal*, Cuadernos Luis Jiménez de Asúa, Dykinson, Madrid, 2005 (traducción de Sacher, Mariana), pp. 21 y ss., y 77 y ss. También GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis, *El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas*, Bosch, Barcelona, 1985, pp. 130-131 y 359-360; MONTERO AROCA, Juan, «El principio acusatorio...», *cit.*, p. 785.

También en Italia acontece algo parecido con el *Codice di procedura penale* que en su art. 507 establece que «Terminada la práctica de la prueba, el juez, si resulta absolutamente necesario, puede disponer incluso de oficio de nuevos medios de prueba»¹⁶⁵. Otro caso es el *Código de processo penal* portugués, que en el art. 340.1 señala que «el tribunal ordena, de oficio o a petición de parte, la práctica de todos los medios de prueba cuyo conocimiento estime necesario para descubrir la verdad y decidir correctamente la causa»¹⁶⁶.

El caso español se regula en la LECrim, art. 729, para el procedimiento ordinario, y que es aplicable también para el procedimiento abreviado por remisión del art. 758 a las normas del ordinario.

El art. 729 contempla dos hipótesis de prueba ordenadas de oficio por el Juez o Tribunal. En primer lugar, los careos de los testigos entre sí o con los procesados o entre éstos, y, en segundo lugar, la LECrim permite al Juez o Tribunal ordenar aquella prueba no propuesta por las partes, pero que consideren necesaria para la comprobación de cualquiera de los hechos que hayan sido objeto de los escritos de calificación¹⁶⁷.

Con todo, cabe señalar que hay una corriente doctrinaria que, ya no por obra del principio acusatorio en el sentido europeo continental, sino más bien a causa de una forma especial de entender el sistema acusatorio en el sentido de un proceso de partes en términos absolutos en el que éstas disponen del proceso, considera la imparcialidad del juzgador como consistente más bien en neutralidad o pasividad ante el objeto del proceso, y sobre esta base ha venido sosteniendo la necesidad de sustituir el principio de oficialidad de la prueba por el de aportación de parte.

Resulta ser éste el sistema conocido como acusatorio puro o «adversarial» de origen angloamericano¹⁶⁸.

¹⁶⁵ MONTERO AROCA, Juan, «El principio acusatorio...», *cit.*, p. 785.

¹⁶⁶ ORTELLS RAMOS, Manuel, «Cuatro aproximaciones al nuevo proceso penal chileno desde la perspectiva del proceso penal en países de la Unión Europea», en AAVV, *El nuevo proceso penal chileno*, Universidad de Concepción, 2000, p. 344.

¹⁶⁷ MONTERO AROCA, Juan, «El principio acusatorio...», *cit.*, p. 785.

¹⁶⁸ Vid. DÍAZ CABIALE, José Antonio, *Principios de aportación de parte y acusatorio: la imparcialidad del juez*, Comares, Granada, 1996, *passim*, y especialmente pp. 293-317. Una

Un ejemplo en el Derecho positivo de la penetración de esta concepción resulta ser el del NCPP chileno, el cual ha restringido hasta el punto de la casi absoluta desaparición la prueba ordenada de oficio por el tribunal. Sin embargo, en un principio no fue así, ya que el Proyecto de Código establecía facultades probatorias para ordenar prueba de oficio o para intervenir en la práctica de la misma¹⁶⁹.

Pero el texto aprobado y promulgado en definitiva eliminó casi completamente estos poderes de oficio para practicar prueba o intervenir en la práctica. En el NCPP sólo subsistió la facultad de intervenir en la práctica de la prueba testifical y pericial, mediante la formulación de preguntas a éstos, pero una vez que han sido examinados por las partes (art. 329).

Cabe mencionar, sin embargo, que el Código introdujo en el art. 337 una especial modalidad del medio de prueba de reconocimiento judicial, consistente en la constitución del tribunal en un lugar distinto de la sala de audiencias. Establece el Código que el tribunal podrá disponer su constitución en sitio distinto de la sala cuando lo considerare oportuno para la adecuada apreciación de determinadas circunstancias relevantes del caso.

Parece necesario resaltar que con el nuevo proceso penal chileno el ordenamiento jurídico chileno viene a padecer de una grave incoherencia, puesto que en él, mientras

explicación ideológica de estos sistemas acusatorios puros o «adversariales» se puede encontrar en DAMASKA, Mirjan, *Las caras de la justicia y el poder del Estado*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2000 (traducción de Morales Vidal, Andrea), *passim*. El autor, que es profesor de la Universidad de Yale, pretende justificar el sistema angloamericano sobre la base de una ideología liberal extrema del *laissez faire*, que funcionaría como principio inspirador de un sistema de justicia paritario, es decir, contrario al sistema autoritario y jerárquico, como supuestamente sería el sistema de justicia europeo continental. De ahí se derivarían las principales características del sistema angloamericano en donde las partes disponen del proceso, de las formas procesales, y de paso, diríamos nosotros, del Derecho material, con lo cual el juzgador lego y letrado, se quedan en una posición de pasividad, casi como moderadores de la contienda, sin intervenir más que en el momento de la «adjudicación» o decisión.

¹⁶⁹ El Proyecto de CPP chileno contenía hipótesis de prueba de oficio, característica que inicialmente lo situaba más próximo a los modelos de proceso penal europeo continental. El Proyecto contenía tres hipótesis claras de prueba de oficio: el art. 365 contemplaba que el tribunal ordenara de oficio una declaración complementaria de testigo o perito; el art. 373, a su turno, facultaba al tribunal para ordenar prueba no pedida oportunamente, pero que considerare indispensable para el esclarecimiento de los hechos, y, por último, el art. 364 disponía que los miembros del tribunal podían hacer preguntas a los testigos y peritos, con lo cual también se les reconocía la facultad de participar en la práctica de la prueba.

se elimina la iniciativa del juez penal casi totalmente, al mismo tiempo se dejan subsistentes las normas del proceso civil que permiten una importante iniciativa probatoria, tanto de carácter permanente durante la sustanciación del proceso¹⁷⁰, como de tipo residual en el caso de las denominadas «medidas para mejor resolver»¹⁷¹, las que en su conjunto son muchísimo más amplias que la iniciativa probatoria del juez penal.

No se entiende por qué no valen para el proceso civil las mismas razones de neutralidad del juzgador esgrimidas para el proceso penal, siendo el primero un proceso en el que no cabe duda que sí ha de estar estructurado como proceso de partes en sentido estricto, habida cuenta que se trata de tutela jurisdiccional sobre intereses privados¹⁷².

1.3.2. No puede haber juicio oral (¿o condena?) si no hay acusación formulada por sujeto procesal acusador distinto del juzgador

La exigencia de que no puede haber juicio oral sin acusación interpuesta por sujeto distinto del juzgador es la más directa y manifiesta expresión del desdoblamiento del Estado, que importa la separación de la función acusadora o requirente de la función de decisión. No obstante, se plantean dudas respecto de su amplitud, consistente en que una parte de la doctrina y la jurisprudencia española ha pretendido enunciar de distinta manera la exigencia en comentario¹⁷³. En efecto, alguna doctrina y la jurisprudencia ha

¹⁷⁰ Son varias las normas del Código de Procedimiento Civil chileno que le reconocen al juez iniciativa probatoria. Art. 342.5° (prueba documental), art. 365 (prueba testifical), art. 403 (inspección personal), art. 412.1 (informe de peritos).

¹⁷¹ Las medidas para mejor resolver se hallan consagradas en el art. 159 del Código de Procedimiento Civil chileno. Obsérvese que a través de ellas el juez puede ordenar de oficio prácticamente cualquier diligencia probatoria previo al pronunciamiento de la sentencia.

¹⁷² *Vid.*, entre muchos, MONTERO AROCA, Juan, *Derecho jurisdiccional, I. Parte general, cit.*, décima edición, pp. 369-370, que incide en este punto.

¹⁷³ Para un análisis en detalle *vid.* lo dicho en el apartado «Término de comparación» donde se analiza en detalle las conclusiones provisionales, conclusiones definitivas y la retirada de la acusación o petición de absolución.

venido señalando que sin acusación no puede haber condena, en lugar de como la hemos enunciado nosotros, es decir, que sin acusación no puede haber juicio¹⁷⁴.

Esto es clave para solucionar el problema de la retirada de la acusación o la petición de absolución, una vez que se ha presentado acusación provisional y se ha abierto el juicio oral. Para los que sustentan que lo que exige el principio acusatorio es que no haya juicio oral sin acusación, la retirada de la acusación o la petición de absolución en las calificaciones definitivas (art. 732), después que se ha presentado la acusación en las calificaciones provisionales y abierto el juicio oral, no impide al juzgador condenar, ya que se entiende que la acusación produjo su efecto primordial como es la introducción del objeto del proceso que se debe resolver en el juicio oral¹⁷⁵.

En cambio, los que piensan que el principio acusatorio implica que no se puede condenar sin acusación, concluyen que el juzgador se encuentra obligado a dictar sentencia absolutoria sin poder condenar en el caso de petición de absolución o retirada de la acusación, ya que consideran que el objeto del proceso o la pretensión procesal se interpone perfectamente en las calificaciones definitivas, de modo que si en éstas se abandona la acusación pidiendo la absolución o retirando la acusación, el proceso quedaría sin objeto o pretensión¹⁷⁶.

El problema que se plantea aquí estriba en que una vez practicada la prueba, el MF y el acusador particular, si lo hubiere, pueden reconsiderar su calificación provisional y llegar a estimar que no hay mérito para sustentar una acusación, sea porque los hechos

¹⁷⁴ Vid. la crítica de ORTELLS RAMOS, Manuel, *Introducción...*, cit., pp. 196-197; MONTERO AROCA, Juan, «El principio acusatorio...», cit., pp. 781-782.

¹⁷⁵ Vid. GÓMEZ ORBANEJA, Emilio, *Comentario...*, cit., tomo I, pp. 188-197; SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, «El juicio oral», cit., pp. 776-777; ORTELLS RAMOS, Manuel, *Introducción...*, cit., pp. 196-197; MONTERO AROCA, Juan, «El principio acusatorio...», cit., pp. 781, entre los que mantienen que el principio acusatorio supone que no puede haber juicio oral sin acusación, sosteniendo que en caso de retirada de la acusación o petición de absolución, el juzgador puede condenar. Últimamente GALDANA PÉREZ MORALES, Mónica, *Correlación...*, cit., pp. 185-187. En la doctrina chilena CAROCCA PÉREZ, Alex, «Congruencia...», cit., pp. 306-307.

¹⁷⁶ Vid. AGUILERA DE PAZ, Enrique, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, tomo V, Hijos de Reus, Madrid, 1914, pp. 512-515; FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, «Algunas notas sobre la modernización de la ley de Enjuiciamiento Criminal», en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, año 1976, N° 4, pp. 831-833, quienes sostienen, con matices, que no se puede condenar sin acusación, con lo cual estiman que frente a la retirada de la acusación o petición de absolución se debe dictar sentencia absolutoria. También CUCARELLA GALIANA, Luis, *La correlación...*, cit., pp. 82-84.

en que se apoya no se acreditan, sea por la falta de prueba respecto de la responsabilidad penal, o por la aparición de algún elemento de exención de la misma, razones por las cuales considera oportuno pedir la absolución (el MF) o retirar la acusación (acto que parece ser el apropiado para el acusador particular).

Ante esta posibilidad hay que analizar si ella produce el efecto de vincular al tribunal, teniendo éste que dictar necesariamente una sentencia absolutoria o si por el contrario podría desvincularse haciendo uso del artículo 733 de la LECrim, planteando la tesis, en este caso de condena, para su debate, quedando luego habilitado para condenar conforme a ella.

En este punto la doctrina y la jurisprudencia han sufrido cambios importantes a través del tiempo. Una primera doctrina y jurisprudencia entendió que no se podía condenar, ya que con ello se transgredía el principio acusatorio, principio inspirador de la LECrim, pues en ese caso había condena sin acusación. La calificación provisional (art. 650) no bastaba para solventar el principio acusatorio y justificar la condena, atendido a que ella, como su nombre lo indica, tiene un carácter puramente provisional, quedando condicionada la validez de la pretensión procesal penal a la ratificación de la acusación en la conclusión definitiva, previa práctica de la prueba¹⁷⁷.

Una posición totalmente contrapuesta surgió a partir de la teoría que, a mediados de la década del 40, propuso GÓMEZ ORBANEJA¹⁷⁸ con la finalidad de reinterpretar el principio acusatorio (y la acción penal). Consideraba que el órgano jurisdiccional no se hallaba vinculado por la retirada de la acusación o petición de absolución del acusador. La razón básica es que este autor concebía a la acción penal como un *ius ut procedatur* que debía ser ejercido por el MF o por los acusadores particulares para abrir el juicio penal, pero una vez planteada la acción, en su concepto, era el tribunal el que soberanamente aplicaba el Derecho conforme a la regla *iura novit curia*. Una interpretación similar hace actualmente MONTERO AROCA¹⁷⁹, cuando dice: «la

¹⁷⁷ Ésta es la opinión de AGUILERA DE PAZ, Enrique, *Comentarios...*, cit., tomo V, pp. 512-515, cita, además, varias sentencias que demuestran el apoyo de su tesis en la jurisprudencia de la época. Un criterio parecido sustenta FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, «Algunas notas...», cit., pp. 831-834.

¹⁷⁸ Vid. GÓMEZ ORBANEJA, Emilio, *Comentarios...*, cit., tomo II, pp. 188-197.

¹⁷⁹ MONTERO AROCA, Juan, «El principio acusatorio...», cit., p. 781.

consecuencia que estamos enunciando es la de que no puede haber proceso sin acusación, que no es lo mismo que decir que no puede haber condena sin acusación».

«El principio acusatorio significa sólo que no hay proceso sin acusación, pero no puede extenderse hasta que comprenda el que no hay condena sin acusación».

Más adelante agrega: «Bien que la petición de absolución hecha por el Ministerio Fiscal, o la retirada de la acusación, sean irrelevante para el tribunal, el cual podrá dictar sentencia condenatoria (...)».

No obstante, desde hace varios años a la fecha se viene afianzando en la jurisprudencia una doctrina dominante que vuelve a la primera interpretación, pero ahora reforzada por un supuesto apoyo de rango constitucional del principio acusatorio entendido como proscripción de la condena sin acusación¹⁸⁰, supuestamente proclamada en el artículo 24.2 de la CE, de modo que la petición de absolución se hace vinculante para el juzgador debiendo necesariamente dictar sentencia absolutoria.

Esta corriente jurisprudencial parece extraer, a causa de la doctrina de raíz constitucional del principio acusatorio (art. 24.2), la consecuencia de la primacía del concepto de sistema acusatorio puro por sobre incluso del concepto de sistema acusatorio conforme tradicionalmente se había entendido, ello como resultado del desarrollo de la idea del proceso penal como confrontación «adversarial» entre partes con igualdad de armas y de la exacerbación de la posición «arbitral» del juez¹⁸¹, yendo

¹⁸⁰ Doctrina inaugurada por la STC de 17 de julio de 1986, Sala Primera, ponente Tomás y Valiente (BDA, m. RTC 1986\104), y que después recogen una infinidad de sentencias. Entre muchas, mencionamos las siguientes SSTC: Sentencia de 19 de febrero de 1987, Sala Primera, ponente Tomás y Valiente (BDA, m. RTC 1987\20); Sentencia de 7 de mayo de 1987, Sala Primera, ponente Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer (BDA, m. RTC 1987\53). Y las siguientes SSTS: Sentencia de 21 de septiembre de 1988 (BDA, m. RJ 1988\6809); Sentencia de 3 noviembre de 1988 (BDA, m. RJ 1988\8959); Sentencia de 4 de julio de 1990 (BDA, m. RJ 1990\6216); Sentencia de 1 de diciembre de 1992 (BDA, m. RJ 1992\9894); ATS de 25 de abril de 1993 (BDA, m. RJ 1993\6874); Sentencia de 12 de junio de 1993 (BDA, m. RJ 1993\4996); Sentencia de 4 de febrero de 1994 (BDA, m. RJ 1994\1270); Sentencia de 6 de abril de 1999 (BDA, m. RJ 1999\2256); Sentencia de 12 de enero de 2000 (BDA, m. RJ 2000\7).

¹⁸¹ Por ejemplo el ATS de 25 de abril de 1993 (BDA, m. RJ 1993\6874), que, en su fundamento sexto, razona del siguiente modo: «El principio acusatorio, base y guía del proceso penal español, presupone la existencia de partes contrapuestas que ejercitan sus pretensiones, acusatoria y de defensa, ante un órgano jurisdiccional independiente que ha de optar, en su decisión, por alguna de las posibilidades que la ley ofrece, dentro de los límites impuestos por las respectivas acciones planteadas. Cuando no existe o desaparece la pretensión acusatoria o la de defensa, el proceso no puede continuar,

más allá de lo que tradicionalmente se entendía por imparcialidad. En efecto, la posición «arbitral» tomada del sistema angloamericano supone una completa indiferencia sobre la «cuestión penal», que queda en su totalidad en poder de las partes. La regla puede enunciarse del siguiente modo: mientras más se exagera la pasividad y no intervención en la cuestión sometida a su conocimiento y debatida, mayor es la vinculación respecto de lo que las partes postulen. Con esto ponemos de relieve que en la medida que más se ahonda en este concepto del proceso penal, mayor es el grado de prevalencia de la pretensión penal en un sentido material, por sobre los clásicos de acción como un derecho formal y de objeto del proceso penal definido por la introducción de un hecho, aunque este efecto no se quiera¹⁸²⁻¹⁸³.

Por lo demás, esta concepción latente en la jurisprudencia, ya tiene su correlato a nivel legal, puesto que se ha recogido expresamente por la LOTJ pasando a ser norma positiva lo que ha venido siendo la última tendencia jurisprudencial, al entender vinculado al órgano jurisdiccional a la retirada (desistimiento) de la acusación. En efecto, es esto lo que sanciona expresamente su artículo 51¹⁸⁴, cuando dice que «el Ministerio Fiscal y demás partes acusadoras, en sus conclusiones, o en cualquier

so pena de vulnerar los principios acusatorio y de no indefensión, proclamados en el artículo 24.2 de la Constitución (...) Pues bien, producida la falta de acusación, por retirada de la misma, desaparece uno de los pilares básicos del proceso, y como consecuencia el de la oposición o defensa, por desinformación de acusación formal, quedando el órgano jurisdiccional carente de pretensiones válidas sobre las que pronunciarse, de tal forma que ha de producirse una conclusión anormal del proceso, sin posibilidad de pronunciamiento sobre elementos fácticos y jurídicos, salvo la formalidad de revestir la resolución como consecuencia absolutoria, ante la ausencia de alegaciones y pruebas inculpatorias, y en aplicación del principio de presunción de inocencia que a todo acusado ampara, una vez que se ha celebrado el acto del juicio oral».

¹⁸² Vid. para una explicación ideológica del sistema de justicia angloamericano DAMASKA, Mirjan, *Las caras de la justicia...*, cit., *passim*. Para una explicación más técnica y desde la perspectiva europea DÍAZ CABIALE, José Antonio, *Principios...*, cit., pp. 365 y ss., quien desarrolla una explicación muy acertada sobre este fenómeno.

¹⁸³ Debe reconocerse, en todo caso, que algo parecido ya se proclamaba en la Exposición de Motivos de la LECrim, cuando la calificación jurídica provisional del hecho punible realizada por la acusación y la defensa se asimilaba a la demanda civil y contestación, respectivamente. La Exposición de Motivos llega a equiparar los actos de postulación del proceso penal con los actos de postulación del proceso civil: «La calificación jurídica provisional del hecho justiciable y de la persona del delincuente, hecha por el acusador y el acusado una vez concluso el sumario, es en el procedimiento criminal lo que en el civil la demanda y su contestación (...)».

¹⁸⁴ Vid. TOMÉ GARCÍA, José Antonio, *Comentarios a la Ley del Jurado*, AAVV (coordinados por De la Oliva, Andrés), ECERA, Madrid, 1999, pp. 499-500.

momento anterior del juicio, manifestasen que desisten de la petición de condena del acusado, el Magistrado-Presidente disolverá el jurado y dictará sentencia absolutoria».

Sin embargo, hasta hoy se mantiene por una parte de la doctrina, que, en el caso de retirada la acusación o de petición de absolución en el proceso ordinario, es posible la desvinculación del juzgador mediante el planteamiento de la tesis, pudiendo éste llegar a dictar sentencia condenatoria. Por ejemplo, es ésta la posición sustentada por ORTELLS RAMOS¹⁸⁵, quien ofrece dos razones fundamentales: primero, entiende que el uso de la tesis para desvincularse de las peticiones de absolución del MF o de la retirada de la acusación de los acusadores particulares, no infringe el principio acusatorio porque el juzgador sigue limitándose a resolver sobre los hechos y sobre el imputado que determinaron originalmente los acusadores. En segundo lugar, señala que la oposición al uso de la tesis para desvincularse supone dejar en manos de los acusadores las funciones jurisdiccionales de valoración de la prueba y calificación jurídica de los hechos. Esta interpretación doctrinaria, ha de reconocerse, es, como mínimo, plausible.

Hay algún autor¹⁸⁶ que, compatibilizando la postura jurisprudencial de vinculación y la posibilidad de uso de la tesis, ha dicho que el juzgador puede plantear la tesis de condena, pero para poder condenar, ésta tiene que ser asumida por el acusador, abandonando su petición de absolución o retirada de acusación.

Una duda distinta sería que si el planteamiento de tesis, que para algunos¹⁸⁷ puede usarse en el procedimiento ante Tribunal del Jurado, puede ser utilizada por el Magistrado-Presidente del Tribunal del Jurado para desvincularse del «desistimiento»

¹⁸⁵ ORTELLS RAMOS, Manuel, *Derecho Jurisdiccional, III. Proceso penal* (con Montero Aroca, Gómez Colomer y Montón Redondo), Bosch, tercera edición, Barcelona, 1993, p. 409. También VÁZQUEZ SOTELO, José Luis, «El principio acusatorio y su reflejo en el proceso penal español», en *Revista Jurídica de Catalunya*, 1984, Nº 2, pp.121-122; TOMÉ GARCÍA, José Antonio, *Comentario a la Ley del Jurado*, cit, pp. 499-500; GALDANA PÉREZ MORALES, Mónica, *Correlación...*, cit., pp. 185-187.

¹⁸⁶ GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis, *Derecho jurisdiccional, III. Proceso penal*, cit, séptima edición, pp. 249-250. También CUCARELLA GALIANA, Luis, *La correlación...*, cit., pp. 82-84.

¹⁸⁷ Cfr. ARAGONESES MARTÍNEZ, Sara, *Comentarios a la Ley del Jurado*, AAVV (coordinados por De la Oliva Santos), ECERA, Madrid, 1999, pp. 643-644. En contra GRANADOS CALERO, Francisco, *El jurado en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pp. 246-248; LORCA NAVARRETE, Antonio María, *El Jurado Español*, Dykinson, Madrid, 1995, pp. 224-226.

y poder condenar aun así, sin el sostenimiento de la acusación por el acusador. Esta interpretación que se ha mantenido para el procedimiento ordinario, no nos parece posible para el juicio ante Tribunal del Jurado, esencialmente por la redacción de la norma¹⁸⁸, ya que está concebida en un tenor imperativo (preceptivo) imponiendo como necesaria e inevitable la disolución del Jurado y el pronunciamiento de sentencia absolutoria, de manera que interpretar que es posible el planteamiento de tesis constituiría una exégesis forzada que llevaría a contrariar la voluntad legal manifiesta del precepto.

2. No se puede dictar sentencia por hechos distintos de los incluidos en la acusación ni respecto de persona distinta de la acusada

La tercera manifestación del principio acusatorio se corresponde con lo que en estricto rigor constituye el deber de correlación en cuanto límite a la potestad de resolver, y que se expresa en que no se puede dictar sentencia ni por hechos distintos de los incluidos en la acusación ni respecto de persona distinta de la acusada.

A nuestro juicio, esta expresión del principio acusatorio se presenta como la consecuencia lógica o refleja de las dos anteriores en el acto procesal jurisdiccional más importante, la sentencia. En efecto, si es el acusador el que introduce los hechos al proceso (excluyendo al juez en esta función) mediante la acusación, y por el mismo principio acusatorio se añade la exigencia de que no hay juicio sin acusación, es lógico arribar a la tercera consecuencia del mismo principio consistente en que la sentencia tiene que resolver sobre aquello que se le ha sometido en la acusación, no más ni sobre otra cosa o persona (imputada).

El análisis de la correlación de la sentencia requiere del estudio de los actos que limitan los poderes de resolución del juzgador y su contenido. Sólo después de esto procede analizar en qué medida y sobre qué extremos se verá limitada la sentencia. La verificación del deber de correlación importa siempre una actividad de cotejo de dos términos que son los que se relacionan, uno limitando los poderes de decisión (actos de acusación, término limitador) y el otro sometándose o debiendo someterse a esa

¹⁸⁸ TOMÉ GARCÍA, José Antonio, *Comentario a la Ley del Jurado*, cit, p. 500.

limitación (la sentencia como acto limitado). En consecuencia, se ha de iniciar la exposición con el estudio de los actos de acusación y sólo después se puede atender a la sentencia correlativa, es decir, a la necesidad de correlación de la sentencia respecto de la acusación.

Cabe adelantar en este momento que, a nuestro juicio, la correlación de la sentencia *strictu sensu* se establece sólo con el acto de acusación, y no con la defensa, ya que, sin perjuicio de reconocer que la defensa y las posibilidades de debate y contradicción pueden tener incidencia en la materia, en principio el escrito de defensa no impone ningún límite ni condicionamiento a la sentencia. En todo caso, tocaremos específicamente la cuestión.

2.1. La acusación como término de correlación o de comparación limitador de la sentencia

Para saber si la sentencia se mantiene dentro del objeto del proceso o lo excede y, por tanto, si incurre en incongruencia o no, se ha de tener muy claro en cada ordenamiento cuál es el término de correlación (comparación) limitador de la sentencia¹⁸⁹. En el caso de la LECrim hay dos momentos sucesivos en que se deduce una petición que podrían ser considerados actos de postulación u obtención típicamente acusatorios, estos son, las calificaciones provisionales o escrito de acusación, como se denominan en el procedimiento abreviado (art. 650 y 781, respectivamente) y las conclusiones o calificaciones definitivas (art. 732 y 788.3 y 4).

Cuál de estos actos servirá de término correlativo de la sentencia, es la cuestión que se ha de esclarecer para poder apreciar precisamente el deber de correlación de la sentencia. Ciertamente es problemático, ya que ambos actos acusatorios tienen por finalidad señalar el objeto del proceso y demás elementos de la acusación — calificación y *petitum*— que se han de ventilar en el juicio y someter a debate y contradicción.

¹⁸⁹ La sentencia es el término de comparación limitado.

Las calificaciones provisionales son las que sirven para introducir primeramente el objeto del proceso en el juicio¹⁹⁰. Gradualmente desde el inicio del proceso se va precisando el contenido fáctico y jurídico de la imputación, por ello la calificación provisional tiene que moverse dentro de los hechos que resulten del sumario y debe ser dirigida en contra de algunos de los procesados (o imputados en el procedimiento abreviado)¹⁹¹. Pero, como su nombre lo indica, no goza de una consolidación absoluta, sino todo lo contrario, son provisorias. Efectivamente, la misma ley se encarga de señalar que pueden ser modificadas en el acto de las conclusiones definitivas que se producen dentro del juicio oral, una vez se haya practicado la prueba, lo cual responde a la necesidad de la paulatina y progresiva decantación del objeto del proceso aun dentro de la misma fase del juicio¹⁹².

Después de las calificaciones provisionales se practica la prueba en el juicio, de la cual pueden derivarse ciertos resultados que obliguen a modificar las primeras calificaciones. Por esta razón, se establece un acto procesal de petición u obtención posterior, denominado conclusiones o calificaciones definitivas, en las cuales se pueden hacer dos cosas: elevar a definitivas las calificaciones provisionales si no hay necesidad de modificarla en razón del resultado probatorio o, por el contrario, en caso de resultados probatorios imprevistos se pueden realizar las modificaciones estimadas pertinentes por los acusadores.

¹⁹⁰ GIMENO SENDRA, Vicente, *Derecho Procesal. Proceso penal, cit.*, tercera edición, p. 453.

¹⁹¹ La jurisprudencia ha establecido que el auto de procesamiento (o la imputación del art. 775 en el procedimiento abreviado) es un presupuesto para la apertura del juicio oral. La consecuencia que se desprende de ello es la que acertadamente ha extraído la jurisprudencia: si el sumario (o las diligencias previas) se cierra sin que exista en el mismo un auto de procesamiento (o imputación del art. 775), el tribunal deberá dictar sobreseimiento. La instrucción es el juicio jurisdiccional sobre la probabilidad del hecho imputado que determinará si la parte acusadora puede pedir la apertura del juicio oral y acusar en calificaciones provisionales por los hechos que resulten del sumario y en contra del procesado.

¹⁹² Vid. DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, *Derecho Procesal penal, cit.*, pp. 200-202; GIMENO SENDRA, Vicente, *Fundamentos...*, *cit.*, pp. 135 y ss; ASECIO MELLADO, José María, *Principio acusatorio y derecho de defensa en el proceso penal*, Trivium, Madrid, 1991, p. 61; GALDANA PÉREZ MORALES, Mónica, *Correlación...*, *cit.*, pp. 41-101.

Por lo tanto, y de acuerdo con lo dicho, son las conclusiones definitivas la última versión y fijación definitiva de la acusación¹⁹³, de modo que de dicha característica resulta lógico y más apropiado que sean éstas el verdadero término de comparación limitador de la sentencia, con lo cual el juzgador se debe atener en la sentencia a la acusación tal como se presenta en conclusiones.

Ahora bien, las preguntas que se desprenden de todo lo expuesto son dos: ¿Cuál es el contenido de las calificaciones provisionales? Y después, ¿qué es lo que se puede modificar en conclusiones definitivas? O en negativo, ¿qué no se puede modificar de aquél contenido inicial?

2.1.1. Contenidos de las calificaciones provisionales

El contenido de las calificaciones provisionales (o escrito de acusación del art. 781.1, procedimiento abreviado)¹⁹⁴ está regulado en el art. 650. En esta disposición se establecen los siguientes contenidos¹⁹⁵:

1º Los hechos. En este primer contenido se incluyen tanto el hecho punible que resulte del sumario (o procedimiento preliminar) conforme al art. 650.1º, como los demás hechos que constituyan circunstancias modificativas o eximentes de responsabilidad¹⁹⁶ según lo dispone el art. 650.4º.

¹⁹³ ALMAGRO NOSETE, José, *Derecho Procesal. Proceso penal* (con Gimeno Sendra, Moreno Catena, y Cortés Domínguez), Tirant lo Blanch, tercera edición, Valencia, 1989, p. 453; ASECIO MELLADO, José María, *Principio acusatorio...*, cit., p. 61; GALDANA PÉREZ MORALES, Mónica, *Correlación...*, cit., pp. 97-98; CUCARELLA GALIANA, Luis, *La correlación...*, cit., pp. 79-81.

¹⁹⁴ La única diferencia del escrito de acusación del procedimiento abreviado es que en éste además de los contenidos del art. 650, se debe pedir la apertura del juicio oral, art. 781.1.

¹⁹⁵ Dejamos fuera a la posible pretensión de resarcimiento civil que se puede contener en las calificaciones o escrito de acusación por no ser objeto de estudio de la correlación de la sentencia con la acusación penal.

¹⁹⁶ El art. 650.4º contempla la posibilidad de que el acusador alegue un hecho eximente de responsabilidad. No obstante, esta posibilidad es más teórica que real, ya que si del sumario se desprendía una causal eximente el acusador público debió pedir el sobreseimiento libre del art. 637.3º y no la apertura del juicio oral. Con todo, la posibilidad de alegar el hecho eximente en la calificación provisional puede ser de utilidad en caso que el fiscal dude de la constitución de la eximente en el proceso —el sobreseimiento libre por esta causal sólo procede cuando haya certeza de la misma, art. 640—, y dudando el acusador sobre su concurrencia, pida la apertura del juicio, y ya dentro del mismo

2º La calificación legal del hecho punible y de los otros hechos. En este contenido debe entenderse comprendido, en primer lugar, el título de condena de los delitos, según el art. 650.2º (de los delitos principales, conexos, incidentales o de encubrimiento de la autoría como delito autónomo), como asimismo el grado de ejecución, y la calificación de todas las circunstancias fácticas agravantes o atenuantes o eximentes (art. 650.4º).

3º El tercer contenido es la imputación de los hechos a un procesado en el que se establece la participación de los procesados, el tipo de participación (autor, distintos tipos de participación asimilados a la autoría o complicidad), de acuerdo al art. 650.3º. En el caso del procedimiento abreviado deberá dirigirse la acusación en contra de quien haya sido imputado previamente en la instrucción preparatoria o diligencias previas, conforme al art. 775.

4º La petición de pena (*petitum*) según sea la participación atribuida (art. 650.5º).

2.1.2. Modificaciones a las calificaciones provisionales en las conclusiones o calificaciones definitivas

Las conclusiones definitivas del art. 732 (art. 788.3 y 4 en procedimiento abreviado) pueden ser utilizadas para introducir cambios en las calificaciones provisionales. En general, las modificaciones pueden referirse tanto al contenido fáctico como al jurídico de la acusación.

En cuanto a lo primero, es posible restringir el objeto del proceso establecido en las calificaciones provisionales sosteniendo la acusación definitiva sólo respecto de algunos de los acusados en calificaciones provisionales, o acusar por algunos de los hechos punibles excluyendo a otros, cuando sean varios en las calificaciones provisionales, o acusar por un hecho punible degradado respecto del contenido en calificaciones provisionales.

También se pueden ampliar los hechos de la acusación provisional con la introducción de hechos constitutivos de una circunstancia modificativa, de una

introduzca el hecho eximente en cumplimiento de su deber de legalidad y de objetividad, y con el fin de que el Tribunal decida.

atenuante, o incluso de un tipo penal más grave, pero eso no puede llegar a variar sustancialmente los hechos (el objeto del proceso), según se verá más adelante¹⁹⁷⁻¹⁹⁸.

Respecto al contenido jurídico de la acusación, pueden introducirse modificaciones al título de condena, o a las circunstancias modificativas de responsabilidad o a las distintas formas de participación o grados de ejecución¹⁹⁹, pero no pueden introducirse cambios o modificaciones tan amplias como para que lleguen a modificar los hechos sustanciales o a acusar a sujetos distintos de los de la calificación provisional, ya que en ese caso se estaría modificando el objeto del proceso intempestivamente.

2.1.3. Las acusaciones alternativas. Su utilidad procesal y sus límites

Cabe hacer presente que todos los contenidos de la acusación podrán ser propuestos en las calificaciones provisionales o conclusiones definitivas (art. 653 y 732.3) en forma alternativa o subsidiaria (si no es estimada la primera se proponen otras), es decir, proponer alternativa o subsidiariamente dos o más versiones fácticas y jurídicas con tal que no se modifiquen los márgenes del objeto del proceso, identificado en la esencialidad de los hechos. Se puede proponer una variedad de calificaciones jurídicas con sus respectivas modalidades fácticas o proponer una variedad de participaciones respecto de un mismo sujeto pasivo, y de peticiones de penas conforme sean las diversas participaciones atribuidas²⁰⁰.

Esta técnica de proposición de la acusación del art. 653 puede tener una doble utilidad. En primer lugar, resulta útil al acusador cuando dude del resultado probatorio,

¹⁹⁷ Con relación al concepto de hecho sustancial nos remitimos a los apartados dedicados al estudio del mismo más adelante.

¹⁹⁸ Por otra parte, nos ocuparemos específicamente de la posibilidad de introducir nuevos objetos del proceso, a través de la posibilidad de acusar por hechos punibles nuevos o a nuevos sujetos en conclusiones definitivas a propósito de la instrucción sumaria suplementaria.

¹⁹⁹ Si se considera que el objeto del proceso se integra por la identidad subjetiva y fáctica, nunca por la calificación.

²⁰⁰ Vid. GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis, *Derecho jurisdiccional, III. Proceso penal, cit.*, séptima edición, p. 246; TOMÉ GARCÍA, José Antonio, *Derecho procesal penal* (con De la Oliva Santos, Aragonese Martínez, Hinojosa Segovia, y Muerza Esparza), ECERA, cuarta edición, Madrid, 1999, p. 478; DEL RIO FERRETTI, Carlos, *Correlación de la sentencia con la acusación y la defensa*, inédito (trabajo de investigación para obtener la suficiencia investigadora, Universidad de Valencia), 2002, pp. 35-37.

de modo que mediante la alternatividad del art. 653 pueda presentar todas sus hipótesis probables²⁰¹, proyectando anticipadamente los diversos probables resultados probatorios.

El otro caso de utilidad es más una cuestión de sistema procesal que de proceso. Nos explicamos: la alternatividad de la acusación, cuando ella se plantea en conclusiones definitivas —art. 732.3—, se muestra como la estrategia o técnica de los acusadores para evitar el uso de la tesis de los juzgadores²⁰² o de posibles absoluciones por desconocimiento o no consideración de ciertas normas penales, al presentarle al juzgador la totalidad de las posibilidades fáctico-jurídicas imaginables que se puedan deducir de la prueba practicada en el juicio. Sin embargo, esta técnica llevada al extremo podría producir el paradójico efecto de otorgar al juzgador mayor amplitud de poderes, ya que en la práctica al abusar de la alternatividad se pone a disposición del juzgador una buena cantidad de relatos y calificaciones posibles y sobre esa base se le entrega una mayor libertad para sancionar un hecho delictivo, con lo cual si bien se impediría el uso del art. 733, ello acontecería por la libertad de calificación del juzgador, gracias al abanico de posibilidades puestas a su disposición a través de la acusación alternativa.

La alternatividad en este último sentido, al otorgar al juzgador un amplio abanico de posibilidades de enjuiciamiento fáctico y jurídico del caso, puede servir como medio adecuado para hacer frente al fenómeno del solapamiento normativo penal que se produce en el orden penal sustantivo. Como se sabe, éste obedece a que la «producción» legislativa dentro de un ordenamiento jurídico estatal tiende a generar zonas de regulación penal superpuestas sobre una actividad ilícita, lo cual da lugar a que una misma actividad delictiva esté reglamentada por distintas normas penales, e incluso más, que un mismo hecho punible, en abstracto y *prima facie*, sea subsumible, aparentemente, en distintas normas penales; esta superposición es lo que ha dado lugar

²⁰¹ Vid. TOMÉ GARCÍA, José Antonio, *Derecho procesal penal*, cit., p. 478; DEL RIO FERRETTI, Carlos, *Correlación...*, cit., pp. 35-37; MORALES PÉREZ, Mónica, *Correlación...*, cit., pp. 98.

²⁰² Vid. SSTS: Sentencia de 19 de diciembre de 1997 (BDA, m. RJ 1997\8749) y Sentencia de 26 de febrero de 1999 (BDA, m. RJ 1999\1432). En ambas se plantean acusaciones alternativas que permiten al juzgador condenar directamente por una de las calificaciones, sin necesidad de hacer uso de la tesis.

al denominado concurso aparente de normas penales²⁰³. Piénsese, por ejemplo, en los tipos que regulan los delitos contra la propiedad o en los distintos tipos que penalizan actividades de defraudación o de estafas, o en los distintos tipos que castigan los atentados a la libertad sexual.

Con todo, en el Derecho penal, como en cualquier sistema coherente de regulación normativa, siempre habrá sólo una norma penal aplicable al caso concreto, quedando excluida la posibilidad de aplicar otras, es decir, siempre la norma penal aplicable desplazará a las otras «aparentemente concurrentes»²⁰⁴.

Por lo demás, tampoco podría sostenerse la subsunción del hecho punible en distintas normas, ya que ello supondría desconocer la plena vigencia del *non bis in idem* material, consistente en que no se puede castigar doblemente un mismo hecho²⁰⁵.

Pues bien, el acusador al acusar por un hecho puede hacer una subsunción que desde un punto de vista inicial y abstracto no esté «errada» del todo, pero que apreciada desde el punto de vista de la técnica penal el juzgador considere más adecuado hacer en definitiva otra subsunción. Es la misma ley sustantiva penal la que asumiendo estos solapamientos normativos y previendo los problemas de interpretación y aplicación de la ley penal, derivados de no saber con toda seguridad cuál es la norma aplicable, señala unos criterios para resolver este problema. En el caso de la Ley penal española

²⁰³ Vid. GARCÍA ALBERO, Ramón, *Non bis in idem material y concurso aparente de leyes penales*, CEDECS, Barcelona, 1995, pp. 139-141; CORDERO, Franco, *Procedura penale*, Giuffrè, sexta edizione, Milano, 2001, pp. 1184-1185; LARENZ, Karl, *Metodología de la ciencia del Derecho*, cit., pp. 260-271.

²⁰⁴ Vid. COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás, *Derecho penal*, cit., p. 172; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Comentarios al nuevo Código Penal*, AAVV, Aranzadi, Pamplona, 1996, pp. 63-69; GARCÍA ALBERO, Ramón, *Non bis in idem material...*, cit., pp. 31-92; CORDERO, Franco, *Procedura penale*, cit., pp. 1184-1185. También aunque con matices MAURACH, Reinhart, GÖSSEL, Karl y ZIPF, Heinz, *Derecho penal*, parte general, tomo II, Astrea, séptima edición alemana, Buenos Aires, 1995 (traducción de Bofill Genszch), pp. 551 y ss. En la Teoría General del Derecho puede consultarse a LARENZ, Karl, *Metodología de la ciencia del Derecho*, cit., pp. 260 y ss.

²⁰⁵ El *non bis in idem* procesal consiste en que un mismo hecho no puede ser enjuiciado dos veces.

estos criterios se hallan previstos en el art. 8 del CP, a través del principio de especialidad, de subsidiariedad y de consunción²⁰⁶.

La alternatividad de la acusación, en consecuencia, puede servir para ofrecer al juzgador todas las posibilidades normativas de calificación fruto del solapamiento normativo penal, y, de esa manera, asegurarse que tenga en consideración todas las posibilidades legales del caso para elegir entre ellas la que corresponda²⁰⁷. En definitiva, la alternatividad es una herramienta de anticipación ante la posible discrepancia de criterio del juzgador en la subsunción del hecho punible, y de previsión para asegurarse de que el juzgador considerará todas las posibilidades de subsunción.

2.1.4. Las conclusiones definitivas y la imputación tardía de hechos mediante previa instrucción sumaria suplementaria del art. 746.6 LECrim

Según hemos dejado establecido, en las conclusiones definitivas se puede restringir o ampliar el objeto del proceso, pero nunca se puede llegar a alterarlo sustancialmente. Es decir, no se pueden introducir hechos sustancialmente distintos de los introducidos en la primera calificación. Dentro de las hipótesis de hechos sustancialmente distintos cabe, de una parte, el caso de que el mismo hecho sufra modificaciones esenciales de manera que se entienda que el hecho se ha transformado en uno distinto del que se invocaba en la primera acusación, así como, de otra parte, el caso de un hecho nuevo que se acumula al hecho inicial que se mantiene inalterable (acumulación de un nuevo objeto).

Ahora bien, durante el juicio oral efectivamente puede aparecer, a raíz de la práctica de la prueba, un hecho nuevo o puede derivar el mismo hecho inicial en uno distinto, y que alterarán el objeto del proceso por ser sustancialmente distintos a los de la acusación. Aplicando la regla general antes indicada, estos hechos no podrían ser introducidos al proceso en las conclusiones definitivas reguladas en el art. 732. Ante este impedimento normativo en la introducción de hechos distintos o nuevos durante el

²⁰⁶ Sobre esta cuestión se vuelve más adelante con ocasión del tratamiento de las distintas posibilidades de calificación jurídica que puede hacer el juzgador en la sentencia sin infringir ni el derecho de defensa ni el deber de correlación.

²⁰⁷ *Vid.* apartado IV, Sección Segunda, Capítulo II.

juicio, alguna doctrina²⁰⁸ señala que debería aplicarse la previsión normativa del art. 746.6, que establece la posibilidad de suspender el juicio para ordenar una instrucción (información) sumaria suplementaria a la realizada en el proceso para esclarecer los hechos distintos o nuevos²⁰⁹.

En efecto, el art. 746.6 permite la suspensión del juicio oral, «Cuando revelaciones o retractaciones inesperadas produzcan alteraciones sustanciales en los juicios, haciendo necesarios nuevos elementos de prueba o alguna sumaria instrucción suplementaria».

Sin embargo, en doctrina no está suficientemente claro cuál es el verdadero sentido de la norma, pues mientras algunos²¹⁰ sostienen que sirve para aquellos casos de modificación sustancial del hecho o para traer al proceso otros hechos distintos constitutivos de delitos conexos (art. 17 de la LECrim en relación con el art. 300), otros²¹¹ parecen mantener que la instrucción sumaria suplementaria serviría sólo para introducir hechos que no supongan un cambio sustancial del hecho, sino únicamente elementos fácticos relacionados con la calificación penal como son las circunstancias modificativas o extintivas de la responsabilidad penal.

Por nuestra parte, no vemos inconveniente para que se pueda aplicar en casos de hechos accesorios, tales como las circunstancias modificativas²¹², pero a la par tampoco

²⁰⁸ Vid. AGUILERA DE PAZ, Enrique, *Comentarios...*, cit., tomo V, pp. 582 y ss; DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, *La Conexión en el proceso penal*, EUNSA, Pamplona, 1972, pp. 97-101; VÁZQUEZ SOTELO, José Luis, «El principio acusatorio...», cit., p. 410-412; ASENCIO MELLADO, José María, *Principio acusatorio...*, cit., p. 62; GIMENO SENDRA, Vicente, *Derecho Procesal Penal*, cit., segunda edición, pp. 225-226.

²⁰⁹ Incluso DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, *La conexión...*, cit., pp. 97-101, y VÁZQUEZ SOTELO, José Luis, «El principio acusatorio...», cit., p. 412, sostienen que sirve para traer nuevos imputados al proceso. Este criterio ha sido refrendado últimamente por la STC de 17 de septiembre de 2001, Sala Segunda, ponente Viver Pi-sunyer (BDA, m. RTC 2001\182).

²¹⁰ VÁZQUEZ SOTELO, José Luis, «El principio acusatorio...», cit., pp. 410-412; ASENCIO MELLADO, José María, *Principio acusatorio...*, cit., p. 62; GIMENO SENDRA, Vicente, *Derecho Procesal Penal*, cit., segunda edición, pp. 225-226.

²¹¹ SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, «Información suplementaria», en *Estudios de Derecho procesal*, cit., p. 787; DÍAZ CABIALE, José Antonio, *Principios de aportación de parte y acusatorio: la imparcialidad del juez*, Comares, Granada, 1996, pp. 379-380.

²¹² Hay que observar que en Derecho italiano esta situación está *legalmente* prevista en el art. 517 que prevé la ampliación de la acusación inicialmente planteada. De esta manera, se contempla la

observamos inconvenientes para considerar la aplicación de la instrucción suplementaria y poder plantear una nueva acusación introduciendo hechos sustancialmente distintos, ya en la hipótesis de que el hecho inicial se transforme en un hecho distinto, ya cuando de la práctica de la prueba emerja un hecho nuevo que se acumule, al menos en el caso de delitos conexos. Nos parece bastante razonable desde el punto de vista de la economía procesal, e incluso desde los propios intereses del acusado, ya que la introducción de hechos nuevos mediante la técnica de la instrucción suplementaria puede ser conveniente para el acusado, al consentirle ser enjuiciado de una vez sin tener que soportar procedimientos distintos para cada hecho, y no vemos por qué el traer al proceso otros hechos vaya a ser motivo de disminución de sus derechos, en la medida que la nueva instrucción sumaria se haga con las mismas garantías que la primera y después se permita tanto la nueva acusación en conclusiones definitivas como la defensa correspondiente, o incluso el nuevo juicio cuando la instrucción sumaria suplementaria exigiere algún tiempo (art. 749.2 de la LECrim)²¹³.

En cuanto al origen del hecho nuevo, éste debe surgir de las pruebas practicadas (revelaciones o retractaciones) durante el juicio oral, debiendo ser esencialmente distinto del hecho objeto del proceso consignado en las calificaciones provisionales.

acusación supletoria para introducir delitos conexos, hechos-delitos en concurso ideal o hechos bajo nexo de continuación, como también la ampliación de la acusación para introducir agravantes o la circunstancia de reincidencia (*recidiva* italiana que no es tratada como agravante), o la introducción de alguna circunstancia fáctica que pueda comportar la aplicación de medidas de seguridad.

Obsérvese que en Derecho italiano la agravante y la *recidiva* no son hechos accesorios que acceden a un hecho punible, el hecho sustancial, pero que no lo modifican, sino que, desde el punto de vista procesal, son hechos que dan lugar a un hecho diverso. Así, por ejemplo, aquellas circunstancias fácticas de lugar y tiempo que siendo distintas dan lugar a un hecho diverso desde el punto de vista histórico y que pueden estar recogidas en la agravante de «haber actuado de noche», o el ejemplo del uso del veneno que da lugar al homicidio agravado (calificado o asesinato), dichas circunstancias no son meras circunstancias que se añadan al hecho esencial, sin modificarlo, sólo dándole un curso causal diverso, alternativo respecto del hecho típico simple, sino que dan lugar a un hecho diverso. Y por tal motivo corresponde sólo al MP la alegación: deben ser alegados por el acusador y no pueden ser en ningún caso introducidos por el juzgador de oficio. *Vid.* RAFARACI, Tommaso, *Le nuove contestazione nel processo penale*, GIUFFRÉ, Milano, 1996, pp. 43-44 y 64-66.

Cosa distinta es que la circunstancia agravante sea una cuestión puramente de calificación jurídica, lo cual ocurrirá cuando el hecho en que se basa esté incluido en el hecho descrito que conforma un hecho típico determinado, pero que no se había relevado la importancia de un determinado aspecto previamente afirmado en la acusación, en cuyo caso nos encontramos frente a una cuestión jurídica, de calificación jurídica. *Vid.* RAFARACI, Tommaso, *Le nuove...*, *cit.*, pp. 44-45.

²¹³ *Vid.* DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, *La conexión...*, *cit.*, pp. 100-101.

Así, por ejemplo, el testigo o perito que revela un hecho desconocido o se retracta de lo declarado en el sumario provocando la modificación o alteración sustancial que exige el art. 746.6. Dice SERRA DOMÍNGUEZ²¹⁴ que «puede perfectamente ocurrir que una vez formulado por las partes en los escritos de calificación el relato de los hechos y propuestos los medios de prueba que los acreditan, surjan, con motivo precisamente de la práctica de tales pruebas, elementos de hecho que permitan suponer que el sumario ha sido incompleto, que no ha conseguido arrojar suficiente luz sobre extremos de sumo interés o que las investigaciones sumariales han marchado por un sendero erróneo».

Ahora bien, la suspensión del juicio para la realización de la instrucción sumaria sobre el hecho nuevo es eventual. Es decir, debe ser solicitada por una de las partes y estimada procedente por el tribunal para que ella se lleve a cabo. La LECrim, en el art. 747, explícitamente excluye la ordenación de oficio de la instrucción sumaria, admitiéndola sólo a petición de parte²¹⁵.

Por lo que respecta al momento procesal de la solicitud, podría realizarse durante todo el período de prueba y hasta las conclusiones definitivas, e incluso admite SERRA DOMÍNGUEZ²¹⁶ —de opinión contraria AGUILERA DE PAZ²¹⁷— que se realicen hasta en el momento de evacuar los informes o rectificaciones posteriores o con motivo de la declaración final del imputado.

En todo caso, siempre habrá que respetar el principio acusatorio y el derecho de defensa en la introducción de hechos distintos a los de calificaciones provisionales, con lo cual, una vez concluida la instrucción sumaria, sostiene SERRA DOMÍNGUEZ²¹⁸, deberá darse traslado a las partes para que planteen las conclusiones definitivas contemplando los nuevos resultados, si el juicio se ha suspendido antes de que se

²¹⁴ SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, «Información suplementaria», *cit.*, pp. 785-786.

²¹⁵ SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, «Información suplementaria», *cit.*, pp. 786-787.

²¹⁶ SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, «Información suplementaria», *cit.*, p. 789.

²¹⁷ AGUILERA DE PAZ, Enrique, *Comentarios...*, *cit.*, tomo V, p. 584-585, estima que la petición de instrucción sumaria tiene que realizarse antes de que concluya el período de práctica de la prueba, porque el resultado de la misma se deberá tener en cuenta para las calificaciones definitivas.

²¹⁸ SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, «Información suplementaria», *cit.*, p. 791. También así lo insinúa ASECIO MELLADO, José María, *Principio acusatorio...*, *cit.*, p. 62.

realizaran las conclusiones. En caso de que se suspenda el juicio y se realice la instrucción sumaria después de haberse presentado las conclusiones definitivas, se pondrá en conocimiento de las partes la instrucción sumaria, con el fin de que tengan oportunidad de modificar las conclusiones definitivas conforme al resultado de aquélla. Aunque en estricto rigor siempre debiera darse lugar a la práctica de la prueba necesaria para introducir los resultados de la instrucción sumaria mediante las posteriores conclusiones definitivas²¹⁹.

²¹⁹ Con respecto a las soluciones en Derecho comparado en casos de ampliación o modificación del objeto del proceso son de especial interés las del Derecho italiano, alemán y portugués.

En el Derecho italiano existe una regulación muy precisa que distingue varios supuestos de modificación o ampliación de la acusación, en la cual se da un tratamiento diferenciado según se trate del caso que el hecho de la acusación deviene en un hecho diverso (aunque no sustancialmente), o se trate de hechos nuevos, pero vinculados a los de la acusación, como es el caso de los delitos conexos, o en concurso ideal o en nexo de continuación, o se trate de la acumulación de hechos nuevos o sustancialmente distintos e independientes del hecho de la acusación.

Sobre la posibilidad de modificación de la acusación cuando el hecho deviene diverso en el juicio oral de como originalmente se afirmaba (art. 516), hay que señalar que se refiere al hecho base que durante el juicio resulta distinto de como venía descrito en la resolución que ordena abrir el juicio (art. 516 del CPP). Se produce el cambio del hecho en que se basa la acusación. Basta para considerar diverso el hecho con una pura modificación histórica del mismo, no se requiere de una modificación sustancial. En este caso se admite la introducción del hecho diverso a través de la modificación de la acusación por el fiscal. *Vid.* RAFARACI, Tommaso, *Le nuove...*, *cit.*, pp. 25 y ss.

Respecto a la posibilidad de ampliar la acusación a hechos nuevos, pero vinculados a los de la acusación, por ejemplo, los delitos conexos o en concurso ideal o en nexo de continuación, como hemos dicho, se tiene que proceder conforme al art. 517 y plantear la acusación supletoria. RAFARACI, Tommaso, *Le nuove...*, *cit.*, pp. 33-39.

Respecto a la acumulación de hechos nuevos independientes del hecho de la acusación, en el sistema italiano procede sólo con el consenso del acusado y previa autorización del Presidente de la Audiencia, como está regulado en el art. 518. El supuesto trata del caso en que en el juicio aparece un hecho nuevo y distinto del que ha motivado la acusación, y que no guarda relación con el de la acusación, es decir, que no sea un concurso ideal o que no se trate de un hecho en nexo de continuación, pues en todos estos casos es aplicable el art. 517. En consecuencia, el art. 518 se refiere a la posibilidad de acumular al proceso un hecho nuevo, diverso y autónomo del que se haya incluido en la acusación. El hecho nuevo es extraño, diverso al de la acusación desde un punto de vista histórico, y no ligado por un vínculo de conexión con el de la acusación.

En principio el hecho nuevo debería producir un proceso nuevo y distinto, conforme las reglas generales del Código italiano, que es lo que dispone el art. 518, *comma* 1. Sin embargo, con vista a atenuar el rigor de esta regla, cuando el imputado consiente en el enjuiciamiento simultáneo del «hecho nuevo», la Ley permite que se acumule el hecho, con la previa autorización del Presidente de la Audiencia.

En fin, el art. 518, *comma* 2, no sólo admite la acumulación de hechos nuevos, sino también comprende la posibilidad de que el hecho nuevo emerja «en lugar» del que inicialmente se había

El interés de referirse a la imputación tardía de hechos a través de la vía de la instrucción sumaria del art. 746.6, radica en la utilidad de poner de relieve que la prohibición de modificar o ampliar la acusación introduciendo hechos sustancialmente diversos de los de la primera acusación, puede tener una excepción más o menos importante en los términos señalados, lo cual tiene importancia para la correlación de la sentencia, puesto que la modificación o ampliación de la acusación en conclusiones definitivas significa un cambio en el término de la correlación limitador de la sentencia.

2.1.5. Informes finales

La acusación como término de comparación todavía requiere de una matización adicional, contemplando la figura de los informes finales regulada en los arts. 734 a 740 para el procedimiento ordinario y en el art. 788.3 para el abreviado. Estos actos procesales de parte se realizan verbalmente justo en el momento que antecede al pronunciamiento de la sentencia y tienen por finalidad, como la doctrina ha puesto de manifiesto²²⁰, otorgar a las partes la última oportunidad de expresar su opinión sobre el resultado del juicio, o de hacer un resumen o recapitulación de la tesis sostenida. Sin embargo, también puede suceder que estos informes finales sirvan a los acusadores

imputado. Esto ocurrirá en caso que de la práctica de la prueba se deriven radicales modificaciones sobre el hecho inicial. Esta modificación o mutación del hecho debe ser radical, de modo que se entienda como un hecho nuevo, porque de lo contrario procede el uso del cauce del art. 516, que permite la adecuación de la imputación cuando se trata de modificaciones no sustanciales. *Vid.* RAFARACI, Tommaso, *Le nuove...*, *cit.*, pp. 51-57.

En el caso del Derecho alemán la situación producida por un hecho nuevo que aparece en el juicio oral está resuelta en el párrafo 266 de la StPO, mediante la regulación de la denominada *nachanstragklage*, que no es otra cosa que la ampliación de la acusación a hechos punibles nuevos, siempre que el acusado lo acepte y el juzgador fuere competente para juzgar aquellos hechos punibles. En este caso se asegura el derecho de defensa del acusado. *Vid.* ROXIN, Claus, *Derecho procesal penal*, *cit.*, pp. 415-416; GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis, *El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas*, Bosch, Barcelona, 1985, p. 367; GIMENO SENDRA, Vicente, *Derecho Procesal Penal*, *cit.*, segunda edición, pp. 225-226.

Muy parecida es la solución del Derecho portugués, ya que admite la posibilidad de ampliar la acusación siempre que el ministerio público y el acusado estuvieren de acuerdo con el juzgamiento de los nuevos hechos, y el tribunal fuere competente para enjuiciarlos. También asegura la suspensión del juicio para la preparación de la defensa (art. 359.2 y 3 del CPP).

²²⁰ SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, «El juicio oral», *cit.*, pp.781-782.

para sostener una acusación distinta que la que se sostuvo en las conclusiones definitivas.

El caso que se puede presentar de convertir el informe final en una acusación se puede dar en la hipótesis de planteamiento de la tesis del tribunal, cuando ésta es recogida por el o los acusadores, ajustando su acusación a la tesis del juzgador, incluso cambiando la conclusión definitiva de absolución por la de condena conforme así se haya planteado por el juzgador²²¹. Obviamente, esta posibilidad tan restringida no puede significar un cambio sustancial del objeto del proceso ya definido en las calificaciones provisionales y conclusiones definitivas.

En consecuencia, en esta hipótesis habría que hacer la matización en el sentido de que el término de comparación de la sentencia ya no es pura y simplemente las conclusiones definitivas, sino que éstas se deben integrar, en aquello modificado, con los informes verbales finales. El complemento o integración de ambos actos de acusación componen el completo término de comparación de la sentencia.

2.1.6. Una aclaración conceptual: los escritos de defensa no forman parte del término de correlación (comparación) de la sentencia, puesto que no limitan los poderes del juzgador

A lo largo de las páginas precedentes hemos venido sosteniendo que la sentencia debe guardar correlación con la acusación, y conjuntamente nos hemos dedicado a precisar cuál es el acto de acusación relevante a estos efectos, llegando a la conclusión de que el término de correlación de la sentencia son las conclusiones definitivas, eso sí, con las matizaciones antes señaladas.

En esta parte de la exposición resulta oportuno hacer una aclaración conceptual acerca de los escritos de defensa, en el sentido de que se suele afirmar que el acto de defensa en el juicio también se ha de tener en cuenta a efectos de correlación. La tentación de incurrir en esta afirmación es evidente: el proceso acusatorio es un proceso en el que se enfrentan dos partes en una posición de igualdad ante un tercero

²²¹ GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis, *Derecho jurisdiccional, III. Proceso penal, cit.*, séptima edición, pp. 253-255; PLANCHADELL GARGALLO, Andrea, *El derecho fundamental a ser informado de la acusación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 120-121.

imparcial que decide el «litigio». De esto se desprendería que el juez se halla limitado no sólo por la acusación, sino también por el acto de «contrapretensión» de la defensa. Sin embargo esto no es correcto.

No puede afirmarse que los actos procesales de la defensa han de ser tenidos en cuenta a efectos de determinar el cumplimiento del deber de correlación de la sentencia, ya que no limitan los poderes del juzgador. En efecto, el juzgador puede en todo caso estimar una eximente, una atenuante o una causal de extinción de la responsabilidad penal, aun cuando no haya sido pedida por la defensa, con tal que se desprenda de la práctica de la prueba²²².

Ocurre que la Ley penal al tipificar y sancionar un hecho utiliza una técnica normativa de abreviación y abstracción, en virtud de la cual no describe cada uno de los elementos fáctico-jurídicos que no deben concurrir para que opere el tipo abstracto; da por supuesto que su previsión normativa típica sólo opera bajo el presupuesto de la no concurrencia de ningún elemento fáctico-jurídico que conforme a la misma Ley penal deje sin efecto jurídico-penal la abreviada descripción típica (*fattispecie*). Pues bien, la Ley procesal penal, asumiendo la abreviación y abstracción de la Ley penal, admite que el acusador alegue y pruebe sólo el hecho que calza con la descripción normativa abstracta (*fattispecie*), pero entendiendo que de esta alegación se deduce la negación implícita de todos los hechos que impidan²²³, extingan²²⁴ o atenúen la sanción del hecho²²⁵. Y es precisamente el entendimiento de que implícitamente se niegan estos

²²² Vid. ORTELLS RAMOS, Manuel, *Derecho jurisdiccional, III. Proceso penal, cit*, tercera edición, pp. 409-410.

²²³ Dentro de los hechos impositivos están las causas de justificación, como la legítima defensa, el estado de necesidad, el miedo insuperable, el ejercicio de un derecho o cumplimiento de un deber, o las causas de inculpabilidad, como una alteración síquica o toxicomanía aguda.

²²⁴ Son hechos extintivos el arrepentimiento, la confesión, la prescripción, el indulto, la cosa juzgada, entre otros.

²²⁵ Es evidente que nos basamos en las teorías de *fattispecie* abreviados y alegaciones implícitas de las excepciones impropias de los profesores CAPPELLETTI y FABBRINI, que estos elaboran pensando en el proceso civil. Estimamos que sus argumentos son incluso más adecuados para el proceso penal, vid. CAPPELLETTI, Mauro, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, tomo I, Giuffrè, Milano, 1962, pp. 343-353; FABBRINI, Giovanni, «Eccezione», en *Scritti Giuridici*, tomo I, Giuffrè, Milano, 1989, pp. 501-518. También del mismo autor, «Eccezione di merito...», *cit.*, pp. 333-375. En virtud de estas teorías se justifica y se entiende perfectamente que el juez pueda estimar excepciones impropias que se basan en hechos impositivos, extintivos o modificativos, sin necesidad

hechos los que permiten comprender cabalmente la misma acusación, ya que el acusador no podría pretender la condena del hecho punible (el hecho constitutivo), si no es negando a la vez la concurrencia de cualquier hecho que pueda restarle la eficacia que reclama²²⁶. Recuérdese que en el proceso penal español, la acusación penal pública sólo puede pretender la *condena del culpable*, conforme se desprende del art. 2 de la LECrim y los arts. 3.4, 6 y 7 EOMF²²⁷.

De esto mismo, por otra parte, se deduce que la expresa alegación o no alegación de estos hechos no altera en modo alguno el objeto del proceso, puesto que la afirmación del hecho punible (hecho constitutivo) y de su consecuencia jurídica, lleva o arrastra consigo a todos los demás que afectan a éste. En consecuencia, el juzgador, sin

de petición por la defensa. Esta teoría, por lo demás, está en perfecta consonancia con el rechazo de las pretensiones infundadas, y diríamos nosotros todavía más, está en perfecta consonancia con la vigencia de la legalidad cuando ésta debe primar por sobre los poderes de las partes. Con una orientación parecida TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel, *El objeto del proceso. Alegaciones. Sentencia. Cosa juzgada*, La Ley, Madrid, 2000, pp. 33-38, y especialmente nota al pie N° 18.

²²⁶ En el sentido de la afirmación de ausencia de los hechos impeditivos o extintivos por parte del actor como implícitamente incluida en la afirmación del hecho constitutivo, CAPPELLETTI dice: *ché se quell'assenza non fosse almeno implícitamente affermata, come potrebbe il diritto essere fatto valere?* CAPPELLETTI, Mauro, *La testimonianza...*, tomo I, *cit.*, p. 348. Esta reflexión de CAPPELLETTI se puede predicar respecto de un órgano de acusación público con una legitimidad total, que tal vez no exista en la misma medida cuando se trata de partes privadas en el proceso civil a los cuales probablemente no se les pueda aplicar en términos tan absolutos, sobretodo en tiempos de tanto liberalismo economicista.

²²⁷ Vid. MONTERO AROCA, Juan, *Derecho jurisdiccional, III. Proceso penal, cit.*, séptima edición, p. 61; MORENO CATENA, Víctor, *Derecho procesal penal, cit.*, segunda edición, pp. 166-168; DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, *Derecho procesal penal, cit.*, cuarta edición, pp. 191 y ss, y del mismo autor «Disponibilidad del objeto, conformidad del imputado y vinculación del Tribunal a las pretensiones en el proceso penal», en *Revista General del Derecho*, octubre-noviembre de 1992, pp. 9877-9884.

En Derecho italiano esto también resulta del art. 112 Constitución italiana y de los arts. 50, 326, 358, 405 y 409 del CPP italiano. Vid. CALAMANDREI, Piero, «Il concetto di "lite" nel pensiero di Francesco Carnelutti», *cit.*, pp. 15-17; PAOLI, Giulio, «Nozione di lite nel processo penale», *cit.*, p. 67; SARACENO, Pasquale, *La decisione sul fatto incerto nel processo penale, cit.*, p. 217; FORTUNA, Ennio *Manuale pratico del nuovo processo penale* (con Dragone, Fassone, Giustozzi, Pignatelli), tercera edición, Cedam, Padova, 1993, pp. 48-49; FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón, cit.*, pp. 734-737.

En Derecho chileno esta cuestión recibe sanción explícita en varias normas que mandan e imponen al MP ejercer sus funciones con sujeción a la ley y al principio de objetividad, en especial las que dicen relación con la acción penal pública, con reconocimiento incluso de rango constitucional, art. 80 letra A de la CPR y en un sentido general en el art. 6 de la misma Constitución, que somete a la legalidad a todos los órganos del Estado. A nivel legal, estos principios tienen aplicación concreta en los arts. 53, 77, 166, 248 del NCPP, y arts. 1, 2 y 3 de la LOCMP.

necesidad de petición expresa de la defensa, está facultado para de oficio estimar un hecho que impida, extinga o atenúe los efectos jurídicos del hecho de la acusación, que en definitiva ha sido introducido por la misma acusación a través de su implícita negación.

Esta forma de entender los poderes del juez respecto a los hechos impeditivos, excluyentes y atenuantes calza perfectamente con el principio de la indisponibilidad de los hechos con relevancia penal y del Derecho penal (legalidad penal), lo cual determina que en el proceso penal no rija el principio de aportación de los hechos por las partes, sino el de investigación oficial, de modo que si por una constatación fáctica resultado de la prueba practicada aparece una circunstancia fáctica constitutiva de una causal impeditiva, extintiva o atenuante, su aplicación es necesaria y vinculante para el juzgador de manera que no puede dejar de ser estimada en sentencia penal so pena de incurrir en una ilegalidad. Piénsese que de lo contrario se podría dar lugar a estimaciones de acusaciones o pretensiones procesales infundadas en los casos de no alegación de hechos impeditivos o extintivos, lo cual si ya es discutible en el proceso civil, en el proceso penal ha de ser directamente inaceptable²²⁸.

Además esta situación tendría difícil encaje constitucional, porque chocaría con la presunción de inocencia del art. 24.2 de la CE, en el sentido que con ello se trasladaría la carga objetiva de la prueba²²⁹ desde el acusador al acusado, ya que con ello se

²²⁸ En Derecho italiano hay una detallada regulación de los poderes del juez para pronunciar sentencias de absolución o de no haber lugar a proceder cuando concurren hechos extintivos o impeditivos, independiente de la alegación de la parte acusada, art. 129 en relación con los arts. 530 y 531 del CPP italiano. *Vid.* CORDERO, Franco, *Procedura penale*, *cit.*, pp. 958-967.

²²⁹ Creemos que en el proceso penal es posible hablar de carga de la prueba en el sentido que lo hace FERRAJOLI, como una exigencia de la garantía procesal *nulla accusatio sine probatione*, entendida como la función del acusador de alegar y probar el hecho punible constitutivo de su acusación en el juicio oral y de soportar los efectos negativos de los hechos impeditivos, extintivos o atenuantes que se deduzcan de la prueba practicada en el juicio, sin necesidad de alegación y prueba de la defensa. Esto se corresponde con la idea que la defensa no tiene una carga, sino el derecho de contraprobar, de refutar la acusación planteando contrahipótesis mediante el planteamiento de hechos impeditivos, extintivos o atenuantes. Es un derecho y no una carga para la defensa, de modo que puede ejercerlo o no, pero en todo caso el juez debe constatar todas las hipótesis planteadas y las que podrían haberse planteado, de lo cual se deriva que incluso los hechos no pedidos por la defensa, pero que se desprenden de la prueba perjudican la pretensión procesal del acusador. *Vid.* FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*, *cit.*, pp. 147-158 y 610-613.

impondría la carga de alegar y luego la de probar al acusado, de manera que la no asunción (con éxito) de estas cargas provocaría la estimación de la acusación infundada, cuestión que ni siquiera acontece en el proceso civil con la regulación de las excepciones impropias²³⁰.

En el proceso penal la carga objetiva de la prueba la asume toda el acusador, correspondiéndole la alegación y prueba de todos los hechos que hagan procedente la estimación de su acusación (hechos constitutivos de su pretensión procesal), y jugando en su contra cualquier hecho impeditivo, extintivo o atenuante que afecte la eficacia de su pretensión, bastando que se deduzca de la prueba y sin necesidad de alegación y prueba por la defensa.

Estimamos, por otra parte, que el art. 729 de la LECrim que admite cierta prueba de oficio, no es suficiente para rechazar la idea de carga objetiva de prueba en la acusación, bajo el argumento de que el juez tiene iniciativa probatoria al igual que las partes, de modo que ello le quitaría sentido al concepto de «carga» cuando la función de prueba no radica de forma exclusiva en las partes. Creemos que dicho artículo no es más que una limitada excepción a la regla general que está en el art. 728 que dispone que son las partes las que tienen la iniciativa probatoria.

²³⁰ Como ya lo hemos indicado en las notas precedentes. *Vid.* además TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel, *El objeto del proceso...*, *cit.*, p. 36, nota al pie 18, que señala: «(...) el actor ha de acreditar que concurren todos los hechos constitutivos de su pretensión (y que, consecuentemente, no existen circunstancias que impidan o extingan la relación jurídica aducida), al demandado le bastaría con adoptar una actitud pasiva, pues no es él quien tiene la carga de la alegación y prueba de la inexistencia de la acción, sino que es el actor quien tiene la carga de la alegación y prueba de la existencia de la acción. Por el contrario, si de hechos excluyentes se trata, puesto que la acción existe y es eficaz hasta tanto el demandado no oponga un derecho suyo autónomo, un contraderecho de impugnación; y puesto que los derechos se han de hacer valer por su titular si quiere y en la medida que quiera, es claro que el demandado tendrá la carga de alegar y probar los hechos excluyentes capaces de enervar la acción; de no ser así, el Juez no podrá tomarlos en consideración aunque hubiera constancia de ellos en el proceso».

«Esto, que es correcto desde el punto de vista conceptual, no es tan claro en el terreno de la práctica. Es verdad que el actor debe alegar y probar no sólo los hechos constitutivos de su pretensión, sino además la ausencia de circunstancias que impidan su eficacia jurídica del derecho del actor o que lo extinga. Lo que ocurre es que —como afirma FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M. A., *Derecho Procesal Civil* (con DE LA OLIVA), 1995, T. II, pág. 90— hay razones de peso para aliviar al actor de una carga que sería para él desmedida: alegar y probar la inexistencia de hechos extintivos e impeditivos. Por ello, siguiendo el principio de normalidad jurídica, se admite que sea el demandado el que deba poner de manifiesto la existencia de hechos que extinga o impidan su eficacia de los hechos constitutivos alegados por el actor. Cuestión distinta es que si no se alegan y prueban por el demandado, pero constan en los autos por cualquier causa, el juez pueda apreciar estos hechos de oficio». También ORTELLS RAMOS, Manuel, *Derecho procesal civil* (con Mascarell Navarro, Cámara Ruiz, Juan Sánchez, Bonet Navarro, Bellido Penadés, Cucarella Galiana y Martín Pastor), ARANZADI, quinta edición, Cizur Menor (Navarra), 2004, pp. 315-317.

Esto no significa imponer la carga de la prueba negativa de hechos al acusador, pues lo lógico será que los hechos impositivos, extintivos o atenuantes sean efectivamente alegados y probados por la defensa, sino simplemente se está relevando al acusado de la carga positiva de alegación y prueba de los mismos, más precisamente, de la consecuencia legal de su incumplimiento, de manera que si estos se deducen de la prueba practicada el juzgador debe estimarlos de oficio²³¹.

En cuanto al módulo de prueba, es decir, al problema de la convicción judicial y la duda, en el proceso penal rige el principio de que la duda favorece al reo: *in dubio pro reo*. Este principio va dirigido a resolver el problema de la valoración de la prueba, disponiendo que la duda sobre la «culpabilidad» del acusado, es decir, la duda sobre la concurrencia de un hecho impositivo como una causal justificante, por ejemplo, de legítima defensa o de una causal de inculpabilidad como una enfermedad mental, o la duda sobre un hecho impositivo como la prescripción o la cosa juzgada, favorece al imputado y perjudica la pretensión procesal del acusador²³², de manera que basta con que la prueba practicada arroje una «duda razonable» sobre la concurrencia de estos hechos para dar lugar a la desestimación de la acusación²³³.

Determinada la cuestión de que la defensa como acto procesal no constituye término de correlación limitador de la sentencia, como lo es la acusación, cabe señalar que ello no quiere decir que la apreciación de un hecho como los señalados deba realizarse sin otorgar la posibilidad de debate contradictorio a su respecto. Bien al contrario, la estimación de cualquiera de los tipos de hechos a los que venimos aludiendo debiera suponer siempre el previo sometimiento de la tesis del art. 733, pues si bien con ello no

²³¹ En un sentido parecido VÁZQUEZ SOTELO, José Luis, *Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del tribunal*, Bosch, Barcelona, 1984, pp. 287-288.

²³² Vid. VÁZQUEZ SOTELO, José Luis, *Presunción de inocencia...*, cit., pp. 285-288; VEGAS TORRES, Jaime, *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*, La Ley, Madrid, 1993, pp. 201-213; MONTERO AROCA, Juan, *Derecho jurisdiccional, I. Parte general*, cit., décima edición, pp. 367-368. Los autores ponen de manifiesto las diferencias de la presunción con el principio de *in dubio pro reo*. La primera tiene que ver con la exigencia objetiva de prueba de cargo que acredite la «culpabilidad» (en un sentido vulgar) para poder entender desplazada la presunción misma de inocencia, mientras que el principio de *in dubio pro reo*, como dice MONTERO, «presupone esa actividad y atiende al problema subjetivo del juez en la valoración de la prueba, ordenándole que en caso de duda sobre la culpabilidad del acusado se incline por la absolución».

²³³ Vid. MASCARELL NAVARRO, María José, «La carga de la prueba y la presunción de inocencia», *Justicia*, 1987, N° III, pp. 629-632.

se altera el objeto del proceso, sí afecta el objeto del debate al alterarse el contenido necesario de la sentencia, ya que el juzgador extiende su pronunciamiento a una cuestión que en principio no tenía que resolver expresamente. En consecuencia, la necesidad de debate sobre la misma se justificaría en que, a pesar de que la Ley procesal entiende que la alegación del hecho típico descrito lleva consigo la negación implícita de los que puedan afectar o modificar su eficacia, eso no puede implicar saltarse la necesidad de dar oportunidad procesal al acusador para plantear sus argumentos precisos en torno a ellos²³⁴. Sin embargo, como veremos, la jurisprudencia no ha sostenido por regla general la necesidad del sometimiento de la tesis en los casos *favor rei*, en contra de lo que estimamos la adecuada interpretación de la norma para la mejor y más amplia tutela del derecho de defensa de las partes en el proceso penal, en tanto las garantías procesales de la defensa son para ambas partes en el proceso, y no sólo para el acusado²³⁵.

2.2. *El derecho a ser informado de la acusación, el derecho de defensa y el principio de contradicción*

Dentro del estudio de la acusación, en cuanto término de correlación de la sentencia, es donde más se justifica hacer una clara advertencia sobre la necesidad de añadir al análisis de la correlación la incidencia que puede tener el derecho a ser informado de la acusación y el derecho de defensa sobre los poderes de resolver del juzgador. En efecto, la necesidad de que haya una acusación previa, planteada por sujetos procesales distintos del juzgador, y que éste se deba atener en la sentencia al objeto del proceso (hecho punible imputado a un sujeto determinado) introducido en la acusación, satisface el principio *nemo iudex sine actore*, es decir, el principio acusatorio, pero no resuelve ni satisface por sí mismo la exigencia de que el proceso penal se articule como un proceso de partes con vigencia del debate contradictorio y con plenitud de

²³⁴ Vid. FABBRINI, Giovanni, «L'eccezione di merito...», *cit.*, *passim*, y especialmente, pp. 501-518, que entiende que las excepciones basadas en hechos impeditivos, extintivos y modificativos, no modifican el objeto del proceso, pero sí la *quaestio facti*, ampliando los límites de la cognición y de esa manera el contenido de la sentencia.

²³⁵ Vid. CAROCCA PÉREZ, Alex, *Garantía Constitucional de la defensa procesal*, Bosch, Barcelona, 1998, pp. 86-91. También el Capítulo II, especialmente el apartado dedicado al uso de la tesis del art. 733.

posibilidades de defensa respecto de todos los elementos fácticos y jurídicos relevantes para resolución del caso. Ello depende (y demanda) del supuesto previo de la información de los actos procesales que conforman el objeto del proceso y del debate²³⁶, ya que para poder defenderse y contradecir se requiere el conocimiento previo y oportuno de aquello respecto de lo cual se realiza la defensa y la contradicción²³⁷.

En el ámbito constitucional, el derecho a ser informado de la acusación encuentra sus bases en el art. 24.2 de la CE, y en el art. 6.3 del CEDH y art. 14.3, letra (d) del PIDCP. Las dos normas internacionales adquieren relevancia constitucional por intermedio del art. 10.2 de la CE.

Tocante a su contenido, este derecho se ha concebido en términos amplios, no sólo como el derecho a ser informado de la acusación en estricto rigor, sino que también en un sentido abarcador del derecho a ser informado del inicio del proceso penal o, mejor dicho, como el derecho a ser informado de la imputación en el proceso penal desde el primer momento²³⁸⁻²³⁹. Es decir, se adopta un concepto lato y material de acusación que viene a coincidir con el de imputación, entendida como la «atribución más o menos fundada a una persona de un acto presuntamente punible sin que haya de seguirse

²³⁶ En estos temas es donde adquiere sentido tener clara la diferencia entre objeto del proceso y objeto del debate, y las exigencias que impone cada uno. En resumen, reiteramos que el objeto del proceso está conformado por el hecho punible imputado a un sujeto determinado, a diferencia del objeto del debate, que incluye, además del hecho punible imputado, a la pretensión procesal penal, es decir, a la calificación de todos los elementos fácticos y el *petitum*. Vid. lo que expresamos en los apartados acerca de la importancia de la pretensión procesal penal para configurar en forma adecuada el derecho a ser informado de la acusación, el derecho de defensa y el *iura novit curia*, y la distinción entre el objeto del proceso y el objeto del debate.

²³⁷ ASECIO MELLADO, José María, *Principio acusatorio...*, cit., p. 95; BANACLOCHE PALAO, Julio, «El derecho a ser informado de la acusación», *Cuadernos de Derecho público*, Inap, Madrid, mayo-agosto del 2000, p. 180; CAROCCA PÉREZ, Alex, *Garantía constitucional...*, cit., pp. 258-259.

²³⁸ MONTERO AROCA, Juan, *Derecho jurisdiccional, III. Proceso penal*, cit., séptima edición, p. 30; GIMENO SENDRA, Vicente, *Derecho procesal. Proceso penal*, cit., tercera edición, pp. 57-58; PLANCHADELL GARGALLO, Andrea, *El derecho fundamental...*, cit., pp. 100-101.

²³⁹ Este derecho a ser informado de la acusación se preocupa del derecho a ser informado del acusado, lo cual en todo caso no quiere decir que este derecho no le corresponda con las mismas exigencias al acusador tanto público como privado, como tendremos ocasión de comprobar más adelante.

necesariamente acusación contra ella como consecuencia»²⁴⁰. Es justamente con esta amplitud como se ha interpretado este derecho y así se desprende del art. 118 y 118 bis de la LECrim.

El derecho a ser informado de la acusación surge con la primera imputación y se proyecta a lo largo de todo el desarrollo del proceso, generando el deber de notificar en forma oportuna todos los actos de imputación que progresivamente se produzcan en la secuela del proceso²⁴¹, por eso el derecho a ser informado adquiere cuerpo en los actos procesales de concreción que a lo largo del proceso deben ser notificados. Estos serían la denuncia, la querrela, el auto de procesamiento, las medidas cautelares personales y reales, y la acusación, incluyendo en este acto tanto las calificaciones provisionales como las conclusiones definitivas, y, por último, también la tesis de desvinculación²⁴².

Sin embargo, a nosotros nos interesa la parte del contenido que está referida al derecho a ser informado de la acusación en un sentido formal, esto es, el derecho del acusado a que en el juicio oral se le notifique la acusación penal, ya que es en ésta donde se fija, además del objeto del proceso respecto del cual la sentencia penal debe guardar correlación, el objeto del debate relevante para el juicio oral.

Cabe, por otra parte, advertir que respecto del acusador se ha de reconocer un derecho equivalente al derecho a ser informado de la «acusación» para el imputado, ya que el derecho de defensa entendido como garantía procesal también corresponde a la parte acusadora, en tanto el proceso se conciba como un enfrentamiento entre partes en posición de igualdad, cuestión que supone que el acusador haya de ser informado del contenido de la defensa en momento oportuno (así como lo es el acusado de la acusación), y también de los hechos y calificaciones jurídicas que puedan ser

²⁴⁰ MONTÓN REDONDO, Alberto, *Derecho jurisdiccional, III. Proceso penal, cit.*, séptima edición, p. 204. En términos parecidos, VERGÉ GRAU, Joan, *La defensa del imputado y el principio acusatorio*, Bosch, Barcelona, 1994, p. 48; PLANCHADELL GARGALLO, Andrea, *El derecho fundamental...*, *cit.*, p. 141.

²⁴¹ CHIAVARIO, Mario, *Processo e garanzie della persona*, Giuffrè, Milano, 1982, pp. 146-149; RAMOS MÉNDEZ, Francisco, *El proceso penal. (Tercera) Lectura constitucional*, Bosch, tercera edición, Barcelona, 1994, p. 14; ASECIO MELLADO, José María, *Principio acusatorio...*, *cit.*, pp. 96-97.

²⁴² *Vid.* PLANCHADELL GARGALLO, Andrea, *El derecho fundamental...*, *cit.*, pp. 137-177.

introducidos de oficio por el juzgador²⁴³. Recuérdese que los hechos y calificaciones jurídicas alegados por la defensa o introducidos por el juez de oficio (*favor rei*), si bien no afectan la identidad del objeto del proceso, si forman parte del objeto del debate respecto de los que también ha de producirse contradicción y prueba, y sobre los cuales igualmente recae la decisión jurisdiccional. Acontece que pocas veces se pone de relieve lo anterior, dándose casi como un supuesto que nadie discute y respecto del cual no haya mucho que discutir. Sin embargo, veremos más adelante que la cuestión no es realmente así, y que suelen producirse situaciones en las que el derecho de defensa del acusado no aparece bien tutelado ante sentencias definitivas que han introducido hechos o calificaciones de oficio, no alegadas por la defensa, sin otorgar conocimiento previo de las mismas al acusado, impidiendo toda posibilidad de defensa sobre el extremo.

En suma, tanto en uno como en otro supuesto, la información previa de los actos procesales de parte (y los del juzgador) que conforman el objeto del debate, y la existencia de una oportunidad real de defensa respecto de aquel contenido en su totalidad, constituye un presupuesto de validez al que se debe someter el ejercicio de las potestades de resolución que posee el órgano jurisdiccional. Es decir, actúa como una «condición» de validez de la sentencia. La sentencia no se ve limitada en su contenido como sí lo está al hecho punible y al acusado de la acusación, pero sí está «condicionada» al previo debate contradictorio desarrollado con amplias posibilidades de defensa respecto de todo el objeto del debate.

2.3. *Derecho a ser informado de la acusación. Requisitos y contenido*

En el derecho a ser informado de la acusación hay dos temas principales desde la perspectiva de nuestra investigación. En primer lugar, los requisitos formales que se

²⁴³ Vid. MONTERO AROCA, Juan, *Introducción...*, cit., p. 241; FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, *Doctrina general del Derecho procesal. Hacia una Teoría y Ley Procesal generales*, Bosch, Barcelona, 1990, p. 36; CAROCCA PÉREZ, Alex, *Garantía constitucional...*, cit., pp. 216 y 319-321. Los autores citados ponen de relieve el derecho que le asiste a las partes de defender su posición procesal dentro del proceso en oposición a la parte contraria, para lo cual recalcan que resulta fundamental la previa notificación y emplazamiento, como mecanismo a través del cual se pone en conocimiento de las partes las resoluciones y actuaciones y se otorga la respectiva oportunidad procesal de defensa.

deben cumplir en la información de la acusación para que ésta valga como tal, y, en segundo lugar, el contenido específico de la información y los actos procesales sobre los cuales recae el derecho a ser informado.

2.3.1. Requisitos formales que se deben cumplir en la información de la acusación

La información de la acusación tiene que ser dada bajo unas condiciones y cumplir con ciertos requisitos que permita articular una defensa completa, de modo que no basta con la pura puesta en conocimiento de la acusación para dar por satisfecho el derecho a ser informado de la acusación.

En primer lugar, la acusación debe ser puesta en conocimiento del acusado en tiempo oportuno, es decir, debe ser tempestiva²⁴⁴. Desde un punto de vista cronológico debe acaecer «en una fase anterior a aquella en que ha de ejercitarse la defensa por cuya razón, y una vez deducida, debe ser citada y notificada al respecto la persona inculpada desde el primer momento en que la imputación, con carácter previo, y la acusación con posterioridad, aparezca. Sólo así tendrá un sentido total el derecho de defensa»²⁴⁵. Es decir, este derecho demanda que el conocimiento llegue al acusado antes de la acusación formal, apenas exista una imputación en la etapa de investigación criminal, para que desde ahí se hagan valer los derechos de defensa.

En el procedimiento ordinario, como ya hemos señalado, la obligación de informar de la acusación rige desde que en el proceso aparece una imputación en un sentido material, sea en la denuncia o en la querrela o con ocasión de cualquier otro acto de imputación, como puede ser una medida cautelar²⁴⁶ (art. 118 y 118 bis de la LECrim), siendo necesario, en cualquier caso, que se produzca en la primera etapa procesal, es decir, en la instrucción, fase anterior a la etapa del juicio oral en donde preferentemente se ejercita el derecho de defensa. Además, con posterioridad a la imputación informal se exigirá una imputación formal, previa a la acusación, la cual se plasmará en el auto de procesamiento (art. 384 de la LECrim).

²⁴⁴ DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio, *Comentarios...*, cit., p. 104.

²⁴⁵ ASENSIO MELLADO, José María, *Principio acusatorio...*, cit., pp. 95-96.

²⁴⁶ PLANCHADELL GARGALLO, Andrea, *El derecho fundamental...*, cit., pp. 147-160.

Por el contrario, el procedimiento abreviado inicialmente no tenía una regulación que disciplinara la notificación de la imputación desde que ésta apareciera en el proceso, y que la estableciera como requisito de validez de una posterior acusación formal.

El TC en Sentencia de 15 de noviembre de 1990 (BDA, m. RTC 1990\186), referida a una cuestión de inconstitucionalidad²⁴⁷ a propósito de la redacción del antiguo art. 790.1 de la LECrim (actual 780.1 en relación con el 779.1.4^a y 775) —aplicable al procedimiento abreviado— desestimó la interpretación literal que llevaba a la conclusión de que la información de la acusación se producía una vez deducida acusación formal en el procedimiento abreviado, manifestándose a favor de una interpretación inspirada en la CE, especialmente en el art. 24.2, y declaró que esa obligación debía cumplirse en la instrucción preparatoria o diligencias previas, en la primera comparecencia del antiguo art. 789.4 de la LECrim (actual 775), es decir, desde que exista imputación, en los términos ahí consagrados.

Y añade esta STC que de la anterior afirmación se desprende «la lógica consecuencia de que la acusación no pueda, exclusivamente desde un punto de vista subjetivo, dirigirse contra persona que no haya adquirido previamente la condición judicial de imputada, puesto que, de otro modo, se podrían producir, en la práctica, acusaciones sorpresivas (...)». Dicho en otras palabras, esta STC viene a establecer que de no cumplirse con el deber de información de la imputación desde que aparece en el proceso penal, no se puede luego acusar formalmente a la persona que previamente no haya adquirido la condición de imputado, porque la acusación formal sería sorpresiva aunque esta misma cumpla con todos los requisitos y sea notificada oportuna y perfectamente.

La nueva regulación que se introdujo con la Ley 38/2002 a través de la redacción del art. 775 (antiguo 789.4) y art. 779.1.4^a (antiguo 789.5.4^a) recoge la doctrina del TC, y establece que debe existir imputación formal notificada en las diligencias previas y

²⁴⁷ STC de 15 de noviembre de 1990, Pleno, ponente Gimeno Sendra (BDA, m. RTC 1990\186).

que el auto de continuación sólo procede respecto de esa imputación²⁴⁸, es decir, respecto de la imputación previamente notificada.

Por otra parte, en el procedimiento abreviado, lo mismo que en el procedimiento ordinario, se aplica el contenido del art. 118 de la LECrim²⁴⁹, el cual establece el deber judicial de notificar la denuncia, la querrela o cualquier otra actuación procesal de la que resulte la imputación inicial.

Otro tanto ocurre en el proceso penal ante Tribunal del Jurado, ya que conforme al art. 25 de la LOTJ se regula el «traslado de la imputación», previa valoración de verosimilitud de la denuncia, de la querrela, o de cualquier otro acto procesal del que resulte imputación procesal de un delito. En efecto, presentado cualquiera de estos actos procesales, el Juez de Instrucción deberá realizar una valoración de probabilidad del hecho que se imputa. Si éste es probable estima la verosimilitud de la denuncia, querrela o cualquier otro acto, seguidamente incoa el procedimiento, e inmediatamente se debe producir el traslado (notificación) de la imputación conforme lo señala el art. 25.1 de la LOTJ, convocando el Juez a una comparecencia de partes en la cual se concretará la imputación al imputado²⁵⁰.

Hay en este proceso penal, además, un segundo momento procesal en el cual cierta doctrina²⁵¹ ha pretendido ver la manifestación de una imputación formal al estilo del auto de procesamiento en el procedimiento ordinario. Nos referimos al auto de continuación del art. 26.1 que se dicta después de oídas las partes en la comparecencia, cuando no concurre una causal de sobreseimiento libre (art. 637 de la LECrim) o

²⁴⁸ Vid. ORTELLS RAMOS, Manuel, «Líneas generales de la Reforma del procedimiento abreviado y del nuevo procedimiento de enjuiciamiento rápido», en *Ley de enjuiciamiento criminal y otras normas procesales*, Consejo Valenciano de Colegios de Abogados, Valencia, 2003, pp. 19-22.

²⁴⁹ Vid. DEL OLMO DEL OLMO, José Antonio, *Garantías y tratamiento del imputado en el proceso penal*, Trivium, Madrid, 1999, pp. 212-221.

²⁵⁰ Respecto de la imputación y las últimas modificaciones legales, vid. ARMENGOT VILAPLANA, Alicia, «La imputación en el proceso penal: algunas cuestiones fundamentales y otras problemáticas», en *Revista General de Derecho*, Iustel, 29 de junio de 2004, www.iustel.com, *passim*.

²⁵¹ ESCUSOL BARRA, Eladio, *El procedimiento penal para causas ante el Tribunal del Jurado. Estudio sistemático-práctico del procedimiento*, Colex, Madrid, 1996, pp. 114-120; DEL OLMO DEL OLMO, José Antonio, *Garantías...*, *cit.*, pp. 250-252.

provisional (art. 641 de la LECrim). En virtud de este auto se declararía «presunto reo de un delito»²⁵² al imputado.

Pues bien, cada de una de estas notificaciones de imputación a partir del primer momento del proceso son las que dotarán de legitimidad y validez, desde el punto de vista del derecho de defensa, a la acusación formal (tanto provisional como definitiva) que se dirija en contra del imputado, la cual también en último término deberá ser puesta en conocimiento del acusado.

Finalmente, hay otros requisitos de la acusación formal, aparte la notificación de la imputación previa, que se refieren a la forma de la acusación misma. Así, se exige que la acusación sea cierta y explícita, lo cual implica la exclusión de las acusaciones que se presumen o implícitas²⁵³, siendo éste el criterio que ha mantenido invariablemente la jurisprudencia²⁵⁴.

La doctrina también suele hablar de que la acusación informada al acusado debe cumplir con requisitos semejantes a los anteriores, como cuando exige que sea clara, expresa y completa²⁵⁵, requisitos que apuntan siempre a la necesidad de que la defensa del acusado conozca integral y certeramente los elementos objeto del proceso y del debate en el juicio oral.

²⁵² ESCUSOL BARRA, Eladio, *El procedimiento...*, cit., p. 117.

²⁵³ ASECIO MELLADO, José María, *Principio acusatorio...*, cit., p. 96; ARMENTA DEU, Teresa, *Principio acusatorio...*, cit., p. 71.

²⁵⁴ Entre muchas, las siguientes SSTC: Sentencia de 17 de diciembre de 1986, Sala Primera, ponente Tomás y Valiente (BDA, m. RTC 1986\163); Sentencia de 25 de junio de 1992, Sala Primera, ponente Leguina Villa (BDA, m. RTC 1992\100); Sentencia de 28 de noviembre de 1994, Sala Primera, ponente Cruz Villalón (BDA, m. RTC 1994\319); Sentencia de 16 de diciembre de 1997, Sala Primera, ponente Ruiz Vellido (BDA, m. RTC 1997\230).

²⁵⁵ BETTIOL, Giuseppe, *Instituciones de Derecho penal y Procesal penal*, Bosch, Barcelona, 1977 (traducción Gutiérrez-Alviz y Conradi), p. 255; MAIER, Julio, *Derecho procesal penal*, tomo I, Editorial del Puerto, Buenos Aires, 1996, pp. 560-562; ASECIO MELLADO, José María, *Principio acusatorio...*, cit., p. 96; ARMENTA DEU, Teresa, *Principio acusatorio...*, cit., p. 71.

2.3.2. Objeto de la información. Contenidos sobre los que recae el derecho a ser informado en las calificaciones provisionales

Que la acusación deba ser notificada al acusado no nos dice mucho por sí mismo sobre lo que se pone en conocimiento del acusado a través de la notificación. Para ello hay que tener en cuenta que en la acusación concurren una serie de contenidos de distinta naturaleza, que antes hemos señalado y que ahora conviene recordar, ya que que son estos los que se ponen en conocimiento del acusado.

Tal cual hemos dicho, el derecho a ser informado de la acusación nos interesa con relación a la acusación formal, de modo que hay que atender al contenido de los actos acusatorios que revisten esta calidad, para determinar el contenido del derecho a ser informado de la acusación (*strictu sensu*).

El art. 650 de la LECrim²⁵⁶, que regula el contenido de la calificación provisional, dispone básicamente que ésta debe señalar la descripción de un hecho punible, calificado penalmente e imputado al acusado, en virtud del cual se pide una consecuencia penal determinada para éste.

Concordando la norma anterior, que establece los contenidos de la acusación, con la que manda dar traslado a la defensa de la acusación para que tomen conocimiento de su contenido y puedan realizar su defensa (arts 652 y 784.1 y 2 de la LECrim), se desprende que los elementos que deben ser informados al acusado, son los siguientes:

²⁵⁶ «Art. 650. El escrito de calificación se limitará a determinar en conclusiones precisas y numeradas:»

«1º Los hechos punibles que resulten del sumario».

«2º La calificación legal de los mismos hechos, determinando el delito que constituyan».

«3º La participación que en ellos hubieren tenido el procesado o procesados, si fueren varios».

«4º Los hechos que resulten del sumario y que constituyan circunstancias atenuantes o agravantes del delito o eximentes de responsabilidad criminal».

«5º Las penas en que hayan incurrido el procesado o procesados, si fueren, por razón de su respectiva participación en el delito (...)». La disposición además hace referencia a la pretensión civil que debe ser deducida por el acusador particular o por el MF cuando sostengan la acción civil.

1º El hecho o hechos punibles de la acusación²⁵⁷, fijándose en este momento por primera vez el objeto del proceso para el juicio oral, razón por la cual estos hechos en su esencia ya no podrán ser modificados en las conclusiones definitivas.

2º Demás hechos con trascendencia jurídico-penal, que no forman parte del objeto del proceso (sólo el hecho punible imputado), pero sí son parte del objeto del debate.

3º La calificación jurídica completa del hecho punible y de los otros hechos, y la petición de pena. Aunque estos elementos de la acusación no vinculan ni limitan al juzgador en el ejercicio de sus facultades de aplicación del Derecho penal y de individualización de la pena —como tendremos ocasión de demostrar a lo largo de este trabajo— es claro que sobre ellos ha de producirse debate contradictorio.

En lo relativo a la amplitud de la información sobre la calificación del hecho punible y de los otros hechos, éste abarca el título de condena, el grado de ejecución, la forma de participación y las circunstancias agravantes²⁵⁸. Esto es, comprende la calificación de todos los extremos fácticos de la acusación que provocan una consecuencia penal negativa para el imputado²⁵⁹. Éste ha sido el criterio de la doctrina²⁶⁰ y la jurisprudencia²⁶¹.

²⁵⁷ ARMENTA DEU, Teresa, *Principio acusatorio...*, cit., p. 70; PLANCHADELL GARGALLO, Andrea, *El derecho fundamental...*, cit., pp. 162-163.

²⁵⁸ ARMENTA DEU, Teresa, *Principio acusatorio...*, cit., p. 71, nota al pie nº 226; PLANCHADELL GARGALLO, Andrea, *El derecho fundamental...*, cit., p. 116.

²⁵⁹ BETTIOL, Giuseppe, *Instituciones...*, cit., pp. 255-256.

²⁶⁰ ARMENTA DEU, Teresa, *Principio acusatorio...*, cit., pp. 70-71; BANACLOCHE PALAO, Julio, «El derecho a ser informado de la acusación», cit., pp. 187-190; PLANCHADELL GARGALLO, Andrea, *El derecho fundamental...*, cit., p. 163.

²⁶¹ STC de 10 de abril de 1981, Sala Primera, ponente Latorre Segura (BDA, m. RTC 1981\12); STC de 23 de noviembre de 1983, Sala Segunda (BDA, m. RTC 1983\105). Estas dos sentencias del TC son la que sientan en España esta doctrina y recogen la doctrina del TEDH establecida en el caso DELCOURT, STEDH de 17 de enero de 1970. Con posterioridad el TEDH ha vuelto a confirmar la doctrina en el caso PÉLLISIER y SASSI, STEDH 1999\10 de 25 de marzo. Más adelante desarrollamos detalladamente la jurisprudencia.

4º Conocimiento del material probatorio en que se funda la acusación²⁶². La doctrina ha puesto de relieve que el eficaz ejercicio del derecho de defensa supone el conocimiento previo del material probatorio²⁶³.

2.3.3. Derecho a ser informado de las calificaciones o conclusiones definitivas

Los acusadores, una vez practicada la prueba, pueden elevar las calificaciones provisionales a definitivas si no tienen necesidad de modificarlas en razón del resultado probatorio, en cuyo caso no hay problema. Pero puede acontecer que de la práctica de la prueba resulte la conveniencia para el acusador de modificar las calificaciones provisionales en las calificaciones o conclusiones definitivas, lo cual se puede hacer siempre que se mantenga invariable el hecho punible en su esencia y el sujeto acusado, en los términos que antes expusimos.

Si consideramos que las calificaciones definitivas son el término de comparación de la sentencia, por ser las que constituyen la última y más depurada definición del objeto del proceso y del objeto del debate (y teniendo en cuenta la eventual integración con los informes finales en caso de planteamiento de tesis), se ha de concluir que el derecho a conocer la acusación se extiende a su contenido, en virtud del respeto a la vigencia del derecho de defensa y del debate contradictorio, ya que en caso contrario se pondría en situación de indefensión al acusado²⁶⁴ a causa de no poder ejercer el derecho de defensa al no tener cierto y pleno conocimiento de la acusación.

No obstante, el conocimiento de la acusación en su forma más depurada, sólo es requisito previo para poder defenderse. La defensa y contradicción real y concreta implica, además del conocimiento previo de la acusación, contar con un momento procesal oportuno y suficiente para defenderse efectivamente, y, si es necesario, poder hacer aportaciones de prueba. En cuanto a contar con un momento procesal oportuno y

²⁶² ASECIO MELLADO, José María, *Principio acusatorio...*, cit., p. 96; CAROCCA PÉREZ, Alex, *Garantía constitucional...*, cit., p. 293.

²⁶³ Y por eso mismo han hecho notar que la posibilidad de proposición de prueba en el desarrollo del juicio oral mismo, que se preveía en el antiguo art. 793.2 (actual 786.2) para el procedimiento abreviado, puede llegar a afectar el derecho de defensa y podría infringir, en nuestra opinión, el derecho a ser informado de la acusación en este último aspecto. *Ibid. cit. supra*.

²⁶⁴ PLANCHADELL GARGALLO, Andrea, *El derecho...*, cit., pp. 165-166.

suficiente, en el procedimiento ordinario la LECrim no prevé cómo se debe proceder en caso de que el acusador modifique la calificación provisional en las calificaciones definitivas del art. 732. En la práctica judicial, sin embargo, se suspende la vista durante el tiempo necesario para la redacción tanto de las conclusiones como de la defensa a esa acusación modificada en conclusiones²⁶⁵.

La suspensión de la vista en principio asegura el debate contradictorio sobre las modificaciones introducidas, pero deja sin solución la eventual necesidad de articular una defensa completa que requiera no sólo de la posibilidad de esgrimir nuevas alegaciones, sino además de prueba. Respecto a la aportación de prueba, ni la previsión normativa en el caso del art. 732 ni la práctica judicial contempla ninguna posibilidad de aportación de prueba, de modo que, como dice ORTELLS RAMOS²⁶⁶, la LECrim en esta parte «se inclina, en definitiva, por la elasticidad de las alegaciones, pero mantiene la rigidez de la preclusión en las aportaciones de prueba, al menos en cuanto no prevé específicamente que éstas sean admisibles para contrarrestar ciertas versiones de los hechos, ahora afirmadas, pero que en calificaciones provisionales no aparecían o no estaban suficientemente definidas».

Y añade el mismo autor: «Ese defecto de la estructura procedimental acaba por lesionar al principio de contradicción, porque la contradicción efectiva frente a una nueva alegación de hecho, puede no consistir sólo en rebatir argumentativamente, en los informes, que haya resultado probada, sino también en articular prueba en contra».

Justo lo contrario acontece en el procedimiento abreviado, ya que conforme al art. 788.4 se dispone que en caso de modificación de la calificación en las conclusiones definitivas por cambio de tipificación, o por estimar en definitiva una forma de participación más grave o un mayor grado de ejecución, o alguna circunstancia de agravación de la pena, el juez podrá suspender (o aplazar como dice la ley) la sesión hasta por diez días, a petición de la defensa, a fin de que ésta pueda preparar adecuadamente sus alegaciones y, en su caso, aportar los elementos probatorios y de descargo.

²⁶⁵ GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis, *Derecho jurisdiccional, III. Proceso penal, cit.*, séptima edición, p. 248; TOMÉ GARCÍA, José Antonio, *Derecho procesal penal, cit.*, cuarta edición, p. 528; PLANCHADELL GARGALLO, Andrea, *El derecho fundamental...*, *cit.*, p. 166.

²⁶⁶ ORTELLS RAMOS, Manuel, «Principio acusatorio...», *cit.*, p. 790.

El art. 788.4 del procedimiento abreviado contiene una protección perfecta desde el punto de vista del tratamiento integral de todas las hipótesis necesitadas de cobertura, al abrir la posibilidad a la defensa, frente a cambios en calificaciones definitivas, de pedir al Juez o Tribunal la suspensión del juicio para aportar nueva prueba. La norma gramaticalmente la establece como una facultad, pues dice que el Juez o Tribunal podrá concederlas, sin embargo, coincidimos con ALMAGRO NOSETE²⁶⁷ en tanto consideramos que en realidad se trata de un poder-deber, estando obligado el órgano jurisdiccional a conceder la suspensión siempre que se presente la solicitud en las hipótesis legales previstas.

A nuestro juicio, la disposición del art. 788.4 (que otorga una cobertura más exhaustiva al derecho de defensa que la del procedimiento ordinario por delitos graves) debería ser interpretada extensivamente y extender su aplicación al procedimiento ordinario por delitos graves, ya que si rige en el procedimiento abreviado, también debe regir para el caso del procedimiento ordinario que se sigue por delitos más graves que los del procedimiento abreviado, de manera que en el procedimiento ordinario exista un rango de vigencia de las garantías procesales, como mínimo, equivalente a las del procedimiento abreviado, con lo cual se ha de concluir que es menester reconocer la posibilidad de aplazamiento a fin de dar la oportunidad de preparar adecuadamente la defensa y, en su caso, aportar elementos probatorios y de descargo.

2.3.4. El derecho a ser informado de la tesis de desvinculación

Podría pensarse que el derecho a ser informado de la acusación sólo dice relación con los actos de acusación formal, en los términos que se ha indicado precedentemente, y como parece insinuar el mismo derecho que alude a la información de la «acusación». Sin embargo, la información debida para una exhaustiva defensa no estará completa mientras no se tenga en cuenta la potestad jurisdiccional de *iura novit curia*, es decir, la potestad del juez de aplicar el Derecho objetivo al caso concreto independiente de la concreta norma jurídica invocada en los actos procesales de petición de parte.

²⁶⁷ ALMAGRO NOSETE, José, *El nuevo proceso penal* (con Moreno Catena, Cortés Domínguez y Gimeno Sendra), Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, pp. 136-137.

Estos poderes ejercidos directamente sin ningún tipo de condicionamiento pueden ocasionar indefensión, ya que el debate contradictorio desplegado por las partes sobre el Derecho aplicable, puede ser desestimado totalmente por el juzgador, siendo él mismo quien establezca de oficio el Derecho aplicable, el cual en dicho caso sería distinto al que se debatió en juicio. Sólo en sentencia definitiva se adquiriría completo conocimiento de la totalidad de las consideraciones jurídicas que tuvo en cuenta el juzgador para resolver²⁶⁸, con el consiguiente efecto sorpresa y causación de indefensión.

El efecto de indefensión que puede provocar el ejercicio de la potestad del *iura novit curia* es evidente. Por dicha razón se ha previsto la técnica destinada a evitar este efecto, conocida como el planteamiento de la tesis de desvinculación. Así, si una vez practicada la prueba y realizadas las conclusiones definitivas y la defensa, ocurre que el juzgador discrepa de las calificaciones realizadas o entiende posible otra calificación, debe plantearlo, poniendo en conocimiento de las partes esa tesis calificatoria preferentemente jurídica²⁶⁹, para que debatan sobre ella, ya que es posible que esa cuestión se tenga en cuenta en la sentencia definitiva, a pesar de no haber sido alegada directamente por las partes, en razón de los poderes de oficio que la ley le concede al juez para la determinación del Derecho aplicable al caso concreto.

Tocante a su naturaleza, consideramos que no es una acusación sino simplemente el acto procesal judicial por medio del cual se pone en conocimiento de las partes todas las consideraciones jurídicas que el mismo juzgador tendrá en cuenta a la hora de resolver, y por tal razón la tesis de desvinculación del juzgador es informada y sometida a contradicción igual como se hace con los actos de acusación, dado que en ella, al igual que en los actos de obtención de las partes, se expresa una posible calificación de los hechos en cualquiera de sus aspectos: tipo penal, participación, ejecución, circunstancias modificatorias o eximentes, todas las cuales entran a ser parte de la totalidad de posibilidades de decisión que baraja el juzgador en sentencia. Por lo tanto, la tesis de desvinculación en cuanto información sobre posibles calificaciones no

²⁶⁸ ORTELLS RAMOS, Manuel, «Principio acusatorio...», *cit.*, pp. 784-785.

²⁶⁹ Aunque es posible que la tesis tenga apoyatura en un hecho no sustancial no incluido en la acusación o en la defensa y que sirva de base a una calificación jurídica nueva.

es otra cosa que el medio adecuado para preservar la debida contradicción²⁷⁰ sobre todos los elementos que en definitiva conforman el objeto del debate²⁷¹, constituyendo un auténtico presupuesto de eficacia de los poderes de oficio del juzgador²⁷².

La Exposición de Motivos de la LECrim, sin embargo, vio en la tesis del art. 733 una merma de la vigencia del principio acusatorio. Esta afirmación se apoyó en una concepción extrema del principio acusatorio, en virtud de la cual este principio imponía al juzgador el sometimiento a todos los elementos de la acusación sin distinguir entre el contenido fáctico y el jurídico. La tesis en este caso era concebida como una merma necesaria del principio acusatorio para evitar, frente a calificaciones erróneas del acusador, el pronunciamiento de absoluciones, puesto que de lo contrario ello conducía a aceptar márgenes de impunidad amparados legalmente, habida cuenta de la plena vigencia del *non bis in idem* (definido sólo por el hecho), que hacía imposible un nuevo proceso penal por los mismos hechos que motivaron la absolución por error calificadorio²⁷³.

Frente a esta concepción cabe señalar justamente lo contrario, pues, conforme a la doctrina más autorizada²⁷⁴, el principio acusatorio se define a partir de un contenido fáctico, con lo cual la tesis, antes que una merma del principio acusatorio, constituye una afirmación del mismo en cuanto parte del reconocimiento de la inmutabilidad del hecho punible introducido por el acusador (nunca por el juzgador)²⁷⁵, eso sí,

²⁷⁰ ORTELLS RAMOS, Manuel, «Principio acusatorio...», *cit.*, p. 784.

²⁷¹ *Vid.* los apartados dedicados a la pretensión procesal penal y el objeto del debate.

²⁷² *Vid.* más adelante los apartados dedicados al uso de la tesis.

²⁷³ Ésta es la fundamentación que se expresa claramente en la Exposición de Motivos de la LECrim.

²⁷⁴ Ésta es la doctrina sustentada por la mayoría de los autores más autorizados. Entre muchos, GÓMEZ ORBANEJA, Emilio, *Comentarios...*, *cit.*, tomo II, pp. 291-301; CORTÉS DOMÍNGUEZ, *La cosa juzgada penal*, *cit.*, capítulo I; ORTELLS RAMOS, Manuel, «Principio acusatorio...», *cit.*, pp. 792-793; MONTERO AROCA, Juan, *Principios del proceso penal...*, *cit.*, pp. 25-30; DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, *Derecho procesal penal*, *cit.*, cuarta edición, pp. 42-45; ARMENTA DEU, Teresa, *Principio acusatorio...*, *cit.*, pp. 44 y ss; GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis, *Derecho jurisdiccional, III. Proceso penal*, *cit.*, séptima edición, pp. 264-265.

²⁷⁵ GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis, *Derecho jurisdiccional, III. Proceso penal*, *cit.*, séptima edición, pp. 264-265; PLANCHADELL GARGALLO, Andrea, *El derecho fundamental...*, *cit.*, p. 168.

reconociendo que la labor de adjudicación normativa que hay en la sentencia penal le corresponde al juzgador.

En cuanto a las hipótesis necesitadas de tesis, diremos sumariamente —pues será objeto de análisis posterior— que debe plantearse en toda cuestión jurídica que produzca un efecto de consecuencias penales. De esta manera, la tesis abarca a los tipos agravados, al mayor grado de ejecución, a las más graves formas de participación, a las circunstancias agravantes, a la apreciación de concursos penales. Pero también debiera extenderse a las circunstancias *favor rei*, incluidas atenuantes y eximentes, según se intentará probar²⁷⁶.

A. *La tesis del art. 733 y la necesidad de otorgar a las partes la oportunidad de formular nuevas alegaciones y la aportación de nueva prueba*

Como antes hemos señalado, el derecho de defensa no se satisface sólo con la información de los actos de pretensión y de la tesis, siendo esto en realidad únicamente el supuesto previo para que la defensa sea posible. El derecho de defensa exige además la existencia de oportunidad procesal adecuada para formular alegaciones y aportar las pruebas correspondientes²⁷⁷. La tesis regulada en el art. 733, como forma de tutelar el derecho de defensa y el principio de contradicción, de acuerdo a los términos en que la hemos expuestos, presenta cierto déficit que resulta necesario poner de relieve y resolver.

Las previsiones normativas contenidas en la norma indicada no satisfacen totalmente el derecho de defensa, como bien ponen de manifiesto ORTELLS RAMOS²⁷⁸, CORTÉS DOMÍNGUEZ²⁷⁹ y ASECIO MELLADO²⁸⁰. En efecto, el art.

²⁷⁶ Vid. apartado 7, IV, Sección Segunda, Capítulo II.

²⁷⁷ Vid. FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*, cit., p. 613; ORTELLS RAMOS, Manuel, «Principio acusatorio...», pp. 788-792; CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, *El nuevo proceso penal* (con Moreno Catena, Almagro Nosete y Gimeno Sendra), Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, pp. 218-220; ASECIO MELLADO, José María, «Principio acusatorio...», pp. 62-65; CAROCCA PÉREZ, Alex, *Garantía constitucional...*, cit., pp. 264-308.

²⁷⁸ ORTELLS RAMOS, Manuel, «Principio acusatorio...», pp. 788-792.

²⁷⁹ CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, *El nuevo proceso penal*, cit., pp. 218-220.

²⁸⁰ ASECIO MELLADO, José María, «Principio acusatorio...», pp. 62-65.

733, párrafo 4, prevé la suspensión del juicio para el caso de la tesis del juzgador, pero no contempla la posibilidad de nueva aportación de prueba, a diferencia de lo que acontece en el procedimiento abreviado frente a cambios de calificación realizados por la parte en las conclusiones definitivas (art. 793.7). Esto no deja de tener importancia, especialmente porque el uso de la tesis no sólo permite al juzgador hacer calificaciones distintas de las que se realizan en la acusación sobre los mismos hechos, sino porque también le habilita para hacer calificaciones sobre la base de la introducción de oficio de hechos no sustanciales²⁸¹ que se desprenden de la práctica de la prueba y que dan lugar a esa calificación jurídica específica, como ser una agravante, o un tipo agravado, o un mayor grado de ejecución, o una distinta participación delictiva, o una atenuante o eximente²⁸².

Cabe cuestionarse entonces el estado de observancia de los derechos de defensa (contradicción y prueba en los términos más amplios) caso de no producirse una suspensión que permita a las partes formular nuevas alegaciones y «contra-probar»²⁸³ en los términos que corresponda.

Una solución propuesta para esta cuestión consiste en utilizar la vía de la instrucción sumaria suplementaria del art. 746.6. Así, ante un cambio fáctico durante el juicio (fruto de revelaciones o retractaciones) sobre el cual se pueda sostener en sentencia un cambio de calificación sustancial, como, por ejemplo, un cambio de título delictivo o la estimación de circunstancias modificativas, de eximentes, de distintos grados de ejecución o de distinta forma de participación, habría de efectuarse una instrucción suplementaria y, luego de evacuada la instrucción, las partes tendrían la posibilidad de formular nuevas alegaciones y de practicar prueba conforme a ellas²⁸⁴. A nuestro juicio esta solución no es necesaria, ya que bastaría con integrar el texto del art. 733 con la norma del art. 788.4 del procedimiento abreviado para resolver el problema.

²⁸¹ Vid. VERGER GRAU, Joan, *La defensa del imputado...*, cit., p. 143.

²⁸² Esto es puesto en evidencia por GÓMEZ ORBANEJA, Emilio, *Comentarios...*, cit., tomo II, p. 315; SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, «Información...», cit., p. 786; VERGER GRAU, Joan, *La defensa del imputado...*, cit., p. 157.

²⁸³ GÓMEZ ORBANEJA, Emilio, *Comentarios...*, cit., tomo II, p. 315.

²⁸⁴ Vid. VERGER GRAU, Joan, *La defensa del imputado...*, cit., pp. 157-163.

Al considerar lo dicho a propósito de las modificaciones en calificaciones definitivas, y haciendo aplicación de la misma lógica, estimamos²⁸⁵ que la norma del art. 788.4 debería ser aplicada en la interpretación del art. 733 para el procedimiento ordinario, con el fin de evitar un régimen diferente de tutela del derecho de defensa cuando la tesis de distinta calificación sea sostenida por el tribunal tras la calificación definitiva²⁸⁶. Es decir, en el caso que la tesis de calificación sea propuesta por el juez, debiera aplicarse tanto la posibilidad de suspensión como de prueba en los términos del art. 788.4 de la LECrim, caso que se quiera hacer una integración analógica de las normas procesales. O sea, una integración que deduzca de la norma una regulación con unos derechos y oportunidades análogos dentro del sistema procesal en su conjunto, cuando se trata de situaciones jurídicas equivalentes.

B. La exigencia de asunción de la tesis para que el juzgador pueda dictar sentencia conforme a ella

Con respecto al sentido y contenido de la tesis, hay cierta jurisprudencia del TS²⁸⁷ y doctrina²⁸⁸ que tienden a considerar que la tesis no es otra cosa que una acusación

²⁸⁵ Vid. ASENCIO MELLADO, José María, *Principio acusatorio...*, cit., pp. 99-100; PORTERO GARCIA, Luis, REIG REIG, José y MARCHENA GÓMEZ, Manuel, *Comentarios a la Reforma Procesal Penal de la Ley Orgánica 7/1988*, segunda edición, La Casa del Abogado, Bilbao, 1989, p. 94.

²⁸⁶ De esta posición ORTELLS RAMOS, Manuel, «Principio acusatorio...», pp. 790-792, y ASENCIO MELLADO, José María, *Principio acusatorio...*, cit., pp. 64-65.

²⁸⁷ SSTS: Sentencia de 1 de diciembre de 1987, Sala de lo Penal, ponente Ruiz Vadillo (BDA, m. RJ 1987\9515); Sentencia de 3 de noviembre de 1988, Sala de lo Penal, ponente García Ancos (BDA, m. RJ 1988\8959); Sentencia de 25 de octubre de 1989, Sala de lo Penal, ponente Montero Fernández-Cid (BDA, m. RJ 1989\8477); Sentencia de 11 de diciembre de 1989, Sala de lo Penal, ponente Ruiz Vadillo (BDA, m. RJ 1989\9520); Sentencia de 7 de febrero de 1990, Sala de lo Penal, ponente Ruiz Vadillo (BDA, m. RJ 1990\1290); Sentencia de 23 de mayo de 1990, Sala de lo Penal, ponente Ruiz Vadillo (BDA, m. RJ 1990\4413); Sentencia de 21 de septiembre de 1990, Sala de lo Penal, ponente Delgado García (BDA, m. RJ 1990\7208); Sentencia de 6 de noviembre de 1990, Sala de lo Penal, ponente Montero Fernández-Cid (BDA, m. RJ 1990\8673); Sentencia de 4 de diciembre de 1990, Sala de lo Penal, ponente Delgado García (BDA, m. RJ 1990\9410); Sentencia de 4 de abril de 1997, Sala de lo Penal, ponente Móner Muñoz (BDA, m. RJ 1997\2699); Sentencia de 18 de febrero de 1999, Sala de lo Penal, ponente Granados Pérez (BDA, m. RJ 1999\1175); Sentencia de 10 de mayo de 1999, Sala de lo Penal, ponente Conde-Pumpido Tourón (BDA, m. RJ 1999\3803); Sentencia de 8 de octubre de 1999, Sala de lo Penal, ponente Ramos Gancedo (BDA, m. RJ 1999\8118); Sentencia de 9 de julio de 2003, Sala de lo Penal, ponente Marañón Chávarri (BDA, m. RJ 2003\6897).

propuesta por el juzgador, de modo que si no es asumida por el o los acusadores, el tribunal no puede dictar sentencia conforme a ella sin perder la imparcialidad, al asumir la doble función de acusador y juzgador.

No nos parece adecuada esta conceptualización por todo lo dicho precedentemente, en el sentido de que la tesis en nuestro concepto no es una acusación, sino sencillamente un acto judicial que reafirma los poderes de oficio de calificación jurídica del juzgador, pero sujetos a un presupuesto de eficacia consistente en el sometimiento de todas las consideraciones jurídicas que el juzgador tendrá en cuenta para resolver el caso²⁸⁹, con lo cual se procura que en el ejercicio de los mismos no se cause indefensión.

La opinión contraria, además de suponer que la tesis afecta a la vigencia del principio acusatorio en cuanto el juez actuaría como acusador (cuestión que no compartimos), implica la reformulación del derecho de defensa y de la proscripción de la indefensión. La idea subyacente en esta doctrina y jurisprudencia es que en virtud de la vigencia del derecho de defensa y de la proscripción de la indefensión se desprendería que el juzgador no puede agravar²⁹⁰ las consecuencias penales más allá de lo que «pretende» el acusador, de manera que si éste no asume la tesis agravatoria propuesta por el tribunal, éste no puede recogerla en su sentencia.

²⁸⁸ IBÁÑEZ GARCÍA-VELASCO, Miguel, *Curso de Derecho procesal penal*, Edit. Universidad de Madrid, 1969, pp. 11-12; MARTÍNEZ ARRIETA, Andrés, *La nueva concepción...*, *cit.*, pp. 61-75; GIMENO SENDRA, Vicente, *Fundamentos...*, *cit.*, p. 204, nota a pie de página 285, aunque con posterioridad rectifica su posición.

²⁸⁹ ORTELLS RAMOS, Manuel, «Correlación...», *cit.*, pp. 535-548; DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, «Disponibilidad del objeto...», *cit.*, pp. 9862-9899. También en *Derecho procesal penal*, *cit.*, pp. 564-572.

²⁹⁰ Obsérvese que la jurisprudencia y la mayoría de la doctrina exigen la tesis sólo en las hipótesis de agravación, no en la de atenuación o exención. *Vid.* apartado 7, IV, Sección Segunda, Capítulo II.

2.3.5. (Continuación) Crítica del derecho de defensa (de no agravación punitiva) como base de la teoría de la máxima vinculación del juzgador a la acusación. Problema de vigencia del principio de legalidad penal sustantiva

Cierta corriente jurisprudencial²⁹¹, como es bien sabido, sostiene el criterio de la máxima vinculación del juzgador a la acusación, precisamente a la pretensión acusatoria como máximo punitivo. De este modo lo ha entendido una ya dilatada jurisprudencia del TS²⁹², y últimamente en forma expresa e inequívoca la misma Ley, art. 789.3 (procedimiento abreviado). Sin embargo, buena parte de la doctrina ha insistido permanentemente en el rechazo a la tesis de la máxima vinculación. Ese rechazo se ha fundado en dos argumentos distintos²⁹³, pero que han sido utilizados con cierta imprecisión por alguna parte de ella²⁹⁴, en cuanto los han confundido en un solo

²⁹¹ Que ha logrado algún apoyo en la doctrina, así IBÁÑEZ GARCÍA-VELASCO, Miguel, *Curso...*, cit., pp. 11-12; MARTÍNEZ ARRIETA, Andrés, *La nueva concepción...*, cit., pp. 90 y ss. También en algún momento GIMENO SENDRA, Vicente, *Fundamentos...*, cit., p. 204, nota a pie de página 285.

²⁹² *Vid.* apartado «Planteamiento de la tesis y asunción de la misma por las partes. Una conclusión de la jurisprudencia del Tribunal Supremo fruto de la asimilación del acusatorio y el derecho de defensa».

²⁹³ ORTELLS RAMOS, Manuel, «Principio acusatorio...», cit., pp. 792-796; también, entre otros, ARMENTA DEU, Teresa, *Principio acusatorio...*, cit., pp. 67 y ss. Por su parte ASENSIO MELLADO, José María, *Principio acusatorio...*, cit., p. 94, dice: «En resumen, una cosa es el principio acusatorio básicamente representado por el axioma *nemo iudex sine actore*, que da lugar a que la acusación siempre lo haya de ser por un órgano distinto al Juez que ha de fallar generando, coherentemente, la vinculación judicial al objeto procesal definido por la pretensión, y el cual podrá en todo caso ser integrado, minorado o modificado dentro de sus límites sin merma alguna de su entidad y sin que ello signifique reminiscencia inquisitiva de ningún tipo, y otra cosa distinta es el derecho de defensa cuya eficacia requiere que el acusado pueda manifestar y producir todas las pruebas que estime necesarias a su interés respecto de este objeto en su conformación inicial y sucesiva».

²⁹⁴ Por ejemplo, ARMENTA DEU, Teresa, *Principio acusatorio...*, cit., pp. 67 y ss., cuando dice: «Algunos autores y una creciente jurisprudencia del Tribunal Supremo trasladan 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. La identificación acusatorio-derecho de defensa conduce en tal supuesto a entender vulnerado el principio acusatorio ante cualquier modificación agravatoria llevado a cabo por el Tribunal».

Más adelante agrega: «La errónea equiparación entre sistema acusatorio y derecho de defensa -en la línea defendida a lo largo de todo este trabajo- pone una vez más de manifiesto la asimilación a que se tiende hoy en día entre proceso civil y proceso penal. Se traslada, así, en ocasiones, el contenido y

argumento, siendo a nuestro parecer dos razones distintas para rechazar la teoría de la máxima vinculación del juzgador a la acusación.

Por una parte está el argumento que rechaza la doctrina de la máxima vinculación, basado en la explicación de que en el proceso penal no existe una pretensión penal que suponga disposición del derecho de penar por parte del acusador, derecho que en realidad no le corresponde, razón por la cual se afirma que la teoría de la máxima vinculación constituye un fenómeno de asimilación del proceso penal a las categorías procesales civiles que no hay que permitir. Sin embargo, este argumento es más retórico que real puesto que actualmente nadie sostiene que el titular del derecho (poder) de penar sea el acusador, incurriendo en la asimilación civilista de titularidad del derecho subjetivo privado que es lo que se critica²⁹⁵. En consecuencia, este fundamento para rechazar la teoría de la máxima vinculación se presenta como poco decisivo, ya que refuta un argumento que no es el que se esgrime para fundar la tesis combatida.

Lo que explica en realidad la teoría de la máxima vinculación sobre todo en su ya larga formulación jurisprudencial es la *reformulación* del derecho de defensa como garantía procesal. En efecto, la estricta vinculación predicada por la jurisprudencia o por la Ley no se basa en la combatida asimilación civilista de lo que debe ser la pretensión y la titularidad del derecho a castigar, sino en una nueva visión de la defensa. Tras la exigencia de vinculación hay una preocupación exquisita por el derecho de defensa entendido ya no solamente como la garantía que asegura a las partes el debate contradictorio sobre todo el contenido de la acusación, sino que además con un contenido material, como una verdadera garantía penal sustantiva de no agravación punitiva que actúa limitando el poder punitivo jurisdiccional²⁹⁶, lo cual ha llevado a la asimilación del derecho de defensa con el principio acusatorio.

significado de las instituciones del primero al segundo, olvidando la trascendental diferencia que marca la disponibilidad de los derechos o su falta, en uno y otro».

²⁹⁵ Hace tiempo y sólo en cierto sentido ROCCO, Arturo, *L'oggetto del reato...*, cit., pp. 498-529.

²⁹⁶ Ejemplos de lo que significa el derecho de defensa (como no agravación punitiva) en esta doctrina, pueden verse entre muchas, la STS de 18 de febrero de 1999, Sala de lo Penal, ponente Granados Pérez (BDA, m. RJ 1999\1175), y la STS de 9 de julio de 2003, Sala de lo Penal, ponente Marañón Chávarri (BDA, m. RJ 2003\6897).

El argumento de la confusión del derecho de defensa con el principio acusatorio²⁹⁷ pone el énfasis de la crítica en que la doctrina que sustenta la máxima vinculación lo hace sobre la base de una ampliación del derecho de defensa convirtiéndolo en el elemento definidor e identificador del principio acusatorio, pero asumiendo que el fundamento de la correlación en el proceso penal no se halla en la disposición a través de la pretensión del poder punitivo, de manera que para poder justificar una estricta vinculación y obtener el encorsetamiento del juzgador mediante el sometimiento a estrechos márgenes hacen primar el derecho de defensa por sobre el principio acusatorio en sentido estricto. La facultad de determinar lo que en Derecho corresponde en el caso concreto se limitaría no por el juego de la disposición del derecho de castigar, sino por la proscripción de la indefensión (o de no agravación punitiva) pero llevada al extremo de hacerla prevalecer en forma absoluta sobre los poderes de oficio del juez, constituyéndose en su verdadero límite y no en condición de ejercicio de los mismos²⁹⁸. Resulta, en otras palabras, que el derecho de defensa (de no agravación punitiva) viene a desplazar al principio acusatorio, imponiendo su contenido²⁹⁹. Por eso para esta teoría no bastaría el debate y la contradicción de la tesis que asegura el art. 733³⁰⁰, sino que además exige la asunción de la misma por algunas

²⁹⁷ Vid. RUIZ VADILLO, Enrique, «Algunas breves consideraciones sobre el sistema acusatorio y la interdicción constitucional de toda indefensión en el proceso penal», en *Revista Jurídica Española La Ley*, 1987, tomo 4, pp. 873-888, quien defiende la asimilación del acusatorio al derecho de defensa y por dicha razón estima que el órgano jurisdiccional se encuentra vinculado casi absolutamente a la acusación.

²⁹⁸ Para nosotros la tesis de desvinculación es un presupuesto de eficacia del uso posterior de las facultades jurisdiccionales de aplicación del Derecho.

²⁹⁹ Vid. RUIZ VADILLO, Enrique, «Algunas...», *cit.*, pp. 873-888.

³⁰⁰ Respecto de esta posición hace bastante tiempo se manifestó en contra GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Eduardo, «Correlación...», *cit.* p. 521, quien señala: «Se confunden aquí dos cosas. Una, la extensión del principio acusatorio, que ya ha quedado trazada, y otra, el derecho de defensa del imputado. Este último no se ve más protegido porque el juez tenga que atemperarse, como tope máximo de su sentencia, a la calificación; dependerá en todo caso, de que si el juez cree justo castigar por un delito distinto al imputado dé posibilidad al procesado de contestar y defenderse respecto a ese delito (o circunstancia agravatoria) no imputado, y por tanto no sometido a debate».

«En este sentido el planteamiento de tesis del artículo 733 tendría una finalidad de defensa, no de correlación entre acusación y sentencia, que depende no de la calificación, sino del mantenimiento por la segunda del mismo hecho punible imputado por la primera».

de las partes actoras³⁰¹. Se puede decir que la doctrina y jurisprudencia del TS³⁰² —y recientemente la Ley en el art. 789.3 de la LECrim— que sustentan estas ideas ven un doble límite para la aplicación del *ius puniendi* por parte de los órganos jurisdiccionales. El primero es la correlación referida al objeto del proceso conformado por los hechos (principio acusatorio) y el límite punitivo consistente en el máximo legal de la pena. Y el segundo se basaría en la imposibilidad de rebasar la acusación (no agravación), ni aun apoyado en la correcta aplicación del Derecho (*iura novit curia*), ello como manifestación de la aplicación del derecho de defensa (o de no agravación punitiva)³⁰³. La acusación notificada tendría una doble función: de una parte, informar al acusado de la totalidad de los elementos de que tratará el juicio dirigido en su contra, y, de otra, un rol de garantía de conocimiento de lo que se arriesga como máximo en él³⁰⁴.

³⁰¹ RUIZ VADILLO, Enrique, «Algunas...», *cit.*, p. 887.

³⁰² Son las SSTs: Sentencia de 1 de diciembre de 1987, Sala de lo Penal, ponente Ruiz Vadillo (BDA, m. RJ 1987\9515); Sentencia de 3 de noviembre de 1988, Sala de lo Penal, ponente García Ancos (BDA, m. RJ 1988\8959); Sentencia de 25 de octubre de 1989, Sala de lo Penal, ponente Montero Fernández-Cid (BDA, m. RJ 1989\8477); Sentencia de 11 de diciembre de 1989, Sala de lo Penal, ponente Ruiz Vadillo (BDA, m. RJ 1989\9520); Sentencia de 7 de febrero de 1990, Sala de lo Penal, ponente Ruiz Vadillo (BDA, m. RJ 1990\1290); Sentencia de 23 de mayo de 1990, Sala de lo Penal, ponente Ruiz Vadillo (BDA, m. RJ 1990\4413); Sentencia de 21 de septiembre de 1990, Sala de lo Penal, ponente Delgado García (BDA, m. RJ 1990\7208); Sentencia de 6 de noviembre de 1990, Sala de lo Penal, ponente Montero Fernández-Cid (BDA, m. RJ 1990\8673); Sentencia de 4 de diciembre de 1990, Sala de lo Penal, ponente Delgado García (BDA, m. RJ 1990\9410); Sentencia de 4 de abril de 1997, Sala de lo Penal, ponente Móner Muñoz (BDA, m. RJ 1997\2699); Sentencia de 18 de febrero de 1999, Sala de lo Penal, ponente Granados Pérez (BDA, m. RJ 1999\1175); Sentencia de 10 de mayo de 1999, Sala de lo Penal, ponente Conde-Pumpido Tourón (BDA, m. RJ 1999\3803); Sentencia de 8 de octubre de 1999, Sala de lo Penal, ponente Ramos Gancedo (BDA, m. RJ 1999\8118); Sentencia de 9 de julio de 2003, Sala de lo Penal, ponente Marañón Chávarri (BDA, m. RJ 2003\6897).

³⁰³ Algo parecido sostiene ASECIO MELLADO, José María, *Principio acusatorio...*, *cit.*, p. 66. «En efecto, la vinculación del Tribunal a las pretensiones de las partes se fundamenta en el principio acusatorio en un primer plano, representando la defensa un papel de sujeción *a posteriori*, esto es, impidiendo la condena ante variaciones no sustanciales de la pretensión pero agravatorias —y no sólo en el sentido punitivo— de la situación del imputado. Así, acusatorio y defensa son principios distintos pero sucesivos en cuanto a su operatividad, aunque cada cual actúa en su ámbito concreto de tutela del proceso con todas las garantías».

³⁰⁴ *Vid.* por ejemplo a GIMENO SENDRA, *Fundamentos...*, *cit.*, p. 204, nota a pie de página nº 285, en el que se plantea partidario de la vinculación al *petitum de* pena, aunque con posterioridad en *Derecho Procesal Penal*, *cit.*, segunda edición, pp. 216-219, rectifica su posición y sostiene la no vinculación. Dentro de la primera posición se puede citar también a MARTÍNEZ ARRIETA, Andrés, *La nueva concepción...*, *cit.*, p. 90.

Pues bien, esta forma de configurar la acusación y sus efectos vinculantes para el juzgador, la aproximan a los efectos que produce la pretensión en el proceso civil, pero esto no obedece a que en el proceso penal se sostenga una disponibilidad sobre el poder de castigar por parte del acusador, sino más precisamente al efecto de limitación del poder de castigar que se le atribuye al derecho de defensa del acusado, interpretado como no agravación punitiva, o sea, con naturaleza sustantiva penal. Por tal razón nos parece poco certero el argumento de la no disposición del derecho de penar, puesto que nadie sustenta que en el proceso penal, a diferencia de lo que acontece en el proceso civil, haya necesidad de congruencia de la sentencia con las pretensiones de las partes como consecuencia del reconocimiento del «derecho de disposición» sobre la relación jurídico-material invocada. Nadie cuestiona que en el proceso penal el acusador sólo tiene derecho al proceso, pero no un derecho a obtener una condena y la imposición de una pena equiparable al que tiene el pretensor civil, ya que en un Estado de Derecho moderno corresponde exclusivamente a los órganos jurisdiccionales el *ius puniendi*, de modo que no existiría ni derecho ni disposición sobre ese derecho por parte del acusador.

Ahora bien, esta *reformulación* del derecho de defensa expresada en una amplísima jurisprudencia³⁰⁵, que la entiende como un derecho a la no agravación punitiva, plantea una cuestión delicada acerca de la vigencia del principio de legalidad penal, y que estriba en que considerado el derecho de defensa como no agravación punitiva ello puede suponer en el caso concreto una directa limitación a la correcta aplicación del Derecho penal objetivo por el órgano jurisdiccional, de modo que la garantía de la defensa se impondría incluso a la legalidad penal sustantiva³⁰⁶. Así, por ejemplo, se ha llegado a establecer que en supuestos de petición de ciertas atenuantes por el acusador, el juzgador se halla en la necesidad de estimarlas y castigar dentro del marco punitivo

³⁰⁵ *Vid.* de los últimos años las siguientes SSTs: Sentencia de 18 de febrero de 1999, Sala de lo Penal, ponente Granados Pérez (BDA, m. RJ 1999\1175); Sentencia de 10 de mayo de 1999, Sala de lo Penal, ponente Conde-Pumpido Tourón (BDA, m. RJ 1999\3803); Sentencia de 8 de octubre de 1999, Sala de lo Penal, ponente Ramos Gancedo (BDA, m. RJ 1999\8118); Sentencia de 9 de julio de 2003, Sala de lo Penal, ponente Marañón Chávarri (BDA, m. RJ 2003\6897).

³⁰⁶ NOBILI, Massimo, «Principio di legalità e processo penale», en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1995, pp. 648-660, pone de relieve la tendencia en virtud de la cual el proceso somete, cada vez más, a una desnaturalización al Derecho penal sustantivo, cuestión que se manifiesta con especial fuerza sobre su principal fundamento teórico, como es el principio de legalidad sustantiva.

pedido por la acusación, ya que de lo contrario se causaría «indefensión»³⁰⁷. Acontece entonces que el juez debe aplicar una atenuante aunque la estime legalmente improcedente³⁰⁸.

2.3.6. El derecho del acusador a ser informado y a contradecir en los mismos términos que la defensa (principio de contradicción)

La garantía de la defensa no sólo corresponde al acusado, sino también al acusador, al menos en el sentido de poder contradecir en el proceso³⁰⁹.

De lo anterior, consecuentemente, se desprende que los actos de defensa deben ser puestos en conocimiento del acusador, con el fin de que éste tenga una posterior oportunidad de contradecir en toda su amplitud las alegaciones fácticas y jurídicas esgrimidas por la defensa. El acusador no sólo debe tener oportunidad de sostener y probar los términos de su acusación, sino también de controvertir los planteamientos fácticos y jurídicos de la parte contraria, es decir, del acusado.

³⁰⁷ SSTS: Sentencia de 22 de octubre de 1993, Sala de lo Penal, ponente Conde-Pumpido Ferreiro (BDA, m. RJ 1993\7949); Sentencia de 26 de febrero de 1994, Sala de lo Penal, ponente De Vega Ruiz (BDA, m. RJ 1994\1127); Sentencia de 18 de febrero de 1999, Sala de lo Penal, ponente Granados Pérez (BDA, m. RJ 1999\1175); Sentencia de 9 de julio de 2003, Sala de lo Penal, ponente Marañón Chávarri (BDA, m. RJ 2003\6897).

³⁰⁸ Más adelante, a propósito del estudio del uso de la tesis, se volverá sobre la cuestión con más detalle.

³⁰⁹ Entendemos que es difícil mantener que el acusador sea titular del derecho de defensa, ya que se suele afirmar que el derecho de defensa corresponde al sujeto pasivo en el proceso, que posee un derecho de resistencia frente a la acción entablada en su contra por el sujeto activo. En el proceso penal existiría, además, una segunda razón que dificultaría aún más el reconocimiento del derecho de defensa al sujeto activo del proceso (al acusador), y que tiene relación con la forma de concebir el derecho de defensa como un derecho público subjetivo que vincula al Estado a ejercer sus potestades respetando los derechos constitucionales. Esta concepción del derecho público subjetivo de la defensa parece ser difícilmente extensible a los acusadores (y sobre todo al acusador público), quienes según esta concepción tendrían un derecho público subjetivo contra el mismo Estado, cuestión que no se acepta por regla general. Sin embargo, creemos que en un sentido puramente procesal se puede hablar de garantía de la defensa reconocida al acusador, la cual se traduciría en el reconocimiento legal de que en el proceso se tutelan las posiciones de pretensión y de contrapretensión de la misma manera, con las mismas oportunidades de formular sus propias alegaciones, de contradecir a la parte contraria y de realizar todas las actuaciones procesales que favorezcan su situación de parte. *Vid.* CAROCCA PÉREZ, Alex, *Garantía procesal...*, *cit.* pp. 86-91.

El conocimiento de los actos de defensa (calificaciones provisionales y conclusiones definitivas) se producen de forma natural dentro del proceso, de modo que el conocimiento oportuno de estos no presenta un problema real al derecho a contradecir que posee el acusador. El derecho del acusador a contradecir los términos de la defensa parece estar convenientemente asegurado (como se desprende de los arts. 653 y ss y 732 y ss de la LECrim).

La cuestión dudosa en realidad se presenta con aquellas consideraciones fáctico-jurídicas *favor rei* que hace el juzgador en sentencia y que no han sido introducidas por la defensa. Dicho en otras palabras, el asunto radica en la necesidad de despejar la duda de si la defensa de alguna manera vincula al juzgador a su contenido en el sentido de que éste no pueda introducir otros hechos o calificaciones *favor rei* que éste no haya alegado, actuando los escritos de defensa como un término de correlación limitador de la sentencia. Esta cuestión la hemos estimado improcedente en el proceso penal por variadas razones (razones a las que nos remitimos)³¹⁰. El juez puede y debe introducir los hechos y calificaciones *favor rei* que se desprendan de la actividad probatoria en juicio aunque no hayan sido alegados por la defensa. Cosa distinta es si lo puede hacer pura y simplemente o si es menester cumplir con algún requisito tendiente a evitar alguna afectación a los derechos de las partes, especialmente del acusador cuando se trata de hechos o calificaciones *favor rei*. De aquí emana nuestra opinión de que la tesis es necesaria también en estos supuestos, pues de lo contrario se lesionaría el derecho a contradecir del acusador respecto de todos los elementos fácticos y jurídicos que se tienen en cuenta en la formación de la decisión jurisdiccional.

Sólo después de estas precisiones podemos entender cuál es el verdadero sentido de considerar los actos de defensa a efectos de valorar el contenido de la sentencia³¹¹, que en nuestra opinión es que de los actos de defensa, más precisamente del examen de sus contenidos, se puede concluir si el juez ha introducido en sentencia hechos y calificaciones no alegadas por la defensa, y siendo así, valorar si esa introducción de

³¹⁰ Hemos tratado con cierto detalle las consideraciones que nos llevan a rechazar la vinculación del juzgador a los actos de defensa, y por esas mismas razones nos resistimos a tratar a los actos de defensa como un término que se ha de tener en cuenta a efectos de correlación. *Vid.* el apartado en el que se aclara que los escritos de defensa no forman parte del término de comparación de la sentencia, puesto que no limitan los poderes del juzgador.

³¹¹ Insistimos, no como término de la correlación.

oficio ha sido efectuada dando a las partes, y especialmente al acusador, oportunidad de debate contradictorio.

2.4. La sentencia penal como el término limitado de la correlación. Los extremos de la correlación (el hecho punible y el acusado) y su reflejo en los contenidos de la sentencia: juicio de hecho, juicio jurídico y decisión (fallo)

Aclarado cuál es el término de correlación limitador de la sentencia (la acusación), cuáles son sus contenidos, y explicado el sentido del derecho a ser informado de la acusación y del derecho de defensa respecto de ella, ahora corresponde señalar en qué medida la sentencia debe ser correlativa.

Según lo que hasta ahora hemos dicho, el deber de correlación de la sentencia con la acusación encuentra su fundamento en el principio acusatorio, significando esto que el juzgador debe atenerse en su juzgamiento al hecho punible atribuido al acusado en la acusación.

En consecuencia, en una primera aproximación, la sentencia penal debe guardar la debida correlación con la acusación, en los siguientes términos³¹²:

1) La sentencia no resuelve sino sobre el hecho punible de la acusación en el entendido que es éste el objeto del proceso³¹³.

2) La sentencia debe limitar su pronunciamiento a la persona acusada.

3) Y respecto a las calificaciones jurídicas y al *petitum*, a pesar de la redacción de la Exposición de Motivos de la LECrim —que más adelante analizaremos en detalle—, la correcta interpretación de las normas legales y constitucionales debe llevarnos a concluir que el principio acusatorio no limita los poderes para resolver conforme a Derecho. Es decir, el juez puede calificar el hecho según su criterio acerca de la norma penal aplicable e imponer la pena de esa calificación dentro de los márgenes legales, apartándose de la acusación.

³¹² ORTELLS RAMOS, Manuel, *Derecho jurisdiccional, III. Proceso penal, cit.*, séptima edición, pp. 331-334.

³¹³ Este punto se desarrollará más adelante en el trabajo.

La precedente visión esquemática requiere de una mayor precisión, con el fin de evitar caer en simplificaciones reduccionistas del problema jurídico que se estudia. Los contenidos de la acusación, como hemos dicho, producen una limitación del poder de resolución del juez en los términos indicados. Pues bien, esa limitación en el poder de enjuiciamiento se reflejará en las posibilidades que el juzgador tiene de dar contenido a su decisión. Dicho de otra manera, los contenidos de su decisión van a estar directamente limitados en sus posibilidades por los contenidos de la acusación.

Lo anterior parece no plantear ninguna dificultad, no obstante, en el plano de lo concreto, este deber de correlación de la sentencia, más precisamente la verificación de su cumplimiento, demanda de una actividad de cotejo o comparación. Tal cual afirmábamos en las primeras páginas de esta investigación, el cotejo o comparación supone la confrontación de dos términos: de una parte, el término que limita al juzgador (la acusación) y, de otra parte, el término limitado mismo (la sentencia del juzgador). En consecuencia, la actividad de cotejo misma pone de manifiesto la necesidad de señalar precisamente sobre qué ha de recaer, es decir, qué contenidos de la sentencia es menester someter a examen con el fin de determinar su correlación a la acusación, pues resulta que el contenido de la sentencia es diverso y está ordenado en distintas partes de la mismas.

Desde la perspectiva de su contenido cabe señalar que la sentencia comprende una estructura lógica que se expresa a través del conocido silogismo judicial, el cual da lugar a la subsunción del hecho en una norma jurídica con una determinada consecuencia jurídica. La estructura lógica del silogismo encierra fundamentalmente un juicio de hecho y un juicio jurídico, de los cuales se desprende como resultado la consecuencia jurídica prevista en la norma aplicable³¹⁴. Sin embargo, esta forma lógica

³¹⁴ No creemos que el silogismo judicial exprese de manera adecuada la forma en que en la mente del juzgador se produce el enjuiciamiento, es decir, la génesis de la sentencia, pues es claro que el enjuiciamiento se produce como un acto unitario en el cual concurren de forma simultánea consideraciones fácticas y jurídicas, sin una separación en juicios diversos y ordenados uno detrás del otro.

En consecuencia, el silogismo judicial no expresa la forma en que se genera la decisión en el juzgador. No obstante, sigue conservando toda su importancia en cuanto otorga un esquema de ordenación de las consideraciones fácticas y jurídicas que el juez acaba teniendo en cuenta en su enjuiciamiento, y permite de esa manera otorgar un esquema de desarrollo ordenado cuando se trata de explicitar el contenido fáctico y jurídico del juicio jurisdiccional. Esto es lo que se denomina la

de expresar el contenido del juicio jurisdiccional debe reconducirse a una forma externa que obedezca a un esquema que el legislador disponga como preceptivo, con el fin de que las sentencias guarden todas una misma estructura formal externa, que asegure la más completa exposición de todos los elementos componentes del caso y de su enjuiciamiento³¹⁵.

Entonces, a propósito del contenido de la sentencia corresponde referirse a la estructura lógica de ese contenido, y a cómo esa estructura lógica se acomoda y dispone dentro de la forma externa que ha de adoptar la sentencia. De esta manera se podrán identificar con precisión los contenidos de la sentencia con miras a la verificación del deber de correlación con la acusación.

Al primer contenido al que hay que atender es al fáctico: si el primer extremo con el que debe guardar correlación la sentencia es con el hecho de la acusación, es evidente que la sentencia se verá en primer lugar limitada en sus contenidos posibles en aquella parte que contiene el enjuiciamiento fáctico de la misma. Por dicha razón, el juicio fáctico de la sentencia no puede fijar o establecer como existente o como inexistente sino aquel hecho que sustancialmente ha sido objeto de la acusación, es decir, el juzgador no es libre para establecer como existente (como probado) o como inexistente (no probado) un hecho diverso, aunque estime que de la prueba así se deduce³¹⁶.

estructura lógica de la sentencia, la cual es fundamental para entender los contenidos de la sentencia y poder valorarlos, tanto en su adecuación al mérito fáctico del proceso como en su adecuación a la normativa jurídica. *Vid.* SENTÍS MELENDO, Santiago, «Ex facto oritur ius», en *La prueba*, Valleta, Buenos Aires, Argentina, 1979, pp. 391 y ss; RECASÉNS SICHES, Luis, *Introducción al estudio del Derecho*, Porrúa, décimo segunda edición, México, 1997, pp. 214; CLIMENT DURÁN, Carlos, *La prueba penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 63 y ss; GARCÍA AMADO, Juan Antonio, «La teoría de la argumentación jurídica: logros y carencias», en AAVV, *Sobre el razonamiento jurídico*, *Revista de Ciencias Sociales*, Universidad de Valparaíso, N° 45, 2000, pp. 103-129.

Incluso la misma teoría de la argumentación jurídica, que parece centrar su atención exclusivamente en la fundamentación de la elección de las premisas, no deja de reconocer que esa actividad se realiza con relación a esas premisas que se ordenan y se formulan bajo los enunciados de la lógica formal (inevitablemente). Es lo que forma parte de la justificación interna de la decisión. *Vid.* por todos a ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Coonstitucionales, Madrid, 1989 (traducción de Atienza y Espejo), pp. 205 y ss.

³¹⁵ *Vid.* al respecto CLIMENT DURÁN, Carlos, *La prueba penal*, *cit.*, pp. 63 y ss. y 1157 y ss.

³¹⁶ *Vid.* CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, *Derecho procesal penal*, *cit.*, segunda edición, pp. 603-605; CLIMENT DURÁN, Carlos, *La prueba penal*, *cit.*, pp. 99 y 1164-1165.

En consecuencia, para verificar la correspondencia de la sentencia con el hecho punible de la acusación no bastará el examen de la parte dispositiva de la sentencia donde se establece la consecuencia penal que se extrae del hecho punible o de la causa legal de absolución, sino que se requerirá además y principalmente el examen del juicio de hecho o fáctico de la sentencia. Se suele señalar de manera simplista que la correlación se produce con la parte dispositiva de la sentencia, que es donde se acaba expresando la subsunción del hecho, como si en esa parte estibara y se radicara la debida correlación o su infracción. En realidad lo que acontece es que la mantención de la correlación o su infracción se consumarán o afianzarán en esta parte del juicio (la dispositiva), pero el respeto o su infracción siempre radicarán en el supuesto de hecho del juicio fáctico sobre el cual se produce la subsunción.

Por otro lado, atender solo a la parte dispositiva de la sentencia resulta ser un criterio inseguro para la verificación del deber de correlación. Como advierte ORTELLS RAMOS³¹⁷, puede suceder que la sentencia en la parte dispositiva mantenga invariable la calificación jurídica del hecho y la pena pedida en acusación, pero que en realidad esté subsumiendo una hipótesis fáctica distinta a la de la acusación, a la cual casualmente corresponda la misma calificación jurídica y pena que la de la acusación. Pues bien, en este caso la pura verificación de la correlación con la parte dispositiva de la sentencia seguramente nos llevaría a no detectar la manifiesta y radical infracción al deber de correlación. En este caso será fundamental revisar el contenido del juicio fáctico que se acaba subsumiendo, ya que detrás de la calificación jurídica, no obstante igual a la pedida por la acusación, se oculta un supuesto fáctico diverso.

En la estructura externa de la sentencia el juicio fáctico se halla contenido en dos de sus partes. Primero, en la declaración de hechos probados (art. 248.3 LOPJ y 142.2 de la LECrim), que viene a ser el resultado del enjuiciamiento fáctico. En segundo lugar, en la motivación fáctica, es decir, en aquella parte de la sentencia que ha de contener la indicación de las pruebas en virtud de las cuales se dan por probados los hechos, y la valoración de las mismas en el sentido del análisis de su contenido y de cómo han

³¹⁷ Vid. ORTELLS RAMOS, Manuel, *Derecho jurisdiccional, III. Proceso penal, cit.*, séptima edición, pp. 330-331.

contribuido a la formación de la convicción del juzgador³¹⁸⁻³¹⁹. Fundamentalmente es la declaración de hechos probados la parte que examinada permitirá apreciar con toda precisión si la sentencia se mantiene dentro del objeto del proceso o si se produce una alteración del mismo por haber introducido modificaciones sustanciales al hecho punible.

La parte dispositiva de la sentencia, como hemos adelantado, sólo contendrá la consolidación del vicio de incongruencia que se haya producido en el juicio fáctico (hechos probados) al resolver acerca de un hecho diverso del que fue objeto de acusación. Bien es cierto que teóricamente podría acontecer que un juicio fáctico excedido e incongruente luego no se consolidara en un fallo incongruente si éste acabara por resolver conforme al hecho de la acusación y no conforme al que ha sido declarado probado, pero esto (que sería más bien excepcional) revelaría un problema distinto consistente en la falta de técnica en la formulación de la sentencia, ya que no

³¹⁸ Vid. ORTELLS RAMOS, Manuel, *Derecho jurisdiccional, III. Proceso penal, cit.*, séptima edición, pp. 320-327; CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, *Derecho procesal penal, cit.*, segunda edición, pp. 609-610; ASECIO MELLADO, José María, *Derecho procesal penal, cit.*, pp. 271-272; CLIMENT DURÁN, Carlos, *La prueba penal, cit.*, pp. 1157-1186. Este último autor realiza una clarificadora exposición de la sentencia y de sus contenidos.

³¹⁹ Tradicionalmente se entendió que la motivación o fundamentación de la sentencia era una exigencia que se refería a la parte jurídica, es decir, que era un requisito de la sentencia que exigía la fundamentación jurídica de la decisión. Mientras que en cuanto a la exigencia de fundamentación fáctica, ella se limitaba a una escasa enunciación de hechos probados según se deducía del art. 142.2 LECrim, pero no se exigía a la vez una fundamentación o motivación fáctica entendida como valoración crítica de la prueba en virtud de la cual se llega a la declaración de hechos probados (la convicción judicial).

El art. 248.3 parecía insistir en esta visión limitada de la motivación, ya que se ceñía en su redacción a hacer mención a los «fundamentos de derecho», omitiendo toda referencia a los fundamentos de hecho. Con todo, el art. 120.3 CE al consagrar el deber de motivar las sentencias lo hace sin ningún tipo de limitación, de modo que se ha interpretado desde hace ya tiempo que ese deber alcanza o se extiende a todo extremo fáctico o jurídico relevante a efectos de decisión jurisdiccional. Vid. ORTELLS RAMOS, Manuel, «Origen histórico del deber de motivar las sentencias», en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1977, Nº 4, *passim*, y especialmente pp. 928-932. También en *Derecho jurisdiccional, III. Proceso penal, cit.*, séptima edición, pp. 324-327; CLIMENT DURÁN, Carlos, *La prueba penal, cit.*, pp. 1172 y ss.

se pueden declarar como probados hechos que luego quedan sin su correspondiente efecto jurídico³²⁰⁻³²¹.

Respecto al extremo tocante al aspecto subjetivo del hecho (la persona acusada), ya considerado independiente del hecho, ya integrado en el hecho punible mismo, en nuestro concepto, forma parte del objeto del proceso³²². Para determinar el respeto de la sentencia a este extremo basta con comparar las conclusiones o calificaciones definitivas con la parte dispositiva de la sentencia.

En este contenido de la correlación los problemas se presentarán por ciertos defectos en la exigencia de una acusación técnicamente apropiada para servir de limitación e identificación del acusado, como acontece en el juicio de faltas, según veremos a propósito del estudio de la correlación subjetiva y del juicio de faltas.

En lo tocante a las calificaciones jurídicas y al *petitum*, los poderes del juzgador se expresarán en el fallo o parte dispositiva de la sentencia que es el lugar en el cual se acaba condenando o absolviendo por el o los delitos determinados. Pero también deberá tenerse en cuenta para la cabal comprensión de estos poderes el juicio jurídico en su integridad³²³, que en la estructura externa de la sentencia reside básicamente en la fundamentación jurídica (arts 142.4^a LECrim, 248.3 LOPJ y 120.3 CE). Es en la fundamentación jurídica de la sentencia en la cual se consignan las calificaciones de

³²⁰ Obsérvese que esta falta de técnica en la formulación de la sentencia muy probablemente puede dar lugar a una causa de infracción de ley penal sustantiva, si se tiene en cuenta lo que dispone el art. 849.1 LECrim, que recoge expresamente la causal de casación por infracción de ley.

³²¹ Vid. al respecto MEZA FIGUEROA, Pablo, *De la ultra petita en el proceso penal chileno*, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1969, pp. 87-92. Este autor pone de relieve algo que se explica sólo en el caso que la jurisprudencia no utilice una correcta técnica en la formulación de la sentencia y dé por establecidos hechos (en sus motivaciones o fundamentaciones fácticas) que luego no acaban teniendo efectos jurídicos en la parte dispositiva de la sentencia. De ahí que el autor diga: «Podría suceder que el juez diere por establecidos algunos hechos, ya referentes al mismo hecho punible o bien relativos a la responsabilidad del procesado, pero que no hayan sido atribuidos a éste ni por la acusación ni defensa; en este evento habría inconexión [incongruencia], dándose el vicio de ultra petita, siempre que se refleje en lo dispositivo del fallo». p. 90.

Sobre la correspondencia entre el juicio fáctico (hechos probados) y el supuesto normativo que se le aplica vid. CLIMENT DURÁN, Carlos, *La prueba penal*, cit., pp. 98-108, quien establece que no se pueden declarar como probados hechos que luego no son subsumidos en un supuesto normativo.

³²² Este tema se tratará en el apartado III, Sección Segunda, Capítulo II.

³²³ Vid. CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, *Derecho procesal penal*, cit., segunda edición, pp. 610-611.

los hechos (título delictivo), la participación de los acusados y la concurrencia de circunstancias eximentes o modificativas de la responsabilidad penal³²⁴.

Tal cual hemos visto, el juzgador en principio tiene poderes para calificar e imponer la pena conforme a Derecho sin estar vinculado a lo pedido en la acusación, no obstante, la Ley se preocupa de la posible indefensión por el ejercicio de los poderes de oficio del juzgador sin posibilidad de reacción de las partes ante esos poderes. Por eso la Ley, ante los poderes oficiales en la aplicación del Derecho, establece el presupuesto previo de eficacia que es el sometimiento de la tesis, de modo que el juzgador sólo puede apartarse de la acusación previo sometimiento de la tesis de desvinculación, ello con el fin de asegurar la defensa y contradicción sobre todas las calificaciones posibles tenidas en cuenta para resolver. Es por esta razón que en la sentencia también debe quedar testimonio del sometimiento de la tesis, y en los términos en que se hizo, en la exposición de antecedentes³²⁵ o en los antecedentes de hecho³²⁶, conforme lo prescribe el art. 142.3^a LECrim. Con lo cual, esta parte de la sentencia revela la amplitud del objeto del debate en el juicio y revela las otras posibilidades de calificación, aparte las introducidas en conclusiones o calificaciones definitivas, que válidamente puede llegar a tener en cuenta el juzgador.

Para el procedimiento abreviado parecía haberse establecido un cambio legal, con un sistema de vinculación más estricto para el juzgador a la hora de dictar sentencia (derogado art. 794.3, actual 789.3)³²⁷. Parecía que se le vinculaba a la consecuencia

³²⁴ Vid. ORTELLS RAMOS, Manuel, *Derecho jurisdiccional, III. Proceso penal, cit.*, séptima edición, pp. 320-327; CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, *Derecho procesal penal, cit.*, segunda edición, pp. 610-611; ASECIO MELLADO, José María, *Derecho procesal penal, cit.*, p. 271; CLIMENT DURÁN, Carlos, *La prueba penal, cit.*, pp. 1172 y ss.

³²⁵ Vid. DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, *Derecho procesal penal, cit.*, cuarta edición, p. 558.

³²⁶ Vid. CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, *Derecho procesal penal, cit.*, segunda edición, pp. 606-608 y 610; CLIMENT DURÁN, Carlos, *La prueba penal, cit.*, pp. 1181-1182.

³²⁷ Respecto a la formulación de la sentencia en el procedimiento abreviado, resulta oportuno referirse a la posibilidad legalmente prevista de que la sentencia sea pronunciada *in voce* en los casos de procedimientos abreviados que corresponda conocer al Juez de lo Penal, como lo autoriza el art. 245 LOPJ en relación con el art. 789.2 LECrim. En la sentencia *in voce* deberá expresarse el fallo y una sucinta motivación, acto oral que se documenta en el acta del juicio o en documento anexo al acta. Pero además la Ley exige la posterior redacción de la sentencia, la cual debe cumplir con los requisitos legales ordinarios de toda sentencia en cuanto a sus menciones y contenidos (art. 789.1, en relación a los arts. 142 y 742 LECrim y 248.3 LOPJ).

jurídico-penal más importante, cual es la pena pedida por la acusación. La sentencia entonces no podía imponer una sanción penal más grave, de modo que en su estructura lógica podía decirse que se hallaba limitada a la consecuencia jurídico-penal pedida en la acusación, lo que se expresaba en la limitación de su contenido en lo dispositivo del fallo, en aquella parte que contiene la pena legal atribuida (arts. 142.4^a, quinto, 742 LECrim y 248.3 LOPJ).

Esta conclusión a nuestro juicio parecía obligada —pero no compartida *lege ferenda*— si se aceptaba el evidente sentido gramatical de la norma que establecía que «La sentencia no podrá imponer pena que exceda de las más grave de las acusaciones...», en virtud de la cual no se podía concluir otra cosa que la vinculación a la pena concreta pedida, como ha puesto de manifiesto la doctrina³²⁸ y la misma Fiscalía General del Estado³²⁹.

Por lo demás, mantener lo contrario, es decir, que el juzgador en el procedimiento abreviado mantenía la facultad individualizadora de la pena, implicaba hacer una interpretación asistemática y contraria al sentido de la norma del antiguo art. 794.3, pues esa interpretación atribuía a la disposición el mismo significado del art. 851.4, con lo cual se hacía una interpretación negadora de eficacia jurídica a la norma del procedimiento abreviado, puesto que no venía a ser otra cosa que una mera repetición normativa de la norma ya existente para el procedimiento ordinario. Paradójicamente

Obsérvese que lo anterior no modifica en absoluto el régimen de la correlación de la sentencia con la acusación, pues ésta se sigue produciendo en los mismos términos que hemos explicado, y se verifica su cumplimiento de la misma manera, ya que los contenidos son los mismos e iguales las formas externas que acaba adoptando la sentencia, aunque ella en principio se manifieste oralmente, pues como hemos visto la sentencia debe terminar siendo trasladada a un documento que recoja la decisión jurisdiccional en su integridad y con las mismas menciones ordinarias de toda sentencia. A mayor abundamiento, el art. 790 LECrim deja claramente establecido que la sentencia dictada por el Juez de lo Penal es apelable y que el plazo de dicha apelación comienza a correr desde el día siguiente a la notificación de la sentencia escrita, salvo que las partes hayan expresado su decisión de no recurrir al momento del pronunciamiento del fallo. *Vid.* ORTELLS RAMOS, Manuel, *Derecho jurisdiccional, III. Proceso penal, cit.*, séptima edición, p. 323; CUCARELLA GALIANA, Luis, *La correlación...*, *cit.*, nota pie de página nº 13, pp. 76-77.

³²⁸ Por todos, ORTELLS RAMOS, Manuel, *El nuevo procedimiento...*, *cit.*, p. 16; y en *Derecho jurisdiccional, III. Proceso penal, cit.*, séptima edición, p. 333.

³²⁹ En la Circular 1/1989 de 8 de marzo.

es a esta interpretación, errada a nuestro juicio, a la cual llegó la jurisprudencia, a pesar de que hubo algún titubeo inicial³³⁰.

Con la Ley 38/2002 se modificó parcialmente la redacción del art. 794.3, que pasó a ser el art. 789.3, pero la nueva redacción en lugar de corregir el problema interpretativo insiste en la vinculación al máximo de pena concreta pedida, con lo cual el legislador vendría a manifestarse en contra de lo que sostuvo antes la jurisprudencia, confirmando lo que se derivaba de la literalidad de la antigua disposición. En efecto, el nuevo art. 789.3 dice que «La sentencia no podrá imponer pena más grave de la solicitada por las acusaciones...», fórmula que se antoja aún más claramente vinculante para el juzgador respecto de la pena máxima pedida.

2.5. (Continuación) La sentencia penal incongruente puede infringir conjuntamente el principio acusatorio y el derecho a ser informado de la acusación (derecho de defensa y contradicción)

A lo largo de esta investigación hemos intentado distinguir y separar el principio acusatorio del derecho a ser informado de la acusación y del derecho de defensa (el principio de contradicción), determinando inicialmente esferas de actuación distintas. Así, hemos pretendido explicar que el principio acusatorio se justifica en la necesidad de preservar la imparcialidad del juzgador y que ello se resuelve con el establecimiento en el proceso penal de un sujeto procesal distinto del juzgador que introduzca los hechos al proceso a través de la interposición de la acusación.

Por otra parte, hemos puesto de relieve, preliminarmente, que ello no es suficiente para tutelar en el proceso penal el debate procesal, ya que para defenderse y contradecir plenamente es preciso ser informado de la acusación en su totalidad, de todos aquellos elementos, no sólo los fácticos, sino también de los jurídicos, tenidos en cuenta por el juzgador para adoptar su decisión, de modo que la única manera que éste tiene de dictar sentencia de forma válida haciendo uso de los poderes de oficio, pasa por asegurar previamente la máxima protección al derecho de defensa y contradicción sobre todo lo que influye en su decisión.

³³⁰ Vid. el apartado I, Capítulo III.

Hecha esta aclaración acerca de las distintas esferas de actuación de los principios y derechos señalados, nos parece conveniente aclarar y reconocer, en este momento inicial, que, en cierto caso, una sentencia puede infringir conjuntamente tanto el principio acusatorio como el derecho a ser informado de la acusación (y de defensa y contradicción), pues si bien hay doctrina y jurisprudencia que en nuestra opinión confunden o asimilan en una sola cosa al principio acusatorio con el derecho a ser informado de la acusación (defensa-proscripción de la indefensión y contradicción), es posible sostener, como hacemos aquí, que el principio acusatorio siendo distinto de los derechos citados y teniendo distintas esferas de aplicación, puede al mismo tiempo acontecer que se infrinjan conjuntamente. Esto sucede así en una hipótesis. Nos referimos al caso que la sentencia condene por un hecho sustancialmente distinto del que fue objeto de acusación. En esta situación hay infracción del principio acusatorio por la modificación sustancial o cambio del objeto del proceso, y, al mismo tiempo, hay infracción del derecho a ser informado de la acusación, ya que se condena por unos hechos que no fueron conocidos oportunamente. Se notificaron los de la acusación, pero no los de la condena, con la manifiesta puesta en indefensión del acusado. Éste es el caso que fue resuelto en STC de 19 de febrero de 1987 (BDA, m. RTC 1987\20)³³¹, en la cual se sostuvo que la sentencia de instancia como la de casación que penaba por hechos distintos a los de conclusiones definitivas habían infringido el principio acusatorio y el derecho a ser informado de la acusación.

Sin embargo, esto no se puede dar al revés, es decir, una sentencia que infringe el derecho a ser informado de la acusación o de defensa o contradicción, en cualquiera de sus elementos de calificación o de aplicación de pena, no infringe conjuntamente el principio acusatorio, pues el principio acusatorio no influye en lo jurídico porque su contenido se ha agotado en el ámbito de lo fáctico, en la introducción del hecho punible. Sus efectos se agotan al incorporarse al proceso el material fáctico necesario para resolver el caso penal. Por el contrario, el derecho a ser informado de la acusación y el derecho de defensa influyen en la esfera de los hechos, exigiendo su notificación tempestiva, clara y completa, pero además actúan también con posterioridad, en todo

³³¹ *Vid.* apartado 2, IV, Sección Segunda, Capítulo II, sobre etapa inicial del desarrollo jurisprudencial con base en las normas de la CE (art. 24), en el cual se trata específicamente el caso de la STC citada: STC de 19 de febrero de 1987, Sala Primera, ponente Tomás y Valiente (BDA, m. RTC 1987\20).

lo que se suscita a propósito del debate y contradicción del juicio oral, con lo cual tiene una doble manifestación. Primero, en la limitación que se impone al juzgador de ceñirse a los hechos de la acusación notificada, y aquí coincide con el acusatorio que exige lo mismo. Y, en segundo lugar, con relación a la aplicación del Derecho, cuando se debe poner en conocimiento de las partes todas las posibilidades jurídicas de subsunción de los hechos ya incorporados, en cuyo caso actúa solo, sin la compañía del acusatorio, pues el contenido de éste se ha agotado en lo primero.

SECCIÓN SEGUNDA:

ANÁLISIS ESPECÍFICO SOBRE LOS EXTREMOS DEL DEBER DE CORRELACIÓN DE LA SENTENCIA

I. EL HECHO PUNIBLE. IDENTIFICACIÓN DEL OBJETO DEL PROCESO POR EL HECHO EN LA LECRIM Y LA CORRELACIÓN OBJETIVA

Con la finalidad de aclarar el asunto de la correlación en cuanto a los extremos de vinculación y de desvinculación del juzgador en el esquema de la LECrim, la doctrina centra sus esfuerzos en explicar el verdadero sentido de la correlación a partir de una descripción previa del principio acusatorio (y del objeto del proceso), basada en la LECrim.

Conviene iniciar el análisis desde lo más básico o fundamental para entender la LECrim, por ello cabe partir por el examen de su Exposición de Motivos. En ésta se establece que sólo el MF o el acusador particular son los que tienen el poder de acusar, ello con el fin de mantener la imparcialidad del «tribunal» y no desvirtuar el principio acusatorio que informa al «nuevo Código»³³², debiendo contener la acusación todos los

³³² La Exposición de Motivos de la LECrim expresa al respecto: «Para mantener al Tribunal en esta serena y elevada esfera y no desvirtuar el principio acusatorio que informa el nuevo Código, ha creído el que suscribe que únicamente al Ministerio fiscal o al acusador particular, si le hubiere, corresponde formular el acta de acusación comprensiva de los puntos sobre que en adelante deben girar los debates (...) Así es como se logra que la cuestión criminal que en el proceso se agita o discute vaya intacta al Tribunal a quien corresponde decidirla; así es como las partes pueden preparar con perfecto

elementos que se han de debatir en el juicio. Esto es, los suficientes como para que el acusado pueda preparar la defensa con todas las pruebas y elementos de descargo, con lo cual la Exposición de Motivos da por establecido que la acusación debe contener los hechos y la calificación jurídica precisa de los mismos.

Pero la Exposición de Motivos de la LECrim³³³ seguidamente añade una observación a lo dicho precedentemente, que revela la imprecisa concepción del principio acusatorio, cuando dice que la aplicación de este principio puede significar un problema por la razón de que, proscrita la absolución de la instancia y en pleno vigor el principio del *non bis in idem*, el error en la calificación del fiscal comportaría la absolución del culpable, porque el juzgador no se podría apartar de la acusación con calificación errónea por exigencia del principio acusatorio, viéndose obligado a absolver. De esta declaración de la Exposición de Motivos de la LECrim se deduce sin dudas su equivocada concepción del acusatorio, y de ahí mismo arranca la errada concepción del art. 733, que se propone como el medio para evitar los perniciosos efectos de la plena aplicación del principio acusatorio sin matizaciones, pretendiendo presentar el planteamiento de tesis como una necesaria excepción al principio

conocimiento de causa los respectivos elementos de cargo y descargo y hacer sus acusaciones o defensas con fe y libertad completa, sin la coacción, siquiera sea moral, que no puede menos de existir cuando el que ha de fallar prejuzga en cierto modo el fallo, formulando de oficio el acta de acusación, lo cual lleva naturalmente, el desaliento al ánimo (...) los magistrados deben permanecer durante la discusión pasivos, retraídos, neutrales, a semejanza de los Jueces de los antiguos torneos, limitándose a dirigir con ánimo sereno estos debates (...)».

³³³ La Exposición de Motivos de la LECrim señala: «Proscrita para siempre la absolución de la instancia y rigiendo sin excepción la máxima *non bis in idem*, evidente es que el error del Fiscal en la calificación jurídica del hecho justiciable produce la impunidad del delincuente. Está bien que en los procesos civiles el Tribunal tenga la obligación de absolver o condenar, así como también la de ajustar estrictamente su fallo a los términos en que las partes hayan planteado el problema litigioso, o sea, la acción por el demandante y a las excepciones formuladas por el demandado; porque las cuestiones que en esos procesos se ventilan son de mero interés privado, y porque, además, no es raro que pueda subsanarse total o parcialmente en un nuevo proceso el error padecido al entablar la acción, para lo cual suelen hacerse reservas de derecho en la sentencia en favor del condenado; pero en los procesos criminales, que pueden incoarse de oficio, están siempre en litigio el interés social y la paz pública; y teniendo el Tribunal la obligación de condenar o absolver libremente, sin reserva alguna y sin que le sea lícito abrir un nuevo procedimiento sobre el mismo hecho ya juzgado (...) De todas suertes, es innegable que, llevados a tal exageración el sistema acusatorio y la pasividad de los tribunales, éstos abdican en el Fiscal, en cuyas manos queda toda entera la justicia. De su buena o mala fe, que no sólo de su pericia, dependería exclusivamente en lo futuro la suerte de los acusados».

acusatorio. Para la Exposición de Motivos³³⁴, la posibilidad de que el juzgador califique de un modo distinto a la acusación es una excepción a la plena aplicación del principio acusatorio, pero que es necesaria para evitar el pernicioso efecto de impunidad antes anotado, siendo el art. 733 el medio más conveniente para resolver la cuestión con el mínimo menoscabo posible.

Del tenor literal de la Exposición de Motivos de la LECrim se puede concluir, en primer lugar, que el Legislador de la época tenía un concepto del principio acusatorio que revelaba una equivocada idea de lo que era el objeto del proceso para determinar el deber de correlación, el cual además era distinto del concepto del objeto del proceso que consideraba para la cosa juzgada (y la *litis pendencia*). Para el deber de correlación el objeto del proceso se identificaba, según la Exposición de Motivos, por un concreto acaecer jurídicamente calificado, vinculante en todos sus aspectos para el tribunal. En cambio, para la cosa juzgada (y la *litis pendencia*)³³⁵ el objeto del proceso se

³³⁴ La Exposición de Motivos expresa: «Por esto, el Gobierno propone a V.M. la solución contenida en el artículo 733, que no altera en rigor la virtualidad del principio acusatorio. Según la estructura de la adjunta Ley, concluso el sumario, las partes hacen la calificación provisional del hecho justiciable. Sobre sus conclusiones verán las pruebas que se practican durante todo el juicio; y al término de éste, cuando ya no faltan más que los informes del Fiscal y el defensor del acusado, autorizase a una y otro para confirmar, rectificar o variar, en vista de las pruebas, su primera calificación. Al llegar a este trámite, todo, en rigor, está acabado; los jueces han oído al reo y los testigos; han examinado las demás piezas de convicción y están en condiciones de apreciar con amplitud y acierto la naturaleza del hecho que es materia del juicio. Si en tal momento les asalta una duda grave sobre su verdadera calificación jurídica, ¿qué dificultad puede haber en que, hipotéticamente sin prejuzgar el fallo definitivo y sólo por la vía de ilustración, invite el Presidente del Tribunal al Ministerio Público y defensor del procesado para que en sus informes discutan una tesis más? El principio acusatorio quedaría quebrantado si ésta no hubiera de discutirse y resolverse con arreglo a las pruebas ya practicadas, dando lugar a que se abriese de nuevo o se prorrogase el juicio; pero como éste está terminado y no es permitido volver sobre él, todo lo que puede suceder es que el Fiscal o el Letrado necesiten veinticuatro horas para razonar sobre la hipótesis del Tribunal con la conveniente preparación».

«Con ser tan modesta y estar ceñida esta facultad declara, sin embargo, la Ley que no extiende a los delitos privados o que sólo pueden perseguirse a instancia de parte, ni a la calificación de las circunstancias atenuantes o agravante, ni a la de la participación respectiva de los procesados en la ejecución del crimen, quedando reducida a la satisfacción de una necesidad apremiante originada en un interés público y de orden social. Aun encerrada en tan estrechos límites, el Ministro que suscribe hubiera renunciado a ella y manteniéndose en el rigorismo del principio acusatorio, si los Códigos más progresivos y liberales de Europa continental le hubieran alentado con su ejemplo; pero no hay ninguno que no dé mayor amplitud a la intervención del Tribunal en el juicio».

³³⁵ Coincidentemente con lo que dijera hace varias décadas GÓMEZ ORBANEJA, la jurisprudencia más reciente mantiene que el objeto del proceso para la cosa juzgada requiere de la identidad de sujeto imputado y del hecho, con exclusión de las calificaciones. *Vid.* especialmente las STS de 12 de

identificaban por un hecho concreto cuya calificación no era relevante, en consonancia con la concepción del *non bis in idem* en términos de proscripción de doble enjuiciamiento del mismo hecho³³⁶.

Ante la disparidad conceptual, el Legislador se vio obligado a esquivar la diferencia de concepto o más precisamente su consecuencia, consistente en los evidentes efectos de impunidad a que habría conducido, ya que cualquier error de calificación en el título de condena tenía por fuerza que llevar a la absolución, como natural consecuencia de la proscripción de la absolución de la instancia. E incluso más, dicha absolución habría impedido el nuevo enjuiciamiento de los hechos, por aplicación del principio penal del *non bis in idem* (que se identifica por hechos y no por calificaciones), la cual impide juzgar de nuevo esos hechos aunque sean calificados de otro modo³³⁷. La manera de evitar el desajuste conceptual, para la Exposición de Motivos, fue la utilización de la técnica del art. 733 de la proposición de tesis³³⁸, mediante la cual se permitía al juzgador apartarse de las calificaciones jurídicas del acusador, aunque muy limitadamente según el tenor de la LECrim.

Si nos atenemos a los términos en que la Exposición de Motivos explica el art. 733 (y el texto mismo del artículo), se hace notar la intención de convertir esta disposición

diciembre de 1994 (BDA, m. RJ 1994\9374); STS de 30 de noviembre de 1995 (BDA, m. RJ 1995\8330), y STS de 8 de abril de 1998 (BDA, m. RJ 1998\4697).

³³⁶ Vid. GÓMEZ ORBANEJA, Emilio, *Comentarios...*, cit., tomo II, pp. 287-288; GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Eduardo, «La correlación...», cit., pp. 519 y ss; ASECIO MELLADO, José María, *Principio acusatorio...*, cit., p. 67; ARMENTA DEU, Teresa, *Principio acusatorio...*, cit., pp. 72-73. Una argumentación general sobre la acción penal y su relación con la cosa juzgada, se halla en GOLDSCHMIDT, James, *Derecho judicial...*, cit., pp. 100-113.

³³⁷ Seguimos lo expuesto por GÓMEZ ORBANEJA, Emilio, *ibid. cit. supra*.

³³⁸ ARMENTA DEU, Teresa, *Principio acusatorio...*, cit., pp. 72-73, señala «cuando se reguló el art. 733 se cayó en el error de llevar a cabo una doble configuración del “hecho justiciable” y una doble identificación de la acción penal. A efectos de correlación entre la acusación y la sentencia, el hecho se configura como un concreto supuesto en la ley penal, una determinada figura de delito, una determinada forma de participación y un determinado grado de ejecución. Para la aplicación de la litis pendencia o la cosa juzgada, el hecho es “algo” que ha sido calificado de un modo, pudiendo haberlo sido de otro». Y concluye: «De esta disociación la conocida argumentación de la Exposición de Motivos deduce el peligro de impunidad, ya que de no existir el artículo 733, proscriba la absolución de la “instancia” y “rigiendo” sin excepciones el principio del “non bis in idem”, el error en la calificación jurídica del hecho justiciable conllevaría aquel efecto». Toma toda esta argumentación de GÓMEZ ORBANEJA, Emilio, *Comentarios...*, cit., tomo II, p. 288. También utiliza argumentos parecidos GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Eduardo, «La correlación...», cit., pp. 519 y ss.

en una excepción al principio acusatorio muy limitada y estrecha, ciñendo su uso exclusivamente al título de condena y a las causas de exención de responsabilidad, pero no a los demás posibles errores de calificación, respecto de los cuales el órgano jurisdiccional se encuentra (en el concepto del Legislador) indefectiblemente vinculado. Nos referimos a las causas modificativas de responsabilidad penal, a las formas de participación, o a los grados de ejecución. Dice GÓMEZ ORBANEJA³³⁹⁻³⁴⁰: «El autor de la ley consideraba sin duda menos graves las consecuencias de que el fiscal olvide una agravante, por ejemplo, o confunda la autoría con la complicidad, a que incurra en el error de un título de delito por otro». Es decir, respecto de las atenuantes, de las agravantes, de las formas de participación, o de los grados de ejecución, la Exposición de Motivos y la misma redacción del art. 733, partían del supuesto de que el juzgador estaba vinculado sin siquiera poder hacer uso de la tesis para desvincularse.

La interpretación judicial preconstitucional, no obstante la claridad del precepto del art. 733 y de la Exposición de Motivos, invirtió el sentido de la vinculación de la sentencia a la acusación, entendiendo que respecto de los elementos de calificación en lo que se proscribía el uso de la «tesis», el órgano jurisdiccional se hallaba desvinculado *ab initio*. La causa de la interpretación contraria al espíritu del precepto se basó en la escasa y mal planteada cobertura casacional que se otorgó al deber de correlación. En efecto, el antiguo art. 912.4, actual 851.4, sólo contemplaba como motivo casacional por quebrantamiento de forma la hipótesis de sentencia condenatoria «(...) por delito más grave que el que haya sido objeto de la acusación, si el Tribunal no hubiere procedido previamente como determina el artículo 733». Es decir, la redacción del artículo dejaba sin cobertura casacional el supuesto de la sentencia que cambiaba de título de condena de la acusación por uno igual o de menor gravedad, o que apreciaba una agravante no contenida en la acusación, o que condenaba por distinta

³³⁹ GÓMEZ ORBANEJA, Emilio, *Comentarios...*, cit., tomo II, p. 289. Le sigue ARMENTA DEU, Teresa, *Principio acusatorio...*, cit., p. 73. También ASECIO MELLADO, José María, *Principio acusatorio...*, cit., p. 67.

³⁴⁰ *Vid.* ASECIO MELLADO, José María, *Principio acusatorio...*, cit., p. 67, en la misma línea, señala: «...el legislador del siglo XIX refirió el tema de la identidad en punto a la correlación entre acusación y sentencia no a un hecho o acontecimiento histórico, sino a un título de condena, llevando por el contrario el hecho, como suceso natural, a ser considerado el elemento básico para la comparación entre sentencia y nueva pretensión».

forma de participación o distinto grado de ejecución. En todos estos casos la sentencia, de acuerdo al tenor literal del precepto no era anulable³⁴¹. Y de ahí la jurisprudencia extrajo la conclusión de desvinculación *ab initio* sin necesidad del uso del art. 733, lo cual significó una tutela del derecho de defensa bastante restringida, en contra del sentido gramatical del art. 733 y de la Exposición de Motivos. Con posterioridad a la promulgación de la CE la jurisprudencia evolucionará en un sentido distinto, como veremos más adelante a propósito del estudio de la evolución jurisprudencial.

En resumen, tanto por razones de errónea concepción legal como jurisprudencial se consagró en un primer período, previo al de la entrada en vigor de la Constitución, un sistema deficiente. Quedaba meridianamente claro que la pretendida amplitud de respeto del acusatorio se desvanecía, y lo peor era que en el ánimo de vincular al máximo al órgano jurisdiccional, poniendo el acento en la calificación jurídica y no en el hecho calificado, no se lograba ni lo uno ni lo otro. En cuanto a la identidad del hecho punible, elemento integrador indiscutible del objeto del proceso, no se obtiene una adecuada protección legal del mismo por la inadecuada norma del art. 851.4 que parece referirse más a una calificación que a un hecho a la hora de contemplar la cobertura casacional de la correlación. En cuanto a la calificación jurídica y el debido debate contradictorio mediante el uso de la tesis, no se consigue una adecuada cobertura por la deficiente interpretación jurisprudencial del art. 733 con relación al art. 851.4.

Dice GÓMEZ ORBANEJA³⁴², respecto de la norma de casación del art. 851.4, que «(...) puesto que habla del “delito objeto de la acusación”, conducirá a comparar tipos del código penal, y en último término penas, en busca de la relación de mayor a menor, y no hechos de la vida real para ver si coinciden. El precepto del 912³⁴³ impide que —a menos que el Tribunal proponga previamente a las partes la calificación usada en la sentencia— al acusado por hurto se le pueda condenar por robo. No impide, sin embargo, por sí mismo, que al acusado por el hecho A se le pueda condenar por el

³⁴¹ Así lo expresaba GÓMEZ ORBANEJA, Emilio, *Comentarios...*, cit., tomo II, p. 289. Con idéntica argumentación ARMENTA DEU, Teresa, *Principio acusatorio...*, cit., p. 73.

³⁴² *Vid.* GÓMEZ ORBANEJA, Emilio, *Comentarios...*, cit., tomo II, pp. 289-290.

³⁴³ Corresponde al actual artículo 851.4 de la LECrim.

hecho B. Por tanto que pueda haber juicio y sentencia sin acción penal referida a ese hecho».

SERRA DOMÍNGUEZ³⁴⁴, con el mismo sentido, apunta que «al no distinguir [se refiere al art. 733 según la Exposición de Motivos y su relación con el Artículo 851.4 de la LECrim] el legislador que lo que es objeto de la acusación no es el delito, sino el hecho calificado como delito, yerra la regulación del principio. Por este sistema puede pensarse por hecho y delito distinto siempre que no sea más grave que el de la casación de forma, con lo que se escapa toda la esencia del principio acusatorio».

Ante esta configuración imperfecta del principio acusatorio, es menester poner de relieve que la doctrina española ha optado por construir una tesis unitaria del objeto del proceso aplicable tanto al deber de correlación como a la cosa juzgada (y litis pendencia)³⁴⁵⁻³⁴⁶. En la construcción teórica de lo que es el objeto del proceso ha existido pleno consenso de que éste se halla identificado por el hecho (y el acusado).

³⁴⁴ SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, «Incongruencia...», *cit.*, p. 430.

³⁴⁵ *Vid.* GÓMEZ ORBANEJA, Emilio, *Comentarios...*, *cit.*, tomo II, pp. 286-317 y también en tomo I de la misma obra, pp. 49-61; GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Eduardo, «La correlación...», *cit.*, pp. 519 y ss; CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, *La cosa juzgada penal*, *cit.*, pp. 50 y ss; ASENCIO MELLADO, José María, *Principio acusatorio...*, *cit.*, p. 67 y ss; ARMENTA DEU, Teresa, *Principio acusatorio...*, *cit.*, pp. 72-76. También se puede consultar la argumentación general de GOLSCHMIDT, James, *Derecho justicial...*, *cit.*, pp. 100-113. La doctrina unitaria del objeto del proceso está centrada en la elaboración de un único concepto de hecho como elemento individualizador del mismo, válido tanto para el deber de correlación como para la cosa juzgada (y litis pendencia). En la doctrina alemana moderna, *vid.* en esta línea a ROXIN, Claus, *Derecho procesal penal*, *cit.*, pp. 159-163.

³⁴⁶ La doctrina italiana no ha optado por la construcción unitaria del objeto del proceso (o acción penal) a partir de un mismo concepto de hecho procesalmente relevante, tanto a efectos de correlación como de cosa juzgada. Desde hace ya bastante tiempo, los autores italianos más relevantes han distinguido formas distintas de concebir el hecho, según se trate de la correlación o de la cosa juzgada. En general, sostienen que para la cosa juzgada (*ne bis in idem*) el hecho no es más que la acción delictiva, siendo irrelevantes los demás elementos fácticos como son el resultado de la acción, el nexo causal, el elemento subjetivo, circunstancias espacio-temporales, y las circunstancias modificatorias de responsabilidad, entre otras. Por el contrario, cuando se trata del hecho relevante a efectos de correlación, la doctrina suele acoger un concepto de hecho bastante más exigente y que por tanto incluye otros elementos que adquieren relevancia procesal, de modo que el juez en su decisión queda limitado no sólo por la acción delictiva objetiva, sino también por los demás elementos fácticos de la imputación incluidos en la acusación. La razón fundamental en el establecimiento de un concepto de hecho más exigente para el deber de correlación, si se lee atentamente, son esencialmente dos. De una parte, con ello se pretende tutelar adecuadamente el derecho de defensa del acusado, en el sentido de impedir que el juez pueda retocar la imputación de la acusación en la sentencia (BETTIOL, MANZINI, LA ROCCA). De otra parte, se pretende establecer un sistema más claramente acusatorio,

Se considera que un correcto funcionamiento del sistema procesal penal imponía la necesidad de buscar un concepto único de hecho, que sería el elemento identificador del objeto del proceso a efectos de determinar el deber de correlación (y la cosa juzgada y litis pendencia)³⁴⁷. El problema se centrará entonces en definir qué ha de entenderse por hecho, desde una perspectiva procesal.

Pero, al mismo tiempo, la doctrina y la jurisprudencia se ocupan de exigir una cada vez más estricta tutela del derecho de defensa que atienda y abarque todo el contenido de la acusación, con lo cual se resuelven los dos problemas que presentaba el diseño del proceso penal: garantizar el deber de correlación respecto de los hechos de la acusación, asegurando la identidad sustancial de los mismos como elemento definidor del objeto del proceso, evitando crear márgenes de impunidad por errores de calificación, supuesta la aplicación del principio *non bis in idem*, y, al mismo tiempo,

al introducir una nítida separación de la función de formulación de la pretensión con la de su enjuiciamiento, lo cual se traduce en la prohibición de que el juez retoque o complemente en ningún aspecto la imputación fáctica del acusador (CORDERO, RAFARACI y otros). Vid. BETTIOL, Giuseppe, «La correlazione...», pp. 239 y ss; MANZINI, Vincenzo, *Trattato di Procedura Penale Italiana*, Volumen II, Fratelli Bocca Editori, Milano, Torino, Roma, 1914, p. 429-430. También *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Volumen IV, EJEA, Buenos Aires, 1953 (Traducido por Sentís Melendo y Ayerra Redín), pp. 367-368; LA ROCCA, Manlio, *Studi sul problema del fatto*, Eugenio Jovene, Napoli, 1954, pp. 50-62; CORDERO, Franco, «Considerazioni sul principio d'identità del fatto», en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, Giuffrè, Milano, 1958, pp. 939-941, también en *Procedure penale, cit.*, pp. 452-455; RAFARACI, Tommaso, *Le nuove...*, *cit.*, pp. 1-25; CALAMANDREI, Iolanda, «Diversità del fatto e modifica dell'imputazione nel Codice di Procedura penale del 1988», en *Rivista di Diritto e Procedura penale*, 1996, Giuffrè, Milano, pp. 643 y ss; GIANNITI, Pasquale, «Rilievi sul «fatto» nel processo penale», en *Rivista italiana de Diritto e Procedura penale*, 1999, Giuffrè, Milano, pp. 409-411; GIARDA, Angelo y SPANGHER, Giorgio, *Codice di procedura penale. Comentario*, IPSOA, segunda edición, 2001, pp. 1464-1468. También aunque en un trabajo muy específico sobre la culpa genérica y culpa específica, CASTRONUOVO, Donato, «La contestazione del fatto colposo: discrasie tra formule prasseologiche d'imputazione e concezione teoriche della colpa», *Cassazione penale*, fascicolo 12, diciembre de 2002, pp. 3836 y ss.

³⁴⁷ Habida cuenta las consecuencias que entraña la aplicación del *non bis in idem*, si se tienen conceptos distintos del objeto del proceso intra y extra proceso.

La jurisprudencia actual hace coincidir el objeto del proceso aplicable a la correlación con el que se ha venido concibiendo aplicable para la cosa juzgada. Especialmente significativas en este sentido unificador son las siguientes resoluciones: STC de 29 de octubre de 1986, Sala Primera, ponente Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer (BDA, m. RTC 1986\134); ATC de 25 de junio de 1998, Sala Segunda (BDA, m. RTC 1998\146 auto). También en STS de 12 de diciembre de 1994 (BDA, m. RJ 1994\9374); STS de 30 de noviembre de 1995 (BDA, m. RJ 1995\8330), y STS de 8 de abril de 1998 (BDA, m. RJ 1998\4697).

reconocer el derecho de defensa en términos más amplios que la primera interpretación jurisprudencial de la técnica del art. 733.

Este cambio se va a producir además por una reinterpretación jurisprudencial del artículo 733 y 851.4. Las sentencias de los tribunales³⁴⁸ comienzan a declarar que si bien el objeto del proceso se fija por un hecho, ello no obsta a una mejor protección del derecho de defensa con la interpretación extensiva de la técnica del art. 733, viniendo a presentarse esta reinterpretación como consecuencia de la exigencia constitucional del derecho de defensa y de la proscripción de la indefensión, siendo el sentido propio del art. 733 permitir el debate de una tesis distinta, siempre que ello no signifique una modificación fáctica sustancial³⁴⁹.

II. LA CORRELACIÓN OBJETIVA O CON EL HECHO PUNIBLE. IDENTIDAD DEL HECHO PARA LA CORRELACIÓN (Y LA COSA JUZGADA Y LITIS PENDENCIA)

Como hemos visto, la doctrina consciente del problema que suscitaba la cuestión de la correlación entre acusación y sentencia y del sentido del art. 733 de la LECrim, advirtió que la solución pasaba por definir correctamente el objeto del proceso a partir de una acertada configuración del hecho o, mejor dicho, de la identidad del hecho con relevancia procesal. Había consenso teórico en que el objeto del proceso penal venía identificado por el hecho en que se funda la pretensión procesal, sin embargo, ese consenso tiende a desaparecer cuando se trata de aclarar qué es el hecho procesalmente relevante, cuestión que es en definitiva lo fundamental para determinar

³⁴⁸ Así, por ejemplo, entre muchas, la STS de 4 de noviembre de 1986, Sala de lo Penal, ponente Soto Nieto (BDA, m. RJ 1986\6241); STS de 9 de octubre de 1992 (BDA, m. RJ 1992\8221); STS de 8 de febrero de 1993, Sala de lo Penal, ponente Martínez-Pereda Rodríguez (BDA, m. RJ 1993/939); STS de 23 de Junio de 1998, Sala de lo Penal, ponente Martínez-Pereda Rodríguez (BDA, m. RJ 1998/5592).

³⁴⁹ Contribuyó también a resaltar la importancia radical del hecho para la configuración del objeto del proceso, la incorporación a la LECrim del artículo 794.3 (actual art. 789.3). *Vid.* ASENICIO MELLADO, José María, *Principio acusatorio...*, *cit.*, pp. 67-68.

precisamente en qué consiste la correlación objetiva que debe guardar la sentencia con el hecho de la acusación³⁵⁰.

Acerca de esta materia se han planteado en la dogmática procesal penal dos teorías que pretenden dar una respuesta unitaria y coherente al tema de la identificación del hecho desde un punto de vista procesal. Nos referimos a la teoría naturalista y a la teoría normativa.

Actualmente, empero, hay que añadir al análisis una tercera teoría que supera tanto a la concepción naturalista como a la normativa, y que consiste básicamente en la distinción de dos conceptos distintos de hecho. Uno muy exigente y completo en sus elementos (*res iudicanda*), que se aplica al deber de correlación, y otro más laxo e incompleto (*res iudicata*), que se aplica a la función negativa del *ne bis in idem* (cosa juzgada)³⁵¹.

1. Teoría naturalista

El proceso penal, según esta teoría, necesita de un concepto del hecho naturalista para distinguir el «hecho por el que se procede» del «hecho punible» en el sentido de la ley penal: el hecho procesal está constituido por un acaecimiento o «trozo de vida»³⁵² y no por un concreto tipo penal. La concepción naturalística considera que la identificación ha de hacerse con base en criterios puramente naturales, de los cuales habrá de surgir una unidad: la unidad de acción natural. Para ello se recurre a criterios históricos o naturales que permitan conseguir una cierta delimitación del hecho que sirva de medida con miras a conformar un objeto del proceso.

³⁵⁰ El primero en tratar esto en España fue GÓMEZ ORBANEJA, Emilio, *Comentarios..., cit.*, tomo II, pp. 286-317.

³⁵¹ Adelantamos que esta tesis no tiene cabida en Ley española, ni tampoco en su doctrina, que con bastante uniformidad se inclina por la teoría normativa. Sin embargo, creemos de utilidad aludir a un planteamiento general distinto, como se verá, y que parece ser más acorde a un sistema acusatorio más avanzado.

³⁵² GÓMEZ ORBANEJA, Emilio, *Comentarios..., cit.*, tomo II, p. 296.

1.1. Criterio espacio-temporal

Como primer criterio se utilizó la determinación espacio-temporal, así el hecho procesalmente relevante sería un simple acaecer histórico dentro de sus límites espacio-temporales³⁵³⁻³⁵⁴. Es decir, para individualizar el hecho había que atender a criterios de determinación espacial y temporal del acaecimiento histórico, en consecuencia, a efectos de identificación del hecho había que preguntarse: ¿qué cosa, dónde y cuándo? El resultado de las respuestas a estas tres cuestiones era el objeto del proceso.

Esta teoría acierta en cuanto pone de relieve que el objeto del proceso es un *factum* y no un *ius*, y además demuestra que «el hecho punible en el sentido del Código penal (acción u omisión) no es el hecho punible objeto del proceso penal, que aquél varía según los distintos tipos penales, y éste solamente según las causas naturales que lo motivaron»³⁵⁵, de manera que esta concepción permite distinguir el hecho penalmente relevante del hecho procesalmente relevante, porque como hemos señalado, el elemento individualizador de la acción es un hecho, nunca un delito, razón por la cual el juez puede pasar de un delito a otro sin romper la identidad del objeto del proceso³⁵⁶.

En segundo lugar, la teoría naturalista permitiría discernir entre actos que forman parte de la unidad de acaecer natural, de cualquier otro acto del sujeto pasivo que no queda dentro de la identidad del hecho. Sin embargo, la realidad demuestra que esto no es así, y que justamente el principal problema de este criterio es que no permite distinguir acertadamente la unidad del hecho en ciertos casos.

GUTIERREZ DE CABIEDES³⁵⁷ plantea serias dudas acerca de esta segunda cuestión de la teoría naturalista, es decir, de la distinción entre actos que forman parte de la unidad natural y aquellos otros que quedan fuera de esa unidad natural y que por

³⁵³ GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Eduardo, «La correlación...», *cit.* p. 523.

³⁵⁴ En España sustenta esta teoría FENECH, Miguel, *Derecho procesal penal*, *cit.*, tomo I, pp. 418-419, y tomo III, pp. 318-319.

³⁵⁵ GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Eduardo, «La correlación...», *cit.*, pp. 523-524.

³⁵⁶ GÓMEZ ORBANEJA, Emilio, *Comentarios...*, *cit.*, tomo II, p. 297. Coincide en lo mismo GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Eduardo, «La correlación...», *cit.*, p. 523.

³⁵⁷ GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Eduardo, «La correlación...», *cit.*, p. 524.

tanto no caben dentro del «hecho». Su argumento central se basa en que el hecho histórico estaría compuesto de infinidad de menudos hechos que sólo pueden ser agrupados atendiendo a criterios jurídicos. Y pregunta «¿Cómo podría saberse dónde empieza y dónde acaba la historia procesal sin un criterio valorativo jurídico? ¿Cómo se acota ese trozo de vida del conjunto casi infinito de acontecimientos que componen el hecho sujeto a enjuiciamiento? ¿Cómo se separan, sin método estrictamente jurídico, los puramente accidentales de los trascendentes?»³⁵⁸.

Se sostiene, en consecuencia, que esta teoría no es suficiente por sí sola para dar respuesta a ciertas cuestiones que presentan dificultades en la determinación de la amplitud del objeto del proceso. En efecto, en ciertos casos la pura referencia a criterios espaciales y temporales del hecho histórico se manifiestan ambiguos o imprecisos para la resolución de hipótesis cuya unidad no se delimita por estos criterios, así, por ejemplo, cuando el hecho no se contrae a un lapso determinado de tiempo, como sucede en el caso de lesiones de las que se derivan muchos meses después la muerte de la víctima³⁵⁹, o cuando el hecho histórico natural no puede servir de referente, como es el caso de distintas formas de participación, como son la autoría y la complicidad, las que desde un punto de vista natural son hechos distintos, pero que desde una perspectiva procesal (para la teoría normativa) constituirían un mismo hecho³⁶⁰, o también el caso de distintos grados de perfección del delito, como son la

³⁵⁸ *Ibid. cit. supra.*

³⁵⁹ Caso citado por GÓMEZ ORBANEJA, Emilio, *Comentarios...*, *cit.*, tomo II, pp. 301-302, y ASENCIO MELLADO, José María, *Principio acusatorio...*, *cit.*, p. 75. Y en sentido análogo GUTIÉRREZ DE CABIEDES, «La correlación...», *cit.*, pp. 524-525, agrega más adelante: «Por otro lado, hechos históricos y naturalmente diversos se presentan a los efectos del proceso penal como una unidad. No puede dudarse que históricamente el hecho de la agresión homicida es absolutamente distinto de la muerte sobrevinida días o incluso meses después. ¿Se puede decir a efectos procesales, en el caso anterior, que la acusación por homicidio frustrado o por lesiones, es distinta a la acción por homicidio consumado en (sic) base al posterior óbito? Naturalísticamente, es claro que son dos hechos temporal y espacialmente diversos, pero procesalmente no (...)».

³⁶⁰ *Vid.* GUTIÉRREZ DE CABIEDES, «La correlación...», *cit.*, pp. 525, que dice: «En los casos de distintos grados de participación y de desarrollo del delito, los ejemplos son mucho más convincentes. Qué duda cabe que el hecho de la autoría históricamente es por completo distinto al hecho del encubrimiento; precisamente éste comienza según el artículo 17 de nuestro Código penal donde termina aquél. Ahora bien, la acusación como autor no empece a la condena como encubridor y viceversa. Lo mismo puede decirse de la tentativa y la frustración».

consumación y las formas de tentativas³⁶¹ en que la coincidencia de los hechos desde un punto de vista natural no existe o es parcial, mientras que para la teoría naturalista el hecho procesal sería el mismo. Por último, pueden presentarse otros casos que hagan indispensable considerar criterios jurídico-penales, como en supuestos de delito continuado y concurso ideal³⁶², según se verá más adelante.

1.2. Criterio subjetivo (volitivo)

Posteriormente³⁶³ fue propuesto un segundo criterio dentro de la teoría naturalista que consistió en la referencia a la voluntad del autor. Es decir, el elemento que permitiría discernir la unidad natural del hecho es la constatación de que el agente (sujeto pasivo del proceso) persigue un fin particular que se proyecta en una conducta material³⁶⁴. La identidad del hecho, por lo tanto, depende en esta teoría de la invariabilidad del elemento volitivo³⁶⁵.

También este criterio es criticado por su inseguridad e insuficiencia³⁶⁶ para distinguir en forma adecuada ciertas hipótesis, así, por ejemplo, el problema que se presenta en la distinción entre dolo y culpa, ya que la pura afirmación de que en un delito concurre culpa y no dolo (modificación de la voluntad del agente), comportaría la modificación del hecho. Bien es verdad que algunos autores han intentado evitar esta consecuencia lógica señalando que entre culpa y dolo hay una comunidad de voluntad interna con

³⁶¹ *Ibid. cit. supra.*

³⁶² Tanto GÓMEZ ORBANEJA, Emilio, *Comentario...*, *cit.*, tomo II, pp. 307-313, como GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Eduardo, «La correlación...», *cit.*, p. 530, evidencian la insuficiencia de la teoría naturalista en estos casos.

³⁶³ *Vid.* GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Eduardo, «La correlación...», *cit.*, p. 525.

³⁶⁴ *Vid.* LA ROCCA, Manlio, *Studi...*, *cit.*, pp. 7-35 y 40-71, quien hace una presentación completa de la importancia del elemento volitivo en la individualización del hecho, aunque el autor considera que la individualización es fundamentalmente histórica, no deja de reconocerle importancia.

³⁶⁵ *Vid.* LA ROCCA, Manlio, *Studi...*, *cit.*, p. 42, que si bien no adhiere a esta teoría.

³⁶⁶ Ya veremos más adelante cómo la doctrina moderna italiana retoma este elemento volitivo: elemento subjetivo de la *fattispecie*, junto a otros elementos, para reformular la doctrina del hecho a efectos de imputación fáctica y correlación, más acorde con un sistema acusatorio.

distinta gradación³⁶⁷, pero si ello es efectivo entonces habría que concluir que el elemento volitivo es ineficaz e irrelevante a efectos de identificación del hecho.

En segundo lugar, se ha criticado la referencia a la voluntad del autor en la medida que un criterio puramente volitivo de la acción con las miras puestas en un fin específico, nos puede llevar a establecer objetos procesales cada vez que concurra una voluntad específica dirigida a un fin, dando lugar a varios objetos procesales independientes, cuando en realidad entre ellos exista evidente conexión y unidad. Esta crítica señala que de utilizarse el criterio de la voluntad, cada fin específico dentro de una unidad fáctica podría generar un objeto procesal independiente, lo que por supuesto parece del todo inconveniente³⁶⁸.

La doctrina que hace estas críticas, pretende, mediante una valoración normativa del hecho, dar una respuesta a los problemas de la identificación del objeto del proceso que se derivan de la sola aplicación de los criterios naturalista del hecho.

2. Visión normativa del hecho

La concepciones normativas del hecho pretenden contestar a la cuestión de la identidad del hecho desde una lectura jurídico-penal del mismo, puesto que, como hemos visto, consideran incorrecta la pura utilización de los criterios naturales, estimando necesario adoptar una visión de Derecho penal sustantivo con el objeto de poder disponer de un criterio que les permita identificar el hecho y medir su invariabilidad (o identidad) en todos los casos, y sobre todo en aquellos en que los criterios naturales se mostraron inútiles.

³⁶⁷ Vid. GÓMEZ ORBANEJA, Emilio, *Comentario...*, cit., tomo II, p. 298; GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Eduardo, «La correlación...», cit., pp. 525-526. También ASECIO MELLADO, José María, *Principio acusatorio...*, cit., pp. 74-75.

³⁶⁸ ASECIO MELLADO, José María, *Principio acusatorio...*, cit., p. 74, dice «Sin embargo este dato de la voluntad, que coincide con el rasgo volitivo típico del Derecho penal material, ha sido desterrado en sede procesal por muy diversas razones. Así, por ejemplo, se dice que en atención al mismo podría configurarse como un solo hecho y constituir un objeto procesal independiente toda acción realizada con las miras puestas en un fin específico, tales como el robo del arma para cometer el asesinato; el robo de la cartera con cuyo producto comprar el billete del autobús para acudir al lugar donde se cometió la violación, etc.; así como los múltiples robos, estafas, etc. llevados a cabo durante años para conseguir el enriquecimiento personal».

Esta teoría³⁶⁹ busca en el concepto jurídico-sustantivo de hecho (hecho penal) uno o más elementos que sirvan a efectos de la determinación procesal del mismo³⁷⁰, intentando hacer una valoración jurídico penal, pero sin confundir el hecho procesal con un preciso hecho penal o delito. El hecho procesal sigue siendo un *factum* con individualidad propia, pero se ha de tener en cuenta que este *factum* lo es dentro de un asunto penal³⁷¹, de una relación de Derecho procesal penal y penal, manifestado en la imputación de un hecho supuestamente ilícito a una persona que eventualmente habrá de soportar una consecuencia penal.

La realidad de la subsunción de una acción y de un resultado en una norma penal impone la necesidad de tener en cuenta ciertos elementos conformadores de ésta. Piénsese, por ejemplo, en los casos que ya mencionamos: las lesiones de las que se derivan muchos meses después la muerte de la víctima, o los casos de distinta forma de participación o de distinto grado de perfección, así como también los casos de delito continuado y concurso ideal, en los cuales los criterios espacio-temporal y volitivo se manifiestan claramente insuficientes.

³⁶⁹ Es VON KRIES, en la doctrina alemana, quien se comienza a apartar de la teoría naturalista, y BELING el primero en sostener que sin una especial visión jurídico penal del hecho es imposible identificarlo procesalmente. Modernamente, aunque con matices, BAUMANN, Jürgen, *Derecho procesal penal*, cit., pp. 267-294, y ROXIN, Claus, *Derecho procesal penal*, cit., pp. 160-163 y 415-417. La doctrina española sigue muy de cerca a la doctrina alemana a partir de las explicaciones en este sentido de GÓMEZ ORBANEJA, Emilio, *Comentarios...*, cit., tomo II, p. 301, y de GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Eduardo, *Correlación...*, cit., pp. 526-529. Vid. CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, *La cosa juzgada penal*, cit., p. 60 y ss; VÁZQUEZ SOTELO, «El principio acusatorio...», cit., pp. 126-128; VERGER GRAU, Joan, *La defensa del imputado...*, cit., pp. 109-113; ASECIO MELLADO, José María, *Principio acusatorio...*, cit., pp. 76-80; GALDANA PÉREZ MORALES, Mónica, *Correlación...*, cit., pp. 25-26; CUCARELLA GALIANA, Luis, *La correlación...*, cit., pp. 129-136.

³⁷⁰ Vid. GÓMEZ ORBANEJA, Emilio, *Comentarios...*, cit., tomo II, p. 301; ASECIO MELLADO, José María, *Principio acusatorio...*, cit., p. 76.

³⁷¹ En términos generales la doctrina suele afirmar que el proceso penal requiere de una visión normativa del hecho, es decir, jurídico-penal-sustantivo, ya que a través del proceso el hecho procesalmente relevante no es el hecho desnudo, sino aquel valorado desde un punto de vista jurídico. Se afirma que desde el inicio del proceso el hecho es valorado desde un punto de vista penal sustantivo, así en el trámite de admisión de la querrela se requiere de una valoración penal sustantiva del hecho, luego en el sobreseimiento o en la apertura del juicio oral también existe una valoración penal sustantiva del hecho. Vid. ASECIO MELLADO, José María, *Principio acusatorio...*, cit., p. 73; VERGER GRAU, Joan, *La defensa del imputado...*, cit., pp. 109-112; CUCARELLA GALIANA, Luis, *La correlación...*, cit., pp. 128-129.

Como veremos más adelante, en estos casos se hallan involucradas valoraciones de naturaleza penal sustantivas, que se encuentran resueltas por la ley penal previas definiciones dogmático-penales, razón por la cual es imprescindible hacer valoraciones normativo-penales del hecho o del objeto del proceso que superan los criterios naturalistas señalados³⁷².

2.1. *Criterio del objeto normativo definido por la acción típica*

El criterio fundamental para averiguar la identidad del hecho sostiene que lo importante para la permanencia inalterable de éste no es que permanezca invariable su unidad material sino la subsistencia de su objeto normativo³⁷³. El núcleo central de esta teoría considera que el «objeto normativo es un elemento común a varios tipos penales que viene a constituir la esencia de todos ellos. En el hecho punible, el elemento principal es ese elemento normativo que hace que aunque los elementos accidentales cambien, el hecho procesalmente sea el mismo. El juez, por deber de oficio, provocado por la legalidad y oficialidad del proceso penal, tiene la obligación de buscar y

³⁷² ASENCIO MELLADO, José María, *Principio acusatorio...*, cit., pp. 76-77, dice que «en los supuestos de unidad legal material, como lo es el concurso ideal, que históricamente comprende hechos distintos pero que se reúne en uno solo por la voluntad exclusiva de la Ley; así, sostiene BERTEL, el Código Penal, en atención a la importancia misma del bien jurídico infringido, concluye soluciones diferenciadas y establece unidades o pluralidades delictivas ante supuestos de acciones similares de modo que, por ejemplo, quien en un solo acto roba a varias personas comete un único delito de robo, mientras que el que coloca una bomba y mata simultáneamente a varias personas, realiza tantos delitos de asesinato como sujetos hayan perdido la vida».

«Es necesario, pues encontrar una solución en sede normativa que ofrezca los elementos útiles al fin de identificación del hecho que signifiquen un criterio seguro y, sobre todo, con vocación general, que permitan concretar el dato de la esencialidad siempre invariable como parámetro utilizable en orden a la comparación entre el hecho acusado y aquel que es objeto de la condena».

³⁷³ Esta es la teoría predominante en la doctrina española desde que GÓMEZ ORBANEJA, Emilio, *Comentarios...*, cit., tomo II, p. 302 y ss, adhiriera sin reservas a ella. Luego le han seguido con pocos matices GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Eduardo, *Correlación...*, cit., pp. 526-529; CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, *La cosa juzgada penal*, cit., pp. 60 y ss; VÁZQUEZ SOTELO, «El principio acusatorio...», cit., pp. 126-128; VERGER GRAU, Joan, *La defensa del imputado...*, cit., pp. 109-113; ASENCIO MELLADO, José María, *Principio acusatorio...*, cit., pp. 76-80; GALDANA PÉREZ MORALES, Mónica, *Correlación...*, cit., pp. 25-26; CUCARELLA GALIANA, Luis, *La correlación...*, cit., pp. 129-136.

mantenerse dentro del objeto normativo, pero no se encuentra ligado por los elementos accidentales del conjunto»³⁷⁴.

Luego, los elementos accidentales pueden ser modificados y cuando son valorados por el órgano jurisdiccional no suponen un cambio de objeto³⁷⁵.

Por otra parte, este concepto normativo permite distinguir un hecho punible de otros extraños y distintos. El criterio es que aquellos hechos que no estén abrazados por el núcleo básico determinado por el elemento común de un grupo de delitos forman un objeto procesal distinto, de modo que el juzgador no puede enjuiciarlos sin una previa acusación. Con todo, estos hechos pueden haber sido objeto de acusación con otros hechos distintos y ser juzgados en el mismo juicio oral en virtud de la aplicación de las normas de conexión, sobre la base de un concurso real de delitos³⁷⁶.

Ahora bien, el objeto normativo es un concepto, hasta aquí, definido en un sentido puramente formal, sin un contenido determinado que nos permita concretarlo. Para darle este contenido que reclamamos se ha recurrido al concepto penal de la acción típica.

El concepto de acción se basa en la consideración de los actos típicos de la ejecución descritos por la ley penal a efectos de individualizar el hecho procesal. Es decir, se estima que existe identidad normativa del hecho de la acusación con el de la sentencia cuando, al menos, se da una coincidencia parcial entre el hecho de la acusación y el supuesto fáctico típico de la norma penal aplicada en la sentencia, o lo que es lo mismo, existe identidad normativa cuando se da una identidad parcial del hecho como actividad del *Tatbestand* de la norma jurídica invocada por la acusación, y

³⁷⁴ GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Eduardo, «La correlación...», *cit.*, p. 527. Una buena exposición de la teoría normativa en sus distintas manifestaciones alemanas e italianas puede encontrarse en LA ROCCA, Manlio, *Studi...*, *cit.*, pp. 42-50.

³⁷⁵ *Vid.* ROXIN, Claus, *Derecho procesal penal*, *cit.*, pp. 160-161.

³⁷⁶ *Vid.* GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Eduardo, «La correlación...», *cit.*, p. 527, sobre la teoría normativa concluye «De esta doctrina puede desprenderse una proposición negativa: no son objeto del proceso penal aquellos hechos que no están abrazados por aquél núcleo básico mencionado, por más que estén ligados como medio a fin con los hechos que forman el objeto (v.gr., el robo del veneno para el asesinato posterior). Estos hechos pueden venir sometidos al juez del proceso principal atendiendo a las normas de conexión (...), pero provocarán una acumulación de objetos procesales y un verdadero concurso real de delitos».

aquella constitutiva de la norma utilizada por la sentencia como base para la condena o absolución³⁷⁷.

Es evidente que si se predica la exigencia de la coincidencia parcial de la acción típica de la acusación y la que se estima en la sentencia, se resuelven aquellos problemas que se suscitaban con la teoría naturalista respecto de aquellos hechos que no se contraían a un lapso de tiempo (lesiones que devienen en muerte), tanto como aquellos supuestos en que el hecho está compuesto por diversidad de acciones naturales (distintos grados de perfección del delito, delito continuado), pues en dichos casos basta con que haya una coincidencia parcial de la acción, lo cual se cumple. Pero al mismo tiempo es menester reconocer que al establecer un criterio elástico y, por qué no decirlo, poco exigente de hecho (la sola coincidencia parcial de la acción típica), ello significa mayores poderes para el juez a la hora de apreciar (e introducir) modificaciones al hecho imputado por el acusador³⁷⁸.

Con esta forma de entender la identidad del hecho, quedan fuera de esa identidad (sustancial) y devienen irrelevantes (accesorios) una serie de elementos de hecho que forman parte de la imputación fáctica de la acusación, dando al juez unos márgenes amplios para retocar o modificar esas partes de la imputación. En efecto, en esta teoría son considerados elementos fácticos irrelevantes en la identificación del hecho los elementos de tiempo y de lugar concretos, es decir, aquellos elementos fácticos que individualizan históricamente el hecho imputado en la acusación. Pero además también quedan fuera del hecho procesalmente relevante aquellos elementos fácticos que forman parte del hecho penalmente relevante, como son el elemento subjetivo, el nexo causal y el resultado. Bajo el criterio de la coincidencia parcial de la acción típica, tanto los primeros como los segundos elementos pueden ser modificados en la sentencia sin alteración sustancial del hecho objeto del proceso³⁷⁹.

³⁷⁷ ASENCIO MELLADO, José María, *Principio acusatorio...*, cit., p. 77-78.

³⁷⁸ Esta característica de la concepción normativa es la que en definitiva, como se verá más adelante, es la que provoca su rechazo por las doctrinas modernas. *Vid.* la exposición sobre la teoría superadora de las concepciones naturalista y normativa del hecho.

³⁷⁹ Ésta ha sido la preocupación constante de la doctrina italiana desde BETTIOL, MANZINI y LA ROCCA en adelante, que los ha llevado a rechazar la doctrina del objeto normativo, proponiendo otras formas de individualizar el hecho. *Vid.* BETTIOL, Giuseppe, «La correlazione...», pp. 239 y ss; MANZINI, Vincenzo, *Trattato...*, cit., pp. 429-430, y en *Tratado...*, cit., pp. 367-368; LA ROCCA,

2.2. Criterio del bien jurídico

El criterio de la acción típica ha sido criticado por ser insuficiente. Se dice, en general, que no es posible imaginar una actividad humana sin un resultado y por tanto ese resultado debe ser tenido en cuenta con vista a la identificación del hecho: el hecho necesita la referencia del resultado para ser más precisamente determinado, al menos desde un punto de vista jurídico-penal³⁸⁰, lo cual no sucede con la sola aplicación del

Manlio, *Studi...*, cit., pp. 50-62; CORDERO, Franco, «Considerazioni...», cit., pp. 939-941, también en *Procedura penale*, cit., pp. 452-455; RAFARACI, Tommaso, *Le nuove...*, cit., pp. 1-25; CALAMANDREI, Iolanda, «Diversità...», cit., pp. 643 y ss; GIANNITI, Pasquale, «Rilievi...», cit., pp. 409-411; GIARDA, Angelo y SPANGHER, Giorgio, *Codice...*, cit., pp. 1464-1468. En un trabajo específico sobre la culpa genérica y culpa específica, CASTRONUOVO, Donato, «La contestazione...», cit., pp. 3836 y ss.

³⁸⁰ Vid. BETTIOL, Giuseppe, «La correlazione...», cit., pp. 251 y 267 y ss. Para este autor la tesis normativa se construye sobre la base del caso del delito continuado, concebido éste como una unidad jurídica a los fines sustanciales, y no como una unidad jurídica a fin de mitigar la sanción penal, de manera que, por ejemplo, una acusación de hurto simple puede terminar siendo sancionada en sentencia como hurto continuado, ya que habría una identidad (parcial) del objeto del proceso. En cambio, si se considera que el delito continuado es una unidad sólo a efectos de evitar la acumulación de pena, que es lo que BETTIOL considera correcto, se ha de entender que procesalmente hay pluralidad de hechos distintos, los cuales el juez no podría enjuiciar sin haber sido introducidos por la acusación. Admitir lo contrario implicaría la violación del principio del *ne procedat iudex ex officio*.

La teoría normativa, en opinión del autor, al distinguir entre hechos sustanciales y adjetivos, transporta al terreno procesal las categorías del hecho penal divididas en esencial y accidental, lo que en su opinión no serviría para resolver la cuestión de la correlación. Y pregunta si se podría entender como elemento sustancial a la acción delictiva. A su juicio esto no es posible porque los elementos de la *fattispecie* delictiva no gravitan en torno a la acción delictiva, sino en torno a lo que denomina *evento*, es decir, al resultado de la acción. Para ilustrar la cuestión da el ejemplo del homicidio que se puede haber realizado por un tiro de fusil como por una cuchillada: *Tizio può averlo perpetrato con un colpo de fucile como con una coltellata*. La acción en la dos hipótesis es diversa, por lo que si se requiere la permanencia de una determinada acción a través de todo el proceso debemos concluir que hay una diversidad de hechos si la acusación insiste sobre el disparo de arma de fuego y el juez piensa probado que la muerte fue causada por una cuchillada (BETTIOL, Giuseppe, «La correlazione...», cit., pp. 251-252). Por supuesto, este autor distingue a la acción del hecho. Este último —el hecho— además de la acción, abraza al evento o resultado. Parte de su posición, como acabamos de indicar, se basa en la diferenciación entre hecho y acción delictiva sobre la base de que lo subsumido en cada tipo penal no es la acción sino el evento o resultado de la misma. En su teoría, como hemos dicho, el hecho abraza tanto la acción delictiva como al evento o resultado, de modo que habrá un hecho distinto cada vez que se modifique el evento o resultado subsumido a pesar de que provengan de una misma acción, como es el caso del concurso ideal, por ejemplo. Así la existencia de una acusación que sólo se refiere a unos hechos y no a otros en concurso ideal, afecta directamente a la correlación de la sentencia. Este autor requería para salvar la correlación el uso del mecanismo de la notificación verbal de la acusación complementaria y contestación supletoria del artículo 445 del *Codice de Procedura penale* (derogado) (En el vigente *Codice di Procedura Penale* la cuestión se resuelve en los artículos 517 con relación al art. 519), con lo cual se produce una acumulación de objetos procesales.

criterio de la acción. Los actos de ejecución típica previstos en la norma penal lo son de una manera muy abstracta, de modo que dentro de esa actividad abstractamente prevista cabe una amplia gama de conductas concretas. Pensemos, por ejemplo, en la infinidad de conductas que pueden incluirse dentro de la actividad de ejecución típica del homicidio. Es evidente que una determinación de esta manera del hecho procesal

En fin, los casos más problemáticos para la definición adecuada de cuál es el hecho procesal, desde la perspectiva crítica de la teoría normativa, son el concurso ideal, el delito continuado, las agravantes y grados diversos de participación.

En el caso del concurso ideal, según BETTIOL («La correlazione...», *cit.*, pp. 280-290), se debe aplicar la regla del hecho nuevo. En el concurso ideal una sola acción produce varios eventos o resultados; lo que ocurre es que son los eventos o resultados los que se subsumen en cada tipo delictivo y no la acción delictiva. Así por ejemplo en el caso del sujeto que entra a la casa de otro para matarle, cometería violación de domicilio y homicidio, siendo dos hechos distintos.

Con respecto a los delitos en concurso real, en donde hay varias acciones y varios delitos (en el concurso ideal hay una pluralidad de delitos, pero una sola acción delictiva), consideraba que también debían ser estimados hechos nuevos que requerían la notificación verbal del complemento de acusación realizado por el órgano de la acusación, para la contestación supletoria del imputado, conforme al mecanismo del artículo 445 del *Codice di Procedura Penale* (derogado). La misma regla consideraba aplicable para el delito continuado y agravantes que aparecen durante el juicio y que por lo tanto no estaban incluidas en la acusación.

Un tratamiento distinto merece, en su opinión, el caso del hecho diverso, que define como aquel que se separa claramente del hecho por la diversidad total de los elementos formalísticos o por la diversidad de los intereses lesionados, cuando no sólo formalísticamente sino también sustancialmente falta una coincidencia entre el hecho puesto en acusación y aquel que lo va a sustituir en el curso del debate (BETTIOL, Giuseppe, «La correlazione...», *cit.*, p. 262. *Fatto diverso, quindi, è quello che si stacca nettamente dal fatto originario per la diversità totale degli elementi formalistici o per la diversità dell'interesse leso, quando cioè non solo formalisticamente ma pure sostanzialmente manca una coincidenza tra il fatto posto in accusa e quello che vi si sostituisce nel corso del dibattimento*), la solución es que debe ser ordenada la transmisión del mismo al órgano de la acusación para el ejercicio de la acción penal correspondiente, usando el mecanismo del artículo 477 del derogado *Codice di Procedura Penale* (BETTIOL, Giuseppe, «La correlazione...», *cit.*, p. 262. En el vigente *Codice di Procedura Penale* es el artículo 521 el que contiene la solución comentada).

No obstante cabe señalar, como el mismo BETTIOL señaló en «La correlazione...», *cit.*, p. 238 y ss, y también en *Instituciones...*, *cit.*, pp. 255-262, que la plasticidad de su tesis está siempre condicionada por la justificación en el derecho de defensa que atribuye a la correlación entre acusación y sentencia, de manera que en general tiende a juzgar que hay infracción de la correlación cuando considera vulnerada alguna de las posibilidades defensivas del imputado, y consecuente con esto no ve problema para afirmar que no es necesario notificación de ningún tipo para que el juez valore todo aquello que alivie la posición del imputado.

Corresponde observar también que en la doctrina de BETTIOL («La correlazione...», pp. 239 y ss) la identidad del hecho en casos de litis pendencia y cosa juzgada viene dada por el hecho punible entendido como acción típica, igual como en la tesis normativa, ya que la finalidad de la identidad en estos casos es el cumplimiento del *ne bis in idem*, a diferencia de la correlación cuyo fundamento sería el derecho de defensa.

es, como mínimo, muy imprecisa o ambigua³⁸¹. Por tal razón, dentro de la teoría normativa se añade al criterio de la actividad la consideración del objeto material de la tutela penal o, en otras palabras, el resultado lesivo de la acción delictiva (bien jurídico lesionado), de manera de dar un mayor grado de determinación al hecho³⁸².

Sin embargo, una parte de la doctrina española³⁸³ insiste en la utilización sólo del criterio de la acción y desecha el criterio del bien jurídico, pues consideran que si se aplicara la exigencia copulativa de ambos ya no bastaría la invariabilidad de la acción para sostener la identidad del objeto procesal, sino que además se requeriría la invariabilidad del bien jurídico, de modo que si éste se modificara ello afectaría la señalada identidad. Tal situación supondría entonces que el juzgador no podría calificar jurídicamente el hecho de otra manera y modificar el resultado lesivo de la acción (el bien jurídico protegido).

Reconocen, eso sí, que el bien jurídico es útil para justificar la unidad normativa del objeto justo en el caso que dicha identidad no pueda apoyarse en la acción. Sostienen que esto es así en el supuesto de las distintas formas de participación y la autoría. En éstas las acciones del autor y las de los partícipes son totalmente diversas, de modo que no habría unidad normativa sobre la base de la identidad de acción, y, por tanto, unas y otras darían lugar a objetos procesales distintos. De lo anterior se seguiría que la acusación por una de ellas no habilitaría al juez para dictar una sentencia por las otras. Con la finalidad de evitar este efecto limitador sobre los poderes del juez, se acaba utilizando el criterio del bien jurídico en lugar del de la acción, y así poder concluir que existe unidad del objeto normativo también en este caso. Como se ve, esta opinión utiliza el bien jurídico como un medio para ampliar los poderes del juez, y no con el propósito de especificar o determinar más precisamente el hecho, según parecía ser el

³⁸¹ CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, *La cosa juzgada penal*, cit., p. 60; ASECIO MELLADO, José María, *Principio acusatorio...*, cit., p. 78.

³⁸² Vid. CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, *La cosa juzgada penal*, cit., p. 60; ASECIO MELLADO, José María, *Principio acusatorio...*, cit., p. 78. También las agudas observaciones de LA ROCCA, Manlio, *Studi...*, cit., pp. 40-62.

³⁸³ Vid. GÓMEZ ORBANEJA, Emilio, *Comentarios...*, cit., tomo II, p. 305-306; GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Eduardo, «La correlación...», cit. pp. 528-529; DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, *Derecho procesal penal*, cit., cuarta edición, pp. 208-211; CUCARELLA GALIANA, Luis, *La correlación...*, cit., pp. 129-136.

sentido inicial de la teoría. En otras palabras, ¿cómo se puede condenar por complicidad si se acusaba por autoría, cuando entre una y otra no hay ninguna similitud de acción? La justificación está en el bien jurídico: tanto la autoría como la complicidad lesionan un mismo bien jurídico, lo cual justificaría su tratamiento como unidad normativa.

Esta es la opinión de GÓMEZ ORBANEJA³⁸⁴, GUTIERREZ DE CABIEDES³⁸⁵ o DE LA OLIVA³⁸⁶. El bien jurídico opera como criterio sustitutorio en aquellos casos en que el objeto normativo definido por la acción es insuficiente, que en opinión de estos autores acontece sólo en los casos de participación. Así su concepto de identidad es disyuntivo: «tanto para la correlación de la acusación con la sentencia como para la exclusión del segundo proceso por efecto del primero (bien por litis pendencia, bien por cosa juzgada), debe considerarse que el hecho es el mismo:

1. Cuando existe identidad al menos parcial de los actos de ejecución “típicos”; o

³⁸⁴ GÓMEZ ORBANEJA, Emilio, *Comentarios...*, cit., tomo II, p. 305-306.

³⁸⁵ GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Eduardo, «La correlación...», cit. pp. 528-529. Este autor dice que la teoría del objeto normativo definida por el criterio de la acción falla justo en los casos de participación: «Resulta evidente que en estos supuestos el objeto normativo de la autoría es distinto al de la complicidad, y no digamos al del encubrimiento. Los diferentes tipos penales están pensados para los autores y su objeto normativo, o esencia del tipo, abarcará más o menos conductas típicas, pero siempre en grado de autoría. La complicidad o el encubrimiento se penan no por la aplicación de las normas de la parte especial del Código penal, sino por la vigencia de normas específicas de la parte general (arts. 12 a 18) que ensanchan a los cómplices y encubridores la punición que en la parte especial es sólo para los autores» (p. 528).

Y luego agrega: «Abarcando sólo el objeto normativo a los autores, no le sería lícito al juez, aplicando la tesis de LIU, si se acusa a un sujeto como encubridor, castigarlo como autor, ni viceversa».

«En los casos de complicidad, inducción, cooperación, etcétera, el criterio complementario no puede ser otro que el del bien jurídico protegido. ¿Qué hay de común entre matar a otro y colaborar, inducir, auxiliar, etc., al autor de homicidio? Indudablemente, el atentado de diversas maneras contra el bien único protegido: la vida».

Con respecto al encubrimiento, apunta: «En el encubrimiento, el elemento de unión no es el bien jurídico protegido. El que oculta, alberga, etc., al delincuente, una vez ocurrida la muerte, no atenta contra la vida. La vida está ya irreparable y definitivamente atacada. Atenta más bien contra la administración de justicia que está interesada en aprehender al delincuente (...) el encubridor comete un delito contra la administración pública y sólo por la conexión que este delito tiene con el principal deducido en juicio, el juez no comete incongruencia, si acusado el imputado, por ejemplo, de encubridor, lo condena como autor» (pp. 528-529).

³⁸⁶ DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, *Derecho procesal penal*, cit, cuarta edición, pp. 208-211.

2. Cuando aun sin darse tal identidad, sea el mismo el objeto material del delito».

En contra de esta posición hay otros autores como CORTÉS DOMÍNGUEZ³⁸⁷, ASECIO MELLADO³⁸⁸ o GALDANA PÉREZ³⁸⁹, que efectivamente sí adhieren a la doctrina de la exigencia conjunta de los criterios de acción y bien jurídico. Bien es cierto que sostienen que en determinados casos se ha de aplicar uno u otro criterio exclusivamente, pero en general parten de la idea copulativa o complementaria, reconociendo casos de aplicación exclusiva de uno u otro criterio³⁹⁰⁻³⁹¹. ¿Cuáles son los

³⁸⁷ CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, *La cosa juzgada penal*, cit., p. 59 y ss.

³⁸⁸ ASECIO MELLADO, José María, *Principio acusatorio...*, cit., pp. 78-79.

³⁸⁹ GALDANA PÉREZ MORALES, Mónica, *Correlación...*, cit., pp. 148-151.

³⁹⁰ ASECIO MELLADO, José María, *Principio acusatorio...*, cit., p. 80, señala al respecto que «los criterios para la identificación e individualización del hecho procesal se contraen a la acción típica, su resultado, o ambos en común, debiendo optarse en cada caso por uno, otro, o los dos, en función o dependencia del contenido mismo de la acusación».

³⁹¹ Creemos conveniente señalar que el bien jurídico también ha sido utilizado por la jurisprudencia como criterio para determinar la exigencia de homogeneidad delictiva (descendente), considerando a la homogeneidad descendente presupuesto para poder condenar por delito distinto en los casos que no se usa la tesis del art. 733, es decir, en aquellos casos de condena por delito de igual o menor gravedad que el de la acusación, según se desprende del tenor del art. 851.4. En dichas hipótesis, como se tendrá ocasión de ver más adelante, el bien jurídico, mediante la exigencia de homogeneidad delictiva, pretende solventar la ausencia de debate contradictorio sobre el cambio de calificación y por lo tanto se presenta como el requisito desarrollado por la jurisprudencia para compatibilizar el derecho de defensa con las facultades de calificación del tribunal cuando no se somete a debate la tesis del juzgador. En este caso la homogeneidad delictiva opera como sustituto de la técnica del art. 733. Entre muchas, las siguientes sentencias de los últimos años han tratado sobre el distinto título de condena y la homogeneidad: STC de 10 de abril de 1981, Sala Primera, ponente Latorre Segura (BDA, m. RTC 1981\12); STC de 15 de diciembre de 1997, Sala Segunda, ponente Viver Pi-Sunyer (BDA, m. RTC 1997\225); ATC de 10 de enero de 1997 (BDA, m. RTC 1997\59); STS de 15 de julio de 1991 (BDA, m. RJ 1991\5928); STS de 7 de junio de 1993, Sala de lo Penal, ponente Conde-Pumpido Ferreiro (BDA, m. RJ 1993\5154); STS de 23 de enero de 1998, Sala de lo Penal, ponente Conde-Pumpido Tourón (BDA, m. RJ 1998\84); STS de 25 de mayo de 1998, Sala de lo Penal, ponente Puerta Luis (BDA, m. RJ 1998\4434); STS de 12 de febrero de 1999, Sala de lo Penal, ponente García Ancos (BDA, m. RJ 1999\2394); STS de 17 de septiembre de 1999, Sala de lo Penal, ponente Prego de Oliver (BDA, m. RJ 1999\7191); STS de 29 de marzo de 1999, Sala de lo Penal, ponente Puerta Luis (BDA, m. RJ 1999\3128); STS de 12 de abril de 1999, Sala de lo Penal, ponente Ramos Gancedo (BDA, m. RJ 1999\3113); STS de 30 de abril de 1999, Sala de lo Penal, ponente García Ancos (BDA, m. RJ 1999\3336); STS de 9 de junio de 1999, Sala de lo Penal, ponente Jiménez Villarejo (BDA, m. RJ 1999\5422); STS de 25 de junio de 1999, Sala de lo Penal, ponente Marañón Chávarri (BDA, m. RJ 1999\5989); STS de 2 de julio de 1999, Sala de lo Penal, ponente Conde-Pumpido Tourón (BDA, m. RJ 1999\5807); STS de 13 de noviembre de 1999, Sala de lo Penal, ponente Bacigalupo Zapater (BDA, m. RJ 1999\8710); STS 20 de enero de 2000, Sala de lo Penal, ponente Abad Fernández (BDA,

casos específicos? Lamentablemente los que han mantenido esta posición no especifican en qué supuestos se han de aplicar copulativamente y en qué otros sólo uno de ellos, sin embargo, parece lógico suponer que la aplicación copulativa es procedente en la mayoría de los casos en que se trata de hechos penales únicos³⁹², mientras que en el caso de pluralidad de hechos penales, como el concurso ideal, pareciera resolverse más bien bajo el criterio de la acción, y, por el contrario, en el caso de las diversas formas de participación se resolvería de forma adecuada bajo el criterio del bien jurídico únicamente.

Esta segunda posición actualmente hallaría sustento en la ley a partir de la introducción del artículo 794.3 (actual 789.3) de la LECrim.

En efecto, al momento de buscar un soporte normativo a la complementariedad de ambos criterios, actos de ejecución típicos y bien jurídico, se ha utilizado la disposición del art. 789.3 de la LECrim que prohíbe «condenar por delito distinto cuando éste conlleve una diversidad de bien jurídico o mutación sustancial del hecho enjuiciado», entendiéndose que en esta norma se consagra la exigencia copulativa de los dos criterios para valorar la identidad del hecho³⁹³⁻³⁹⁴, de modo que si se modifica

m. RJ 2000\438), y STS de 3 de mayo de 2000, Sala de lo Penal, ponente García Ancos (BDA, m. RJ 2000\3448).

³⁹² Así parece insinuarlo además el mismo art. 789.3 LECrim.

³⁹³ Vid. ASENSIO MELLADO, José María, *Principio acusatorio...*, cit., p. 79; MORENO CATENA, Víctor, *El Proceso Penal*, AAVV, tomo III, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 2404 y ss.

³⁹⁴ Así, por ejemplo, la STS de 7 de junio de 1993, Sala de lo Penal, ponente Conde-Pumpido Ferreiro (BDA, m. RJ 1993\5154), en la que se establece la importancia de la acción y del bien jurídico como elementos copulativos que sirven para determinar la identidad del objeto normativo.

La Sentencia razona del siguiente modo:

«Fundamento de Derecho

UNICO.- (...) El principio acusatorio es una manifestación de otro principio primario y más general, cual es el que toda persona tiene derecho a defenderse, para lo que ha de conocer los términos de la acusación de la que debe ser informada (art. 24.2 CE), estableciendo tales términos el objeto del proceso, que no puede ser alterado por el Tribunal de forma que se configure un delito distinto o una circunstancia penológica diferente a las que fueron objeto del debate procesal y sobre la que no haya tenido oportunidad de informarse y manifestarse el acusado, ejercitando su derecho a la defensa».

«No obstante lo dicho ha de establecerse una diferencia entre lo que constituye una verdadera alteración del objeto del proceso, modificando elementos del hecho o de la calificación delictiva del mismo, que es algo que sólo está permitido si aquella modificación no afecta a elementos esenciales de

uno u otro aspecto el hecho procesal vendría a ser uno distinto (y distinto el objeto procesal).

Por último, déjese constancia que en dos casos ni siquiera el criterio del bien jurídico sirve para explicar el posible enjuiciamiento único de hechos normativamente distintos. Nos referimos al caso del concurso real y al encubrimiento. En estas dos situaciones se debe aplicar el criterio complementario de la conexión, de conformidad a lo que dispone expresamente la Ley española. El concurso real está previsto y regulado en el art. 17 de la LECrim y 73 del CP, y el encubrimiento en el art. 17 LECrim y 451 del CP.

Tanto el concurso real como el encubrimiento suponen hechos distintos, y, además de hechos distintos, ambas figuras no comparten con los otros hechos delictivos la infracción de un mismo bien jurídico. En consecuencia, ninguno de estos dos criterios, la identidad del hecho o la lesión de un mismo bien jurídico, pueden explicar por qué el legislador decide ordenar que se enjuicien conjuntamente en las hipótesis del art. 17 de la LECrim.

los hechos sino sólo a aspectos accidentales o periféricos de los mismos, así como que en la calificación se conserve la homogeneidad delictiva, tratándose de tipos que lesionan o ponen en peligro el mismo bien jurídico y por una mecánica análoga; y siempre, además que, el delito homogéneo introducido por el Tribunal no sea más grave que el que fue objeto de acusación [SS. 10-10-1986 (RJ 1986\5588); 28 febrero, 4 noviembre 1987 (RJ 1987\2211 y RJ 1987\8445); 10 abril y 16 junio 1989 (RJ 1989\6742); 7 febrero y 25 junio 1990 (RJ 1990\1179 y RJ 1990\5665); 7 marzo; 6 junio y 20 septiembre 1991 (RJ 1991\1935, RJ 1991\4531 y RJ 1991\6502), entre otras]. En cambio, cuando el objeto del proceso no es alterado y si sólo lo es la entidad de la pena que es consecuencia del delito acusado, que es precisamente el que se pena, entra en juego el principio de individualización de la pena que es potestad del Tribunal y que aparece regulado en las reglas del art. 61, concediendo a aquél una facultad de flexibilización y árbitro que pertenece a la esencia de la función de juzgar».

«(...) En cambio, cuando de lo que se trata, como es el caso que se debate en este recurso, es de la aceptación en la sentencia del hecho objeto de acusación y defensa y de la calificación jurídica del mismo debatida por las partes, sólo que graduando el Tribunal la pena legal dentro del marco punitivo y en la forma prevista por las reglas 4.^a ó 7.^a del art. 61 CP -y, en su caso, tratándose de la pena de multa, dentro de lo prevenido por el art. 63 de aquel Código- la cuestión varía. Ahora bien, la anterior doctrina se ha pronunciado al margen de la reforma procesal introducida por la LO 7/1988, de 28 diciembre (RCL 1988\2605) y sin haber tenido, por ello, que tomar en consideración el impacto que sobre ella pueda producir la norma imperativa prevista para las sentencias dictadas en el procedimiento abreviado en el art. 794.3 de la LECrim -que es la que invocan los recurrentes como base de su alegación- norma que dispone que «la sentencia no podrá imponer pena que exceda de la más grave de las acusaciones...». La interpretación que se dé a tal norma es lo que permitirá conocer su compatibilidad con la doctrina antes expuesta o la necesidad de corregir la misma, al menos en el ámbito del procedimiento abreviado en el que, por el principio de especialidad, rige tal precepto».

Con respecto al concurso real cabe recordar que éste se constituye como una pluralidad de infracciones producidas por una pluralidad de hechos, realizadas por un mismo autor.

Son dos los fundamentos por los que la Ley dispone su enjuiciamiento unitario. Primero, el penológico-subjetivo, que se halla perfectamente regulado en el art. 73 y ss del CP, y segundo, la conexidad material existente entre los diversos hechos, configurada en el art. 17 de la LECrim³⁹⁵; ambos justifican cabalmente el único juicio para la totalidad de hechos e infracciones.

Con todo, se debe tener claro que en el caso de concurso real lo que se propicia por la Ley es una acumulación de objetos en un único juicio y no la unidad del objeto procesal. En el concurso real cada hecho ilícito constituye un objeto procesal, lo que hace una diferencia de importancia respecto del concurso ideal y que determinará los alcances de la sentencia en cada caso con relación a la cosa juzgada y la litis pendencia. De manera que aquí en realidad no se presenta un genuino problema de identidad o inmutabilidad del objeto del proceso.

Distinto es el caso del encubrimiento. Éste sí se plantea en doctrina como una hipótesis de identidad del objeto del proceso³⁹⁶, aunque también el delito de encubrimiento supone unos hechos distintos del delito encubierto y distinto bien jurídico infringido, razón por la cual no sirve ninguno de estos dos criterios para sostener la identidad del objeto.

Cuando se acusa por un delito en autoría y se condena por encubrimiento (delito autónomo respecto del delito encubierto) o viceversa, se hace sobre la base de un hecho distinto y distinto bien jurídico, como lo ha puesto de manifiesto la doctrina penal moderna³⁹⁷ y el propio CP del año 1995 que se ha encargado de ubicarlo dentro del Libro II, Capítulo II, que trata de los delitos contra la administración de justicia.

³⁹⁵ COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás, *Derecho Penal*, cit., pp. 776-780.

³⁹⁶ GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Eduardo, «La correlación...», cit., pp. 529-530; DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, *Derecho procesal penal*, cit., cuarta edición, pp. 208-211.

³⁹⁷ Entre muchos, BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de Derecho penal español, parte general*, Ariel, Barcelona, 1984, pp. 341-342; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Comentarios...*, cit., pp. 1941-1942.

El delito de encubrimiento se integra por un hecho distinto del que constituye el delito encubierto, por la sencilla razón de que la ejecución de aquél tiene lugar una vez que el delito encubierto (su hecho) ha sido ejecutado, y, por esta misma razón, además de distinto, ni siquiera puede ser considerado una forma de participación, ya que no se puede participar en un delito cuya ejecución se ha agotado.

Con respecto a la diversidad de bien jurídico, ello queda claro no sólo por la ubicación en el CP de 1995, sino también por la propia naturaleza del encubrimiento, ya que si se considera que, en esencia, esta figura comporta siempre conductas de favorecimiento real o personal³⁹⁸ con el fin de que el autor se aproveche del delito o eluda la acción de la justicia, se comprende que tanto unas como otras conductas de favorecimiento infringen el bien jurídico de la administración de justicia, con independencia del bien jurídico que protejan los delitos encubiertos en cada caso.

En consecuencia, si por eso debemos descartar como criterios justificadores del enjuiciamiento unitario del encubrimiento a la unidad de acción o identidad de bien jurídico, la única posibilidad que ha vislumbrado la doctrina es, como señala GUTIERREZ DE CABIEDES³⁹⁹ y DE LA OLIVA SANTOS⁴⁰⁰, la conexidad que existe entre el delito encubierto y el encubrimiento. Esto es lo único que permite justificar, en opinión de los autores citados, que el juzgador pueda condenar por encubrimiento cuando la acusación lo era por autoría, o viceversa, siendo hechos totalmente distintos y que protegen distintos bienes jurídicos.

A nuestro juicio, considerar el encubrimiento y el delito encubierto como una unidad de objeto, de modo que el juez pueda pasar de uno a otro sin romper la unidad e identidad del mismo, nos parece francamente excesivo, ya que como pone de manifiesto la doctrina se trata de hechos que nada tienen que ver, ni tampoco sus resultados lesivos. En nuestra opinión, consideramos que debieran ser sometidos al tratamiento de una acumulación de objetos procesales, siendo necesaria la acusación

³⁹⁸ Será real cuando se auxilie a los autores o cómplices para que se beneficien del provecho, producto o precio del delito, art. 451 n° 1 del CP; será personal cuando se oculte, altere o inutilice el cuerpo, los efectos o los instrumentos del delito, o se ayude a los presuntos responsables a eludir la investigación o a sustraerse de su busca y captura, art. 451 n° 2 y 3.

³⁹⁹ GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Eduardo, «La correlación...», *cit.*, pp. 529-530.

⁴⁰⁰ DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, *Derecho procesal penal*, *cit.*, cuarta edición, pp. 208-211.

explícita por cada uno de los hechos, quedándole vedado al juez enjuiciar el encubrimiento cuando se haya acusado sólo por el hecho encubierto, o viceversa.

3. Síntesis sobre las consecuencias de las teorías de la identidad del hecho

La elaboración de la teoría naturalística de la acción significó un avance importante en la solución de las cuestiones que se planteaban sobre la identidad del hecho, ya que puso de manifiesto las diferencias existentes entre el hecho a efectos penales y el hecho procesalmente relevante, según hemos señalado precedentemente. No obstante, esta teoría por sí sola no logra dar respuesta satisfactoria a varios problemas que no obedecen puramente a criterios naturales, ya espacio-temporales, ya volitivos. Así, por ejemplo, el complejo de hechos que supone el delito continuado o el delito en concurso ideal, o los problemas que se suscitan en supuestos de hechos naturalmente diversos como puede ser la complicidad respecto de la autoría. Es por eso que la dogmática reacciona elaborando la teoría normativa en la que se proponen otros criterios que vienen a ofrecer una solución sistemática a los problemas de la identidad del hecho. La tesis normativa elabora el concepto de objeto normativo definido por el criterio de la acción típica, el cual logra dar una respuesta más completa que la de los parámetros naturales del hecho, en los términos que ya hemos expuesto. Sin embargo, deja sin solución el inconveniente de las distintas formas de participación. De ahí que con el fin de ofrecer una solución a esta última situación una parte de la doctrina decide añadir el criterio del bien jurídico lesionado, que resuelve el inconveniente de las distintas formas de participación, ya que permitiría sostener que las acciones típicas distintas en las formas de participación comparten la lesión a un mismo bien jurídico, elemento que justificaría que ante la acusación por autoría se pueda pasar en la sentencia a complicidad o inducción, o viceversa.

Corresponde advertir que otra parte de la doctrina⁴⁰¹ estima que el resultado lesivo entendido como bien jurídico lesionado debe ser un criterio complementario al de la

⁴⁰¹ CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, *La cosa juzgada penal*, cit., p. 59 y ss; ASECIO MELLADO, José María, *Principio acusatorio...*, cit., pp. 78-79.

acción, siendo en principio aplicables copulativamente, aun cuando en supuestos especiales debe aplicarse uno u otro criterio.

Veamos a continuación cada caso y el criterio que se presenta como más idóneo para resolver las situaciones más complejas.

3.1. *Concurso ideal, art. 77 del CP*

En el caso del concurso ideal existe un solo hecho que constituye dos o más infracciones (concurso ideal propiamente tal).

En este tipo de concurso hay unidad de acción, pues es una sola la acción desplegada por el sujeto activo, y de ahí que se predique unidad de hecho, aunque ontológicamente esa unidad es sólo parcial, ya que sólo coinciden en aquella parte referida a la acción, siendo sus resultados (que es el otro elemento del hecho) en realidad siempre distintos, es decir, distintas las consecuencias de la acción desplegada por el sujeto⁴⁰².

La ley realiza una integración ideal (o ficta) para dar lugar al concurso ideal o formal. La unidad de acción permite afirmar una identidad parcial del hecho (el hecho comprende a la acción y al resultado) y de esa manera se puede sostener que se cumple con la identidad del objeto normativo.

La jurisprudencia española coincide en líneas generales con la exigencia de la unidad de acción como la base para poder sostener la identidad del hecho⁴⁰³.

En cuanto al resultado lesivo, el concurso ideal como infracción de más de una norma penal no es más que la consecuencia de que la acción delictiva produzca la

⁴⁰² Vid. RODRÍGUEZ DEVESA, José María y SERRANO GÓMEZ, Alfonso, *Derecho penal español, cit.*, pp. 847-850; BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de Derecho penal, cit.*, cuarta edición, pp. 611-613; GARCÍA ALBERO, Ramón, *Non bis in idem material...*, *cit.*, pp. 297 y ss. Una opinión contraria, en el sentido que el concurso ideal en el art. 77 del CP se basa en el mismo hecho y no sólo en una misma acción, sostienen COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás, *Derecho penal, cit.*, pp. 769-773.

⁴⁰³ Vid. las siguientes SSTS: Sentencia de 24 de noviembre de 1999, Sala de lo Penal, ponente Martínez Arrieta (BDA, m. RJ 1999\8719); Sentencia de 10 de octubre de 2000 (BDA, m. RJ 2000\8764); Sentencia de 16 de abril de 2001 (BDA, m. RJ 2001\2981). También SAP de Jaén de 3 de noviembre de 2000 (BDA, m. ARP 2000\3175); SAP de Madrid de 30 de mayo de 2001 (BDA, m. ARP 2001\732).

lesión de más de un bien jurídico, siendo estas lesiones independientes o autónomas entre sí⁴⁰⁴.

En el plano procesal se suele afirmar que la correlación se satisface puramente con la identidad de la acción, lo cual se traduce en que la sentencia puede estimar el concurso ideal cuando se ha acusado por delitos separados o por un solo delito, siempre que el hecho, como mínimo, sea parcialmente el mismo —que lo será en la parte de la acción en común— aunque difieran en el resultado⁴⁰⁵.

Con respecto a la cosa juzgada cabe poner de relieve que juzgada la acción parcialmente por sólo uno o algunos de sus resultados delictuales, el efecto negativo de la cosa juzgada alcanzará a la totalidad de sus resultados delictuales concurrentes⁴⁰⁶⁻⁴⁰⁷.

⁴⁰⁴ RODRÍGUEZ DEVESA, José María y SERRANO GÓMEZ, Alfonso, *Derecho penal español*, cit., pp. 847-850; BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de Derecho penal*, cit., cuarta edición, pp. 611-613; GARCÍA ALBERO, Ramón, *Non bis in idem material...*, cit., pp. 297 y ss; COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás, *Derecho penal*, cit., pp. 769-773.

⁴⁰⁵ Vid. GÓMEZ ORBANEJA, Emilio, *Comentarios...*, cit., tomo II, pp. 307-308; GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Eduardo, «La correlación...», cit., pp. 530-531; CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, *La cosa juzgada penal*, cit., pp. 140-142; ASENCIO MELLADO, José María, *Principio acusatorio...*, cit., pp. 83-84; VERGER GRAU, Joan, *La defensa del imputado...*, cit., p. 155; DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, *Derecho procesal penal*, cit., cuarta edición, p. 211.

⁴⁰⁶ Vid. SAP de Granada de 14 de diciembre de 1995 (BDA, m. ARP 1995\1422), referida a un caso de cosa juzgada por delito en concurso ideal de tenencia ilícita de armas, entre otras, cuando la acción había sido juzgada anteriormente sancionándose un solo delito, se estableció que no se podía condenar por las otras tenencias ilícitas de armas que se poseían coetáneamente a la que había motivado el juicio y condena anterior. La doctrina también sostiene lo mismo, vid. GÓMEZ ORBANEJA, Emilio, *Comentarios...*, cit., tomo II, pp. 307-308; GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Eduardo, «La correlación...», cit., pp. 530-531; ASENCIO MELLADO, José María, *Principio acusatorio...*, cit., pp. 83-84; DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, *Derecho procesal penal*, cit., cuarta edición, p. 211.

Sin embargo, CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, *La cosa juzgada penal*, cit., pp. 140-142, parece distinguir una situación distinta para el efecto de cosa juzgada en caso de concurso ideal, especialmente sobre la base del concurso ideal homogéneo, donde, como se sabe, se producen lesiones de bienes jurídicos que corresponden a personas distintas, y sobre esa base afirma, que juzgado uno sólo de esos delitos, en un segundo momento se podría iniciar un segundo juicio por la misma acción pero respecto del otro resultado lesivo que no fue juzgado en el anterior juicio. Su afirmación se sostiene en la necesidad de que la cosa juzgada no ha de alcanzar a todos los resultados lesivos concurrentes cuando se trata de víctimas distintas.

⁴⁰⁷ BETTIOL, Giuseppe, «La correlazione...», cit., pp. 280-290, mantiene una posición totalmente contraria sobre el concurso ideal. Este autor considera que en este tipo de concurso existen varios delitos y varios hechos procesalmente relevantes. Su teoría se sostiene sobre la base de apreciar el problema esencialmente desde el punto de vista del resultado de la acción, es decir, del *evento* y no de la acción misma. Este autor coincide con la tesis normativa al considerar que el hecho comprende tanto

3.2. *Delito continuado, art. 74 del CP*

El CP establece la unidad del delito continuado en aquellos casos en que materialmente se realizan varias acciones y se cometen varias infracciones (concurso real), en consideración a ciertas características o requisitos en virtud de las cuales se dispone una ficción jurídica, sancionando una unidad jurídica⁴⁰⁸. Ello acontece cada vez que se compruebe la existencia del nexo de continuación entre los distintos hechos ilícitos por la concurrencia de los requisitos legales.

La doctrina penal dominante exige la concurrencia de un elemento subjetivo y de varios elementos objetivos para la determinación de la continuidad.

En cuanto al elemento subjetivo, se suele exigir una planificación previa de las distintas acciones, de modo que todas ellas obedezcan a un cierto designio criminal unitario (plan preconcebido)⁴⁰⁹.

a la acción como al resultado, pero difiere con ésta al estimar que lo realmente importante a efectos penales es el resultado, ya que es lo que se tiene en cuenta en la subsunción del ilícito correspondiente, de modo que es a este elemento al que hay que mirar para poder discernir si el hecho es el mismo o uno distinto, y no a la acción que permanece igual entre uno y otro hecho, pero que es irrelevante desde el punto de vista normativo. Desde este punto de vista, el autor propone que para mantener el deber de correlación, cuando el juzgador pasa desde una acusación por un delito o por dos o más separados y califica como ideal en la sentencia, se necesita previamente acudir a la notificación verbal de la acusación complementaria y contestación supletoria, como ya hemos dicho anteriormente. Una opinión semejante del concurso ideal en la STS de 19 de octubre de 2001 (BDA, m. RJ 2001\10176).

⁴⁰⁸ Vid. WELZEL, Hans, *Derecho penal alemán*, parte general, Editorial Jurídica de Chile, décimo primera edición, Santiago, 1970 (traducción de Bustos Ramírez y Yáñez Pérez), pp. 311-312; RODRÍGUEZ DEVESA, José María y SERRANO GÓMEZ, Alfonso, *Derecho penal español*, cit., pp. 859-862; MAURACH, Reinhart; GÖSSEL, Karl y ZIPF, Heinz, *Derecho penal*, cit., tomo II, pp. 535 y ss; COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás, *Derecho penal*, cit., pp. 781-784. Por su parte BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de Derecho penal*, cit., cuarta edición, pp. 615-616, sostiene en el plano teórico que el delito continuado más que una unidad jurídico delictiva se trata de una solución legal en cuanto a la reglas de determinación de pena, pero sustantivamente siguen existiendo distintos ilícitos penales.

⁴⁰⁹ El elemento subjetivo de la continuidad es una cuestión muy debatida en la doctrina, no obstante, se admite, en general, que el delito continuado implica un cierto grado de preconcepción y planificación única de todas las acciones, aunque no quepa llegar a hablar de un único dolo o dolo de conjunto en un sentido técnico. Vid. WELZEL, Hans, *Derecho penal alemán*, cit., pp. 311-312; RODRÍGUEZ DEVESA, José María y SERRANO GÓMEZ, Alfonso, *Derecho penal español*, cit., pp. 860-862; BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de Derecho penal*, cit., cuarta edición, pp. 616-617; COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás, *Derecho penal*, cit., pp. 782 y 785-786. Especialmente crítico con la doctrina del dolo conjunto MAURACH, Reinhart; GÖSSEL, Karl y ZIPF, Heinz, *Derecho penal*, cit., tomo II, pp. 535-544.

En lo tocante a los elementos objetivos, la doctrina menciona en general que la pluralidad de acciones ha de infringir un mismo bien jurídico o de naturaleza semejante, o normas penales semejantes. También suele considerarse la forma y medios comisivos, así como el aprovechamiento de ocasiones similares en la comisión (u omisión) de las infracciones. En todo caso, el elemento objetivo fundamental es el del bien jurídico lesionado o la naturaleza o semejanza de la norma penal infringida⁴¹⁰.

En la legislación española el delito continuado se contempla en los siguientes términos en el art. 74 del CP: «(...) el que, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechándose de idéntica ocasión, realice una pluralidad de acciones u omisiones que ofendan a uno o varios sujetos e infrinjan el mismo precepto penal o de igual o semejante naturaleza, será castigado, como autor de un delito o falta continuados (...)».

Se ve en esta norma la recepción de los elementos esenciales del delito continuado, tanto el subjetivo como los objetivos. El subjetivo está recogido en el plan preconcebido (aunque no es un elemento necesario). Los elementos objetivos están enunciados en el denominado aprovechamiento de idéntica ocasión y en la infracción de un mismo precepto o de igual o semejante naturaleza⁴¹¹.

En consecuencia y tal como dijimos, el nexo de continuación establecido engloba a varios hechos que dejan de ser individualmente relevantes a efectos penales, para pasar a integrar una nueva unidad jurídica.

Esta nueva unidad jurídico-penal influirá también en la consideración procesal del hecho. Es evidente que la construcción penal sobre la base de un cierto designio criminal de diversas acciones, y sobre todo de la lesión de bienes jurídicos semejantes vienen impuestos desde la partida a la valoración procesal del hecho, el cual debe arrancar aceptando que la identidad procesal de las diversas acciones sólo se puede

⁴¹⁰ Vid. WELZEL, Hans, *Derecho penal alemán, cit.*, pp. 312-314; RODRÍGUEZ DEVESA, José María y SERRANO GÓMEZ, Alfonso, *Derecho penal español, cit.*, p. 863; BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de Derecho penal, cit.*, cuarta edición, pp. 618-620; MAURACH, Reinhart; GÖSSEL, Karl y ZIPF, Heinz, *Derecho penal, cit.*, tomo II, pp. 535-548; COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás, *Derecho penal, cit.*, pp. 782-787.

⁴¹¹ Vid. RODRÍGUEZ DEVESA, José María y SERRANO GÓMEZ, Alfonso, *Derecho penal español, cit.*, pp. 862-863; BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de Derecho penal, cit.*, cuarta edición, pp. 616-620; COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás, *Derecho penal, cit.*, pp. 785-788.

predicar a partir del reconocimiento de que ellas infringen un mismo o semejante bien jurídico. No obstante, este no es el problema de la identidad procesal del hecho en el delito continuado. Supuesta la semejanza de bien jurídico lesionado en todas las acciones delictivas, la cuestión se centra en la determinación jurisdiccional de las diversas acciones delictivas que entran en el nexo de continuación, cuando no todas ellas han sido incluidas en la acusación, y en el efecto excluyente de un nuevo enjuiciamiento de todas las acciones en nexo de continuación, aunque no hayan sido específicamente enjuiciadas e incluidas en la sentencia.

Pues bien, la configuración legal del delito continuado y la aplicación de la tesis normativa (de la parcial coincidencia de los actos de ejecución típica) trae como consecuencia que la correlación entre acusación y sentencia se satisfaga con una coincidencia parcial de los hechos individuales incluidos dentro del nexo de continuación. Es decir, se puede acusar por una parte de los hechos y de los delitos y si el tribunal aprecia el nexo de continuación podría enjuiciar hechos e infracciones individuales no incluidas en la acusación pero que se encuentren dentro del nexo y, por lo tanto, dentro del objeto normativo. Es decir, se mantendría la identidad del hecho desde el punto de vista procesal normativo. Incluso se podría acusar por hechos delictivos sin afirmar nexo de continuación y el juzgador estimar su concurrencia, incluyendo en su pronunciamiento hechos históricos no incluidos en la acusación⁴¹². Todo esto sin perjuicio del necesario uso de la técnica de la tesis sobre el nexo de continuación cuando ello suponga una agravación punitiva, según nuestra opinión⁴¹³.

Con respecto a la cosa juzgada, la sentencia condenatoria que aprecia el nexo de continuación extiende sus efectos de juzgamiento a todos los hechos que quedan

⁴¹² Vid. WELZEL, Hans, *Derecho penal alemán, cit.*, p. 315. También GÓMEZ ORBANEJA, *Comentarios..., cit.*, tomo II, pp. 308-310; GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Eduardo, «La correlación...», *cit.*, pp. 531-533; CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, *La cosa juzgada penal, cit.*, pp. 136-137; ASECIO MELLADO, José María, *Principio acusatorio..., cit.*, p. 82.

⁴¹³ Este es el criterio de las siguientes SSTs: Sentencia de 20 de septiembre de 1999, Sala de lo Penal, ponente Conde-Pumpido Tourón (BDA, m. RJ 1999\7384), y Sentencia de 8 de octubre de 1999, Sala de lo Penal, ponente Ramos Gancedo (BDA, m. RJ 1999\8118). En contra STS de 14 de mayo de 1984, Sala de lo Criminal, ponente Moyna Ménguez (BDA, m. RJ 1984\2607).

cubiertos por el nexo, aunque no hayan sido objeto de enjuiciamiento porque no fueron conocidos en el juicio⁴¹⁴⁻⁴¹⁵.

Ahora bien, ¿cuáles son los hechos que quedan dentro del nexo de continuación? Como pone de manifiesto GÓMEZ ORBANEJA⁴¹⁶, CORTÉS DOMÍNGUEZ⁴¹⁷ y ASENCIO MELLADO⁴¹⁸, son aquellos acaecidos hasta antes de la acusación⁴¹⁹. La acusación constituye el momento preclusivo para la absorción normativa de los hechos singulares y, por lo tanto, es la medida del alcance de la cosa juzgada de la sentencia que estima la concurrencia del nexo de continuación.

Si la sentencia no estima la continuación, ya porque es una sentencia absolutoria, ya porque condena por delitos separados, no se producirá, obviamente, el efecto de absorción normativa propia de esta figura, con lo cual la cosa juzgada sólo alcanzará a los hechos individuales objeto de acusación⁴²⁰.

⁴¹⁴ Especialmente decidoras son las palabras de WELZEL, Hans, *Derecho penal alemán, cit.*, p. 315, que dice: «El objeto de enjuiciamiento lo constituyen todos los actos particulares que quedan comprendidos en la relación de continuidad (también los no conocidos) y el fallo que produce cosa juzgada respecto a un hecho continuado, resuelve todos los actos particulares que pertenecen a él, aun aquellos que no han sido considerados o que no eran conocidos». La doctrina española también mantiene la misma postura: *Vid.* GÓMEZ ORBANEJA, *Comentarios..., cit.*, tomo II, pp. 308-310; GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Eduardo, «La correlación...», *cit.*, pp. 531-533; CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, *La cosa juzgada penal, cit.*, pp. 136-137; ASENCIO MELLADO, José María, *Principio acusatorio..., cit.*, p. 82.

⁴¹⁵ Con una opinión crítica a este efecto del delito continuado MAURACH, Reinhart; GÖSSEL, Karl y ZIPF, Heinz, *Derecho penal, cit.*, tomo II, pp. 535-537 y 547.

⁴¹⁶ GÓMEZ ORBANEJA, *Comentarios..., cit.*, tomo II, p. 310.

⁴¹⁷ CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, *La cosa juzgada penal, cit.*, pp. 135 y ss.

⁴¹⁸ ASENCIO MELLADO, José María, *Principio acusatorio..., cit.*, p. 82.

⁴¹⁹ Este parece ser el criterio de GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Eduardo, «La correlación...», *cit.*, p. 532, quien recoge la opinión de una parte de la jurisprudencia, según lo que él declara.

⁴²⁰ BETTIOL («La correlazione...», *cit.*, pp. 251 y 267 y ss) también realiza una crítica a la teoría normativa con respecto al delito continuado, porque considera que esta figura no es una unidad jurídica a fines sustanciales sino que lo es a efectos puramente penológicos para evitar la acumulación de pena, de manera que entiende que en este delito siempre hay pluralidad de hechos que no pueden ser juzgados sin que hayan sido introducidos por la acusación. Lo contrario, concluye, sería admitir la violación del *ne procedat iudex ex officio*.

3.3. *Delito de hábito*

Este caso se plantea en términos parecidos al continuado. Diversas acciones son aglutinadas en una unidad de hecho. El delito de hábito es un único delito que agrupa varias acciones que realizadas con habitualidad dan lugar a una infracción penal. Es decir, un solo hecho (acción) no constituye el ilícito penal. Lo que se pretende sancionar es la habitualidad. En esto se diferencia del delito continuado. No obstante, la similitud tiene que ver con el sentido de la correlación y el alcance de la cosa juzgada. Con respecto a la correlación, el juzgador puede conocer y juzgar todos los hechos que conformen la unidad del delito de hábito sin necesidad de acusación específica por todas las acciones. Es decir, basta con una identidad parcial del hecho. Con respecto a la cosa juzgada, la absorción normativa se extiende a todas las acciones que quedan bajo la habitualidad juzgada hasta el pronunciamiento de la sentencia condenatoria⁴²¹⁻⁴²².

Evidentemente la sentencia absolutoria no produce este efecto de cosa juzgada ya que justamente la habitualidad queda imprejuzgada. Como dice GUTIERREZ DE CABIEDES⁴²³ «La absolución no enjuicia los elementos subjetivos y objetivos que condicionan el delito de hábito», de manera que podría perfectamente abrirse un segundo juicio si se descubre o se prueba un hecho anterior a la sentencia de absolución que ésta no enjuició.

3.4. *Grado de desarrollo. Tentativas*

Los ilícitos penales siempre están previstos en las normas en calidad de delitos consumados perfectos, dejando fuera de la descripción típica inmediata a los grados

⁴²¹ GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Eduardo, «La correlación...», *cit.*, p. 533; ASENCIO MELLADO, José María, *Principio acusatorio...*, *cit.*, p. 84.

⁴²² *Vid.* SAP de Badajoz de 23 de enero de 1995 (BDA, m. ARP 1995\97), que trata de un enjuiciamiento de violencia habitual que se sancionaba en el art. 425 del CP de 1973, actual 153 del CP de 1995. Las personas acusadas habían sido penadas en un juicio anterior, de tal manera que el juzgador de instancia como la misma Audiencia en recurso de apelación, dicta sentencia de absolución en consideración al efecto negativo de la cosa juzgada, *non bis in idem*, sancionando sólo aquella infracción penal que cronológicamente no quedaba cubierta por la sentencia anterior.

⁴²³ GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Eduardo, «La correlación...», *cit.*, p. 533.

previos de desarrollo (tentativas)⁴²⁴. Sin embargo, tanto la tentativa acabada —antigua frustración— como la inacaba son desde el punto de vista penal parte integrante de la unidad de acción típica, porque se hallan indisolublemente vinculados en la ejecución del delito, constituyendo pasos en el camino de la ejecución: el *iter criminis*⁴²⁵. Por eso el art. 15 del CP señala que son punibles el delito consumado y la tentativa.

El art. 16 establece los dos tipos de tentativa con relación al delito consumado. «Hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores directamente, practicando todos [es la tentativa acabada. Antigua frustración] o parte de los actos [tentativa inacabada] que objetivamente deberían producir el resultado y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor».

Como se puede colegir de la misma definición del art. 16, no hay identidad total de hecho entre tentativa y consumación, ya que a pesar de que los actos de ejecución coinciden totalmente en la tentativa acabada, o parcialmente en la tentativa inacabada, el resultado (en sentido amplio) que exige la consumación del tipo no se da en ningún caso en los dos tipos de tentativa. Con todo, sabemos que para afirmar la identidad del objeto del proceso basta con la identidad parcial de los hechos. Pero, además, en este caso se suma el criterio de la identidad del bien jurídico, ya que tanto tentativa como delito consumado infringen el mismo bien jurídico tutelado (con lo cual se produce la identidad del objeto material del injusto)⁴²⁶.

⁴²⁴ El CP del año 1995 eliminó la frustración y redefinió la tentativa creando dos tipos, una viene a reemplazar el contenido de la frustración, denominada tentativa acabada, que es aquella que supone la realización de todos los actos que deberían producir el resultado; la otra tentativa es la inacabada, porque el sujeto activo no realiza todos los actos que se necesitan para el resultado delictivo querido. Ésta coincide con el antiguo concepto de tentativa.

⁴²⁵ Vid. RODRÍGUEZ DEVESA, José María y SERRANO GÓMEZ, Alfonso, *Derecho penal español, cit.*, pp. 785 y ss; BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de Derecho penal, cit.*, cuarta edición, pp. 446 y ss; COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás, *Derecho penal, cit.*, 726-728.

⁴²⁶ Sin embargo, la lesión del bien jurídico en el delito consumado es más concreta que en los casos de las tentativas, donde fundamentalmente sólo se produce (y se sanciona) un peligro de lesión que al fin no acaba de producirse. Vid. RODRÍGUEZ DEVESA, José María y SERRANO GÓMEZ, Alfonso, *Derecho penal español, cit.*, pp. 785 y ss; BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de Derecho penal, cit.*, cuarta edición, pp. 446 y ss; COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás, *Derecho penal, cit.*, pp. 726-728.

3.5. *Formas de participación. Inducción y complicidad*

La inducción y complicidad son formas de participación que presentan el problema de que son unas acciones completamente distintas de las que despliega el autor⁴²⁷. En términos muy generales, el autor es el que realiza el hecho típico (art. 28 CP), mientras que el cómplice es el que coopera a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos (art. 29 CP)⁴²⁸. El inductor es tratado por la Ley como autor (atr. 28 letra a CP), pero es evidente que material y sustantivamente no realiza el hecho típico, sino que su actuación, como su nombre lo indica, únicamente induce su ejecución. En consecuencia, tanto en la complicidad como en la inducción sólo hay una contribución al hecho típico ajeno (el del autor)⁴²⁹, del cual se diferencia con claridad. Este es el motivo por el cual se debe descartar como criterio definidor del objeto normativo a la identidad del hecho (que en esta hipótesis ni siquiera es parcial).

La doctrina⁴³⁰ por eso ha acudido a la regla del bien jurídico para salvar el problema que se presentaba para justificar el paso desde autoría en la acusación, a inducción o complicidad en la sentencia, o viceversa, en razón de que tanto la autoría como la inducción y complicidad, a pesar de sus diferencias fácticas de ejecución típica, suponen la infracción a una misma norma y bien jurídico, y por eso deben ser

⁴²⁷ Vid. GÓMEZ ORBANEJA, Emilio, *Comentarios...*, cit., tomo II, pp. 305-306; BETTIOL, Giuseppe, «La correlazione...», cit., pp. 255-256; GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Eduardo, «La correlación...» cit., p. 534; DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, *Derecho procesal penal*, cit., cuarta edición, pp. 210-211; RODRÍGUEZ DEVESA, José María y SERRANO GÓMEZ, Alfonso, *Derecho penal español*, cit., pp. 795 y ss; BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de Derecho penal*, cit., cuarta edición, pp. 472 y ss; COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás, *Derecho penal*, cit., pp. 733-760.

⁴²⁸ Para una explicación detallada vid. RODRÍGUEZ DEVESA, José María y SERRANO GÓMEZ, Alfonso, *Derecho penal español*, cit., pp. 795 y ss; BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de Derecho penal*, cit., cuarta edición, pp. 472 y ss; COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás, *Derecho penal*, cit., pp. 733-760.

⁴²⁹ Vid. RODRÍGUEZ DEVESA, José María y SERRANO GÓMEZ, Alfonso, *Derecho penal español*, cit., pp. 806 y ss; BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de Derecho penal*, cit., cuarta edición, pp. 472 y ss; COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás, *Derecho penal*, cit., pp. 754-760.

⁴³⁰ Entre otros, GÓMEZ ORBANEJA, Emilio, *Comentarios...*, cit., tomo II, pp. 305-306; GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Eduardo, «La correlación...», cit., p. 534; DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, *Derecho procesal penal*, cit., cuarta edición, pp. 210-211; BETTIOL, Giuseppe, «La correlazione...», cit., pp. 255-256.

consideradas integrantes de un mismo objeto procesal⁴³¹. Lo que tienen de común todas las formas de participación es la afectación de un mismo bien jurídico y ello justifica que se juzguen como un objeto procesal único con la autoría.

3.6. *Circunstancias modificativas agravatorias*

Este caso es el que presenta menos problemas de índole doctrinal, porque no cabe duda que aquí nos referimos a hechos que no son sustanciales, sino accesorios, y, como hemos dicho, en la tesis normativa los hechos accidentales no modifican la identidad del objeto del proceso⁴³², pudiendo ser estimados por el juzgador sin haber sido introducidos por el acusador. No se produce una alteración del objeto normativo que sigue siendo el mismo en esencia: unos hechos que contienen una acción (conducta) y un resultado que se estima probablemente constitutivo de una infracción penal. Por lo demás, la estimación de circunstancias modificativas queda dentro de la esfera del legítimo ejercicio de las facultades de calificación del órgano jurisdiccional.

Con todo, la apreciación de circunstancias modificativas importa el previo sometimiento a debate de la tesis, como condición de ejercicio del *iura novit curia*.

Sobre este tema se volverá en detalle a propósito del uso de la tesis.

3.7. *Progresión-regresión delictiva*

La doctrina normativa que identifica el hecho por la actividad de ejecución típica y/o el bien jurídico lesionado, explica e intenta justificar las modificaciones fácticas

⁴³¹ Obsérvese que la participación respecto de la autoría supone la intervención de varios sujetos que realizan diversas acciones, pero todas dentro de una unidad delictiva. RODRÍGUEZ DEVESA, José María y SERRANO GÓMEZ, Alfonso, *Derecho penal español*, cit., pp. 806-807, dicen: «Aunque haya varios partícipes, hay un solo delito...». Y más adelante añade: «La naturaleza *accesoria* de la participación es una necesidad conceptual. Participar es tomar parte en el acto de otro. La participación implica una conducta básica, la del autor, que realiza lo que BELING denominaba el *núcleo* del delito, y otra u otras conductas periféricas que acceden a la principal. El partícipe participa en el delito de otro, en la conducta del autor, que es el protagonista del delito; desempeña un papel secundario, visto desde la perspectiva de los actos de ejecución del núcleo del tipo».

⁴³² Vid. GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Eduardo, «La correlación...», cit., p. 527; ASECIO MELLADO, José María, *Principio acusatorio...*, cit., pp. 80-81.

producidas en sentencia respecto del hecho contenido en la acusación. Hemos visto la forma en que opera esta doctrina en general y también en los seis supuestos precedentes que son los que suelen citarse regularmente por los autores como ejemplos de casos especiales que vendrían a confirmar la validez de la misma teoría normativa⁴³³.

Aparte de lo anterior, creemos, sin embargo, que no se ha atendido con el debido interés un fenómeno que consideramos mucho más importante por su ocurrencia y amplitud, derivado justamente de la aplicación de la teoría normativa. Nos referimos a la aceptación de la progresión-regresión delictiva operada en la sentencia sobre la base de modificaciones fácticas.

La teoría normativa admite que en sentencia se operen modificaciones a los hechos de la acusación, siempre que no se modifique la conducta sustancial enjuiciada (el núcleo) y/o el bien jurídico, pero pudiendo diferir en hechos o elementos accidentales. La amplitud de estos hechos, que devienen irrelevantes desde el punto de vista procesal, es considerable, lo cual no deja de ser importante, ya que ellos producen precisos efectos jurídicos. Así, son procesalmente irrelevantes los elementos fácticos del nexo causal y del resultado (cuando lesionan un mismo bien jurídico)⁴³⁴ aun cuando sea claro que son elementos del hecho penal. En consecuencia, estos aspectos del hecho penal pueden ser modificados, sin que ello afecte la identidad del hecho procesal. De ahí que sea posible pasar de lesiones a homicidio frustrado o consumado, o viceversa, como defiende DE LA OLIVA⁴³⁵.

Tampoco es relevante desde el punto de vista normativo el elemento subjetivo (volitivo) del hecho penal, de modo que nada impide desde la perspectiva procesal del

⁴³³ GÓMEZ ORBANEJA, Emilio, *Comentarios...*, cit., tomo II, pp. 301-314; GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Eduardo, «La correlación...» cit., pp. 526-537; ASECIO MELLADO, José María, *Principio acusatorio...*, cit., pp. 76-85; DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, *Derecho procesal penal*, cit., cuarta edición, pp. 208-215.

⁴³⁴ El resultado concreto es irrelevante en la medida que los hechos penales lesionen un mismo bien jurídico. Recordemos que hay una parte de la doctrina normativa que exige conjuntamente a la actividad de ejecución típica la lesión de un mismo bien jurídico. Esta exigencia apunta a considerar en el hecho procesal el resultado del hecho, aunque desde un punto de vista más abstracto que el resultado concreto de cada hecho penal.

⁴³⁵ DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, *Derecho procesal penal*, cit., cuarta edición, p. 209.

hecho pasar en sentencia a un hecho doloso cuando se acusaba por un hecho culposo⁴³⁶, aunque lo más corriente será condenar por un hecho culposo cuando se acusaba por doloso, como resultado de que no se haya podido probar el dolo en juicio.

En fin, tampoco son relevantes desde un punto de vista normativo y procesal una infinidad de circunstancias fáctico-penales que la Ley penal considera para construir subtipos agravados o calificados respecto de los tipos bases, de modo que estas circunstancias pueden ser introducidas o quitadas en sentencia sin que con ello se entienda que se ha afectado la sustancialidad del hecho de la acusación.

Estas situaciones dan lugar a una amplia gama de posibilidades de que se produzcan progresiones-regresiones delictivas entre acusación y sentencia. La doctrina⁴³⁷ pone de relieve que en la Ley penal se recogen ciertas conductas a las cuales se va modificando su título jurídico conforme se van añadiendo circunstancias fácticas que la especifican y la complejizan: esto es lo que denominamos progresión delictiva, así, por ejemplo, el caso de las lesiones-homicidio-asesinato. La conducta objetiva de lesionar gravemente coincide parcialmente con la de matar, y éstas son coincidentes con la de asesinato. En consecuencia, el hecho, desde el punto de vista normativo, es el mismo. Sin embargo, entre un hecho típico y otro existen consideraciones de orden fáctico-jurídico que

⁴³⁶ Como reconoce nada menos que el mismo ROXIN, Claus, *Derecho procesal penal*, cit., pp. 416-417.

⁴³⁷ Vid. RAFARACI, Tommaso, *Le nuove...*, cit., pp. 286-290 y 291-301; CORDERO, Franco, *Procedura penale*, cit., pp. 1184-1185.

Desde el punto de vista penal sustantivo una formulación teórica interesante es la de RANIERI, Silvio, «Reato progressivo e progressione criminosa», en *La scuola positiva. Rivista di criminologia e diritto criminale*, Giuffrè, 1960, pp. 309-318; *Manuale di diritto penale, parte generale*, cuarta edizione, Cedam, Padova, 1968, pp. 98-100, y sobre todo *Sui reati di progressione*, en *Scritti e discorsi varii*, volumen I, Giuffrè, Milano, 1968, pp. 135-255. En este último reúne la exposición completa y actualizada de su teoría sobre los delitos progresivos y la progresión criminal. Estas reflexiones nos han sido útiles para razonar sobre las implicaciones procesales que puede tener la consideración de la construcción legal de las figuras delictivas que se superponen unas a otras, y cómo o de qué manera las superiores van recogiendo las mismas conductas que se hallan previstas en figuras inferiores, pero a las cuales se les añaden elementos típicos nuevos que las distingue de las inferiores.

Consideramos que la existencia de la categoría de delitos progresivos pone en evidencia que desde un punto de vista procesal es dable hablar de progresión delictiva cuando se pasa de un título delictivo a otro que se vinculan en relación de progresión en sentido abstracto (*Sui reati di progressione...*, cit. pp. 135 y ss., y especialmente pp. 142 y 162).

Un análisis de las aportaciones de RANIERI en GARCÍA ALBERO, Ramón, *Non bis in idem material y concurso aparente de leyes penales*, CEDECS, Barcelona, 1995, pp. 171-180.

justifican el paso progresivo a títulos jurídicos distintos, desde lesiones a homicidio, y de éste a asesinato, por ejemplo.

Este fenómeno de progresión-regresión delictiva puede dar lugar a calificaciones típicas más graves o menos graves según se ascienda o se descienda en la progresión (o regresión) delictiva⁴³⁸.

El sentido común⁴³⁹ nos indica que las progresiones-regresiones delictivas surgirán normalmente de mutaciones fácticas operadas sobre los hechos de la acusación. La progresión-regresión delictiva⁴⁴⁰ se producirá cuando el juez estime que de la prueba se deduce un elemento fáctico no introducido por la acusación que hace subir la subsunción a aquellas figuras delictivas más graves dentro de la progresión, o al contrario, cuando considera que no se ha probado alguna parte del relato de los hechos de la acusación que hace descender la calificación a los tipos más atenuados de la progresión, como por ejemplo si se acusaba por asesinato, pero al no probarse la parte fáctica en que se sostenía la premeditación, el juez tiene que degradar la calificación a simple homicidio⁴⁴¹.

⁴³⁸ Según se dirá más adelante, desde un punto de vista también procesal, la progresión-regresión delictiva puede obedecer a una pura cuestión de discrepancia en la calificación jurídica entre la acusación y la sentencia, cuando el acusador considere un tipo penal y el juzgador otro, que forman parte de una misma progresión delictiva, como en caso que la acusación considere un tipo penal grave y la sentencia, en cambio, considere por una cuestión de distinto criterio jurídico, que los hechos de la acusación se subsumen en un tipo penal regresivo o degradado respecto de aquel que afirmaba la acusación. También puede suceder al revés, que la acusación califique por el tipo menos grave y el juzgador entienda que los mismos hechos se subsumen en uno más grave, sin modificar en absoluto los hechos de la acusación.

⁴³⁹ Pero no sólo el sentido común sino también la jurisprudencia y la doctrina más autorizada. *Vid.* CORDERO, Franco, «Considerazioni...», *cit.*, p. 941, y también en *Procedura penale, cit.*, pp. 1184-1185; RAFARACI, Tommaso, *Le nuove...*, *cit.*, pp. 286-290 y 291-301.

⁴⁴⁰ *Vid.* CORDERO, Franco, «Considerazioni...», *cit.*, p. 941, y en *Procedura penale, cit.*, pp. 1184-1185; RAFARACI, Tommaso, *Le nuove...*, *cit.*, pp. 286-290 y 291-301.

⁴⁴¹ Resulta útil tener en cuenta que la progresión delictiva obedece antes que todo a una cuestión de hechos modificados, y de que ello en el sistema español está permitido, lo cual hace imposible comparar el modelo español con el italiano. Éste parte del supuesto de que las progresiones-regresiones delictivas no son aceptables, ya que se apoyan en hechos diversos en concepto de la Ley italiana, y, por tanto, se entiende que rompe la debida correlación de la sentencia con la acusación. *Vid.* RAFARACI, Tommaso, *Le nuove...*, *cit.*, pp. 286-290 y 291-301.

3.8. *Conclusión acerca del concepto normativo del hecho*

El objeto del proceso definido con base en el criterio del objeto normativo, consiste en distinguir el hecho procesalmente relevante atendiendo al concepto de acción (o conducta), es decir, a los actos típicos de ejecución descritos por la ley penal y/o al bien jurídico lesionado, estimándose que existe identidad normativa del hecho de la acusación con el de la sentencia, cuando, al menos, se da una coincidencia parcial entre el hecho de la acusación y el supuesto fáctico típico de la norma penal aplicada en la sentencia y/o el hecho modificado no lesiona un bien jurídico distinto.

Según esta doctrina se quedan fuera de la consideración del objeto normativo una cierta cantidad de hechos (los denominados accidentales) que desde un punto de vista procesal son irrelevantes, y, por tanto, irrelevantes también para la valoración de lo que ha de ser la correlación objetiva. Consecuentemente, los elementos accidentales que son valorados por el órgano jurisdiccional no suponen un cambio de objeto.

La aplicación de esta teoría, como se ha visto en los casos precedentes, trae como consecuencia que aun cuando se hayan modificado los hechos en sentencia se pueda predicar la invariabilidad del objeto normativo. En suma, todo lo que queda fuera del objeto normativo es irrelevante como elemento de identificación del objeto procesal, y no ha de ser valorado a efectos de correlación objetiva en sentido estricto, estando el juez autorizado para apreciar modificaciones en estos aspectos fácticos, añadiendo o quitando hechos, como consecuencia del resultado de la prueba.

Con todo, estos hechos «irrelevantes» respecto del objeto normativo pueden tener efectos jurídico-penales (más o menos importantes), razón por la cual veremos cómo esas modificaciones despreciadas para la determinación del hecho procesal emergen y recobran su importancia en la calificación jurídica, cuando actúan como sustrato de una modificación de la misma calificación en la sentencia. Así se explica que buena parte de los problemas de modificación de calificación jurídica en realidad tienen como base la modificación del relato fáctico de la acusación, que en sentencia se reduce, haciendo descender la calificación, o que se complejiza o se extiende objetivamente a un hecho que la hace ascender o la agrava.

3.9. (Continuación) El problema anterior está íntimamente vinculado al desarrollo de la homogeneidad delictiva y la tesis

La jurisprudencia ha advertido desde hace tiempo que detrás de las modificaciones de las calificaciones jurídicas pueden existir modificaciones más o menos importantes de los hechos, pero que, al no ser problemas de identidad del objeto procesal (normativo), no pueden ser resueltas bajo el criterio del principio acusatorio o de la correlación objetiva (al menos en el sistema español), aun cuando pueda verse afectado el derecho de defensa de las partes. En efecto, cuando el juez valora de oficio en sentencia una modificación de la calificación con base en dichas modificaciones fácticas, si bien en principio no se trata de un problema de identidad del hecho, ni, por tanto, de correlación objetiva, sí se está afectando el derecho de defensa (principio de contradicción).

Buena parte del desarrollo de los conceptos de homogeneidad delictiva⁴⁴² y de formulación de tesis obedece a esta razón⁴⁴³. La jurisprudencia advirtió más precisamente que detrás de la modificación de la calificación a menudo había una parte del hecho de la acusación que se modificaba o al que se añadían o quitaban hechos no sustanciales, pero que en definitiva eran los que producían el efecto jurídico-penal preciso. La cuestión que se suscitó estribaba en que la teoría del objeto normativo no acababa de resolver el problema de la modificación no sustancial del hecho o de la introducción de hechos accidentales en cuanto a sus efectos jurídicos y las posibles repercusiones que ello puede tener para el derecho de defensa, que se puede ver afectado con la modificación jurídica que se deriva de esto. Es por tal motivo que resurge en sede de calificación jurídica aquello que no se resuelve en sede de hecho punible, desde el punto de vista del derecho de defensa de las partes. La cuestión entonces consistía en establecer un criterio que pudiera servir para determinar cuándo esas modificaciones en la calificación jurídica de la sentencia podían ser consentidas y bajo qué requisitos o presupuestos.

⁴⁴² Ascendente y descendente.

⁴⁴³ La homogeneidad delictiva y la exigencia de tesis no sólo deben aplicarse cuando las modificaciones de la calificación se basen en modificaciones fácticas, sino también cuando la modificación de la calificación sea una cuestión puramente jurídica, en que el juzgador discrepe del criterio jurídico de la acusación y, por tal motivo, modifique la acusación.

Como se verá en su momento⁴⁴⁴, la jurisprudencia ha dicho que es legítimo que el juzgador pueda apreciar de oficio modificaciones a las calificaciones jurídicas, sin uso de la tesis, siempre que ellas sean descendentes. Y se entiende que la calificación de la sentencia es descendente respecto de la acusación cuando contempla menos o los mismos elementos que ésta para hacer la subsunción, con lo cual queda seguro que la sentencia no estima nuevos elementos fácticos para hacer la subsunción, sino los mismos o menos que los de la acusación, con lo cual la modificación de la calificación no producirá ninguna infracción al derecho de defensa, ya que el acusado se habrá defendido de todos los elementos fácticos que en definitiva tuvo en cuenta la sentencia⁴⁴⁵. En este caso no es menester notificar previamente la reducción de los hechos imputados.

Por el contrario, en caso que la modificación de la calificación sea ascendente (homogeneidad ascendente)⁴⁴⁶, es decir, que implique que sobre la misma conducta de la acusación, sin modificación de hechos sustanciales, se añadan hechos o elementos fácticos que produzcan una agravación de la consecuencia jurídica, no procederá la estimación de oficio de forma incondicionada. Como mínimo se requerirá el previo planteamiento de la tesis, como cauce a través del cual se debe dar entrada al proceso de aquellos nuevos elementos fáctico-jurídicos que modifican la calificación, con el fin de que el acusado pueda defenderse oportunamente de los mismos. En su momento veremos que la jurisprudencia del TS exige además que la tesis sea asumida por el acusador para poder dictar sentencia conforme a la misma.

⁴⁴⁴ Creemos más acertado tratar la cuestión de la homogeneidad delictiva y de la tesis con ocasión del estudio de la calificación jurídica en la sentencia, porque es allí donde se expresa el problema en toda su dimensión. Es en la calificación jurídica donde emerge y cobra relevancia la cuestión en comento.

⁴⁴⁵ Esto se desarrolla más adelante junto con el análisis de la jurisprudencia.

⁴⁴⁶ La homogeneidad ascendente también puede tener como única base la pura discrepancia de criterio jurídico del juez con el acusador, sin modificación alguna de los hechos.

4. Tesis superadora de las concepciones naturalistas y normativas del hecho (doctrina italiana)

Sólo con el afán de completar la exposición acerca de esta materia haremos una breve reseña sobre posiciones teóricas y legales que superan las tesis naturalistas y normativas del hecho que antes hemos expuestos. Bien es verdad que en Derecho español no tienen cabida, de momento, posiciones superadoras de la doctrina normativa del hecho, sin embargo, hemos estimado que puede tener utilidad la consideración de las mismas como categoría de análisis dentro de un sistema procesal acusatorio.

En doctrina⁴⁴⁷ existen actualmente proposiciones de lo que sea el hecho que, como hemos dicho, vienen a superar las consideraciones teóricas antes expuestas. En efecto, actualmente la doctrina apoyada en formulaciones procesales acusatorias más depuradas estima que la formulación del hecho debe ser funcional al modelo procesal penal que se diseñe en cada caso⁴⁴⁸. En un sistema procesal acusatorio depurado⁴⁴⁹, donde existe una refinada separación de la función acusadora de las que son propiamente enjuiciadoras, se requiere que la imputación fáctica sea efectivamente una imputación completa que ofrezca un buen grado de especificación de lo que sea la cuestión sometida a enjuiciamiento, con lo cual no basta con identificaciones más o menos abstractas o generales referidas a núcleos normativos, como son las identificaciones del hecho basadas en la actividad de ejecución típica y/o el bien jurídico, puesto que estas formas de identificación a la postre soportan dentro de ellas

⁴⁴⁷ Nos referimos a la doctrina italiana. *Vid.* por todos a CORDERO, Franco, «Considerazioni...», *cit.*, pp. 939-941, también en *Procedure penale, cit.*, pp. 452-455; RAFARACI, Tommaso, *Le nuove...*, *cit.*, pp. 1-25; CALAMANDREI, Iolanda, «Diversità...», *cit.*, pp. 643 y ss; GIANNITI, Pasquale, «Rilievi...», *cit.*, pp. 409-411; GIARDA, Angelo y SPANGHER, Giorgio, *Codice...*, *cit.*, pp. 1464-1468. También, aunque en un trabajo muy específico sobre la culpa genérica y culpa específica, CASTRONUOVO, Donato, «La contestazione del fatto colposo...», *cit.*, pp. 3836 y ss.

⁴⁴⁸ *Vid.* sobretudo a CORDERO, Franco, «Considerazioni...», *cit.*, pp. 939-941, también en *Procedure penale, cit.*, pp.440-455, 1175-1181; RAFARACI, Tommaso, *Le nuove...*, *cit.*, *passim*, y especialmente pp. 1-31, 251-259, 305-316.

⁴⁴⁹ En oposición a los sistemas mixtos donde subsisten ciertos rasgos inquisitivos y pervive una cierta confusión de funciones entre acusador y juez.

una amplia gama de contenidos específicos y concretos, alternativos entre sí⁴⁵⁰, esfumándose la garantía del conocimiento previo de la acusación, de limitación de los poderes de decisión del juzgador, y, sobre todo, esfumándose la separación precisa de las funciones de acusación de las de enjuiciamiento⁴⁵¹. En definitiva, las concepciones más o menos abstractas como las normativas buscan dotar al juez de la potestad de completar la formulación acusatoria más o menos abstracta previamente formulada por el acusador. O, dicho en negativo, persiguen que el juez quede lo menos constreñido posible por la acusación a la hora de valorar e introducir hechos no alegados por la acusación, siendo el juez en definitiva quien establece cuál es la «precisa imputación» que se da por probada (o no) en la sentencia⁴⁵².

La nueva proposición teórica exige del acusador la interposición de una precisa y completa imputación fáctica, la cual no puede ser modificada en sentencia (separación de funciones hasta sus últimas consecuencias). Recae sobre el acusador el deber de hacer la selección historiográfico-jurídica⁴⁵³ de aquellos hechos que van a formar una precisa imputación fáctica, quedando el juez absolutamente impedido de reformularla, o variarla o retocarla en sentencia. En suma, el hecho que define la imputación fáctica,

⁴⁵⁰ CORDERO, Franco, *Procedura penale*, cit., p. 444, califica de fantasmas legales a las definiciones del hecho con base en criterios normativos. Dice: «Non basta nemmeno dire che N abbia ucciso P: è omicidio ogni morte causata da qualcuno (art. 575 c.p.), ma fantasmi legali e imputazione appartengono a piani diversi; al processo servono ipotesi storiche, magari alternative, purché fissino un thema decidendum (troppo vago, quindi inidoneo, sel'asserita causazione letale fosse così descritta: veleno o arma da taglio o proiettili esplosivi o spaventati micidiali su cuori deboli o miei ignoti)». El mismo autor ya en el año 1958 había manifestado la ambigüedad de la determinación del hecho con base en criterios solamente normativos en «Considerazioni...», cit., pp. 935-941; También pone de relieve la insuficiencia del concepto normativo del hecho RAFARACI, Tommaso, *Le nuove...*, cit., pp. 17-24.

⁴⁵¹ Vid. sobretudo a CORDERO, Franco, «Considerazioni...», cit., pp. 935-941, también en *Procedura penale*, cit., pp.449-453, se refiere a la función *storico-tipologica*; RAFARACI, Tommaso, *Le nuove...*, cit., *passim*, y especialmente pp. 1-31, 251-259, 305-316. En sentido parecido GIARDA, Angelo y SPANGHER, Giorgio, *Codice...*, cit., pp. 1465-1466.

⁴⁵² Concluye en esta línea RAFARACI, Tommaso, *Le nuove...*, cit., p. 30. Antes en un sentido parecido CORDERO, Franco, «Considerazioni...», cit., pp. 935-941.

⁴⁵³ Expresión usada por RAFARACI, Tommaso, *Le nuove...*, cit., p. 30, *vid.* en general, pp. 1-31, 251-259, 305-316; CORDERO, Franco, *Procedura penale*, cit., pp.440-455, 1175-1181.

*res iudicanda*⁴⁵⁴, se identifica por todos los elementos fácticos que incidan o tengan repercusión jurídica, pues esa es la única manera de asegurar la debida imputación completa en todos los términos y la correcta separación de funciones acusatorias de las enjuiciadoras.

En esta doctrina la identidad o diversidad del hecho depende de la invariabilidad de los siguientes elementos: de la acción o conducta, del proceso causal, del resultado, del elemento subjetivo (dolo, culpa)⁴⁵⁵, de los presupuestos del delito, e incluso de los elementos espacio-temporales cuando tengan cierta relevancia⁴⁵⁶. Si se modifica alguno de estos elementos el hecho deviene diverso y se considera modificada la *res iudicanda*, y, por lo tanto, el juez no puede modificar de oficio ninguno de estos extremos en sentencia, ya que de lo contrario se entendería quebrantado el deber de correlación (art. 521 CPP italiano). Como se puede deducir, con esto se está exigiendo que sea la acusación la que plantee con bastante detalle la imputación y sus posibles modificaciones resultado de la práctica de la prueba. Pesa sobre el acusador público el deber de hacer una selección historiográfico-jurídica en la imputación fáctica, y de modificarla cuando sea menester de acuerdo al resultado probatorio del juicio, quedando el juez radicalmente excluido de la función de proposición o de reformulación de esas modificaciones (tesis)⁴⁵⁷, y con mayor razón de una posible introducción de oficio.

Por otra parte, de lo que hemos dicho precedentemente se deriva que la identidad del hecho a efectos de correlación atiende a criterios naturales⁴⁵⁸ y normativos⁴⁵⁹

⁴⁵⁴ La doctrina italiana distingue la *res iudicanda* de la *res iudicata*. La primera viene a coincidir con el concepto de imputación, y tiene un contenido específico distinto de la clásica *res iudicata*, siendo el primero el relevante a efectos de correlación de la sentencia con la acusación.

⁴⁵⁵ Llega a tal punto el nivel de exigencia de la completa formulación de imputación por parte del acusador, que en doctrina se ha llegado a sostener que el juez no puede apreciar de oficio un tipo de culpa distinto del que fue sostenido en la imputación, en concreto no podría pasar de culpa genérica a culpa específica, CASTRONUOVO, Donato, «La contestazione...», *cit.*, pp. 3836 y ss.

⁴⁵⁶ *Vid.* CORDERO, Franco, «Considerazioni...», *cit.*, pp. 935-941, también en *Procedure penale*, *cit.*, pp. 452-455; RAFARACI, Tommaso, *Le nuove...*, *cit.*, pp. 1-25; CALAMANDREI, Iolanda, «Diversità...», *cit.*, pp. 643 y ss; GIANNITI, Pasquale, «Rilievi...», *cit.*, pp. 409-411; GIARDA, Angelo y SPANGHER, Giorgio, *Codice...*, *cit.*, pp. 1464-1468.

⁴⁵⁷ *Vid.* RAFARACI, Tommaso, *Le nuove...*, *cit.*, pp. 306 y ss.

⁴⁵⁸ Tanto los criterios objetivos espacio-temporales, como los subjetivos (dolo[s], culpa[s]).

conjuntamente, pues son todos ellos sumados los que permiten ofrecer la visión completa de la imputación sometida a enjuiciamiento.

Con todo, que el «hecho» entendido como *res iudicanda* se defina de esta manera no quiere decir que ese mismo concepto de hecho sirva a efectos de cosa juzgada; por el contrario, la garantía del *ne bis in idem* en esta doctrina italiana se configura por un concepto de hecho como conducta o acción típica y nada más, según se establece en el art. 649 CPP italiano. Esta disposición excluye expresamente la relevancia de cualquier cambio fáctico que pueda influir en el título de condena, en el grado de ejecución o en las circunstancias delictivas, si se mantiene invariable la acción o conducta⁴⁶⁰. Resulta, en consecuencia, que el *ne bis in idem* opera bajo un concepto más amplio de hecho, que cubre y absorbe un mayor espectro de hipótesis concretas. El efecto preclusivo supera los límites de la decisión: si fueran concordantes bastaría para eludir el efecto de preclusión una variante cualquiera en la segunda imputación⁴⁶¹.

Hay que concluir que el concepto de *res iudicanda* (muy exigente) difiere del de *res iudicata* (poco exigente). Cabe plantearse entonces cómo se consigue evitar el efecto de desfase de uno y otro. Este desfase o no correspondencia del hecho en una y otra, del hecho para la correlación y el del *ne bis in idem*, plantea el problema que ya hemos puesto de relieve *supra* y que consiste en que si el hecho deviene diverso por la variación de cualquier elemento relevante para la *res iudicanda*, pero irrelevante para la *res iudicata* (art. 649), tendríamos a un juez que no podría dictar sentencia por el hecho que se deriva de la prueba del juicio oral, viéndose en la obligación de enjuiciar el hecho de la imputación tal cual le fue planteada (debiendo en principio absolver). Sin embargo, el hecho diverso no enjuiciado quedaría, paradójicamente, cubierto por el *ne bis in idem*, pues para esta garantía no sería un hecho distinto del de la acusación

⁴⁵⁹ Así, la acción o conducta típica, el proceso causal y el resultado.

⁴⁶⁰ Vid. CORDERO, Franco, «Considerazioni...», *cit.*, p. 943, también en *Procedura penale*, *cit.*, pp. 1175-1181; RAFARACI, Tommaso, *Le nuove...*, *cit.*, pp. 1-25; CALAMANDREI, Iolanda, «Diversità...», *cit.*, pp. 643 y ss; GIANNITI, Pasquale, «Rilievi...», *cit.*, pp. 409-411; GIARDA, Angelo y SPANGHER, Giorgio, *Codice...*, *cit.*, pp. 1464-1468.

⁴⁶¹ Vid. CORDERO, Franco, «Considerazioni...», *cit.*, p. 943, también en *Procedura penale*, *cit.*, pp. 1175-1181; RAFARACI, Tommaso, *Le nuove...*, *cit.*, pp. 1-25 y 251-254; CALAMANDREI, Iolanda, «Diversità...», *cit.*, pp. 643-654; GIANNITI, Pasquale, «Rilievi...», *cit.*, pp. 409-433.

conforme se define en el art. 649 del Código italiano, que considera la sola conducta a este fin⁴⁶².

La solución a este problema viene dada, en primer lugar, por la previsión normativa expresa de que el PM⁴⁶³ debe modificar la imputación (*emendatio libelli*) en el mismo juicio cada vez que de la práctica de la prueba se derive una modificación del hecho en cualquiera de los aspectos señalados previamente (art. 516 CPP italiano), lo cual puede parecer bastante obvio, pero lo cierto es que en Derecho español no existe este deber del MF, el cual puede hacer uso de las conclusiones definitivas para adecuar la imputación fáctica, pero no pesa sobre él un deber explícito al respecto, y tanto es así que si no hace esta adecuación en conclusiones definitivas nada acontece, ya que igual el juez puede de oficio proponer (tesis) y estimar esas modificaciones en sentencia, cuestión que es jurídicamente imposible en el sistema italiano por el juego del art. 516 y 521 del CPP. En el CPP italiano hay una regulación detallada de las hipótesis de modificación de la imputación⁴⁶⁴ (no sólo el art. 516, sino también el 517)⁴⁶⁵ a que está obligado el PM. Pesa sólo sobre el PM el deber de plantear la imputación fáctica en términos completos y exhaustivos⁴⁶⁶, de modo que debe incluir en la modificación de la acusación cualquier cambio derivado de la práctica de la prueba que se produzca en el hecho que afecte a la acción típica, al proceso causal, al resultado, al aspecto subjetivo (dolo, culpa), a los presupuestos del delito, e incluso modificaciones a la determinación espacio-temporal del hecho. Subyace en la doctrina italiana⁴⁶⁷ la convicción de que junto a la necesidad de la imputación completa, un sistema acusatorio requiere de una regulación flexible (no rígida) de la imputación que parta del supuesto que el acusador

⁴⁶² Vid. CORDERO, Franco, *Procedura penale*, cit., pp. 1175-1181. Pero obsérvese que el autor ya proponía lo mismo que dice el art. 649 en «Considerazioni...», cit., p. 943; también RAFARACI, Tommaso, *Le nuove...*, cit., pp. 252 y ss.

⁴⁶³ *Pubblico Ministero* italiano.

⁴⁶⁴ En un sistema acusatorio depurado como el italiano hay especial preocupación por establecer una configuración flexible y progresiva de la imputación fáctica durante el juicio oral, como se desprende de los artículos 516 y 517, con el fin de evitar la necesidad de los poderes supletorios del juez, y de favorecer la contradicción.

⁴⁶⁵ Incluso se regula específicamente la posibilidad de introducir un hecho nuevo completamente distinto del de la original imputación en el art. 518 CPP.

⁴⁶⁶ Vid. RAFARACI, Tommaso, *Le nuove...*, cit., pp. 25 y ss.

⁴⁶⁷ Vid. RAFARACI, Tommaso, *Le nuove...*, cit., pp. 25 y ss.

debe adecuarla a las «variaciones reconstructivas del hecho» en el curso del juicio cuando ello sea necesario a la luz del resultado probatorio⁴⁶⁸.

Pero el sistema además adopta otra medida de seguridad, ya que puede suceder que el PM incumpla el deber de imputación completa y actualizada al resultado probatorio, y, por lo tanto, nuevamente resurge la duda: ¿en este caso el hecho diverso derivado del juicio no podrá ser enjuiciado y, no obstante, quedará cubierto por el *ne bis in idem*? No, esto no ocurrirá puesto que el sistema se ha protegido de este efecto, y ha establecido que sobre el deber del PM de hacer las modificaciones de la imputación en caso que aparezca un hecho diverso se ejerce el control jurisdiccional del juez (vía art. 521, *comma 2*, CPP), de modo que es éste quien se encarga de controlar que el PM efectivamente adecue la imputación a la prueba, y si considera que el hecho es diverso de cómo ha sido imputado por la acusación, debe dictar una resolución de transmisión de actuaciones al PM. Esta potestad del juez revela que aún en el sistema procesal italiano es la autoridad jurisdiccional quien conserva el control sobre la correcta configuración del objeto de enjuiciamiento, pero quedando completamente excluido de su formulación. Constituye esta potestad una forma de equilibrio del sistema, sobre todo con miras a evitar el efecto preclusivo del *ne bis in idem*⁴⁶⁹ sin juicio.

Debe observarse que la transmisión de actuaciones al PM del art. 521, *comma 2*, del Código italiano, no constituye una forma subrepticia de introducir modificaciones fácticas al proceso o de proponérselas al PM para que él las introduzca. Esta potestad da lugar a una resolución por la cual el juez declara que el hecho ha resultado diverso de cómo fue imputado por la acusación y que por tal razón no se puede dictar sentencia de mérito, y, que por lo mismo se transmiten las actuaciones al PM para que plantee acusación nuevamente y se celebre nuevo juicio oral. Se trata en consecuencia de una resolución procesal, y no contiene una tesis de hechos a introducir en la nueva

⁴⁶⁸ Vid. arts. 516 a 518, y 519 y 521 del CPP.

⁴⁶⁹ Dice RAFARACI, Tommaso, *Le nuove...*, cit., pp. 256-257, lo siguiente: «...appare allora chiaro che la regola dell'art. 521 c. 2 c.p.p. svolge una precisa funzione di garanzia negli equilibri del sistema. Essa indubbiamente reca con sé un certo tasso di "inquisitorialità", poiché chiama il giudice ad un controllo (ancorché solo in sede decisoria) sul tema della decisione; ma d'altra parte, con ciò stesso fa da tramite essenziale per la conservazione di limiti preclusivi di un secondo processo sufficientemente ampi da non frustrare le più elementari esigenze del *ne bis in idem*».

acusación⁴⁷⁰. El juez se limita a constatar la diversidad del hecho y a transmitir las actuaciones sin asumir un rol supletorio de la función acusadora. La refinada separación de la función acusadora de la enjuiciadora se mantiene hasta sus últimas consecuencias, aún con el costo de tener que invalidar el juicio mismo para que se plantee por el PM nueva acusación y se abra nuevo juicio.

La jurisprudencia y la doctrina también se han planteado la cuestión de la imparcialidad del juez que dicta la transmisión de actuaciones, concordando en que el juez del primer juicio queda inhabilitado para enjuiciar la segunda acusación, ya que se hallaría «prevenido». En efecto, la Corte Constitucional en sentencia de 30 de diciembre de 1994, N° 455, declaró constitucionalmente ilegítimo el art. 34, *comma* 2, del Código, que contempla las incompatibilidades de funciones en la parte que no prevé la incompatibilidad de la función de enjuiciamiento del juez que, conforme al resultado de la prueba del anterior juicio, y respecto del mismo hecho imputado atribuido al mismo imputado, ordena la transmisión de actuaciones al PM⁴⁷¹. En consecuencia, el juez del nuevo juicio ha de ser distinto del que ordena la transmisión de actuaciones.

Al hilo de lo anterior, resulta inevitable plantearse la misma reflexión de legitimidad respecto de la denominada tesis (art. 733 y 788.3 y 4 LECrim) cuando ella se utiliza para introducir modificaciones en las calificaciones jurídicas, pero que tienen como sustrato la introducción de alguna modificación fáctica «accesoria»⁴⁷². Habría que plantearse la «(in)constitucionalidad» de la norma que permite la tesis del juez y que no impide su enjuiciamiento por él mismo (que no declara la causal de inhabilidad), al constituir infracción de la imparcialidad objetiva. La conclusión es plausible desde una visión exigente de lo que ha de ser la imputación fáctica completa como una función exclusiva del acusador.

⁴⁷⁰ Vid. RAFARACI, Tommaso, *Le nuove...*, *cit.*, pp. 306 y ss.

⁴⁷¹ Vid. Sentencia de 30 de diciembre de 1994 de la Corte Constitucional italiana, N° 455. También RAFARACI, Tommaso, *Le nuove...*, *cit.*, pp. 342-343.

⁴⁷² Volvemos sobre este asunto en el análisis de la homogeneidad ascendente.

5. Deber de correlación objetiva y estimación de hechos favor rei en la sentencia, pero no alegados por la defensa

Precedentemente hemos visto la cuestión de los hechos de la acusación, estableciendo cuáles determinan el objeto del proceso y cuáles no, fijando en cada caso las reglas que en general regulan el deber de correlación objetiva de la sentencia con la acusación. Ahora corresponde plantearse si hay infracción de la correlación objetiva cuando en sentencia se estiman hechos *favor rei* no alegados por la defensa.

Es perfectamente posible que la defensa del acusado no plantee en la contestación de la acusación la alegación de un hecho impeditivo⁴⁷³, extintivo⁴⁷⁴ o atenuante de la responsabilidad penal, y, sin embargo, éste se desprenda de la práctica de la prueba. ¿Puede el juzgador estimarlo o se halla limitado por la defensa que no lo alegó?

Anteriormente hemos anticipado nuestra respuesta afirmativa a la primera alternativa⁴⁷⁵. Para sostener esta afirmación hay que articular varias argumentaciones que se han ido haciendo a lo largo de las páginas precedentes⁴⁷⁶.

Antes sostuvimos que el deber de correlación en cuanto límite de los poderes de resolución halla fundamento en la vigencia del principio acusatorio⁴⁷⁷. Pues bien, se ha entendido que este principio se satisface con la introducción del objeto del proceso por

⁴⁷³ Reiteramos que son hechos impeditivos las causas de justificación como la legítima defensa, el estado de necesidad, el miedo insuperable, el ejercicio de un derecho o cumplimiento de un deber, o las causas de inculpabilidad, como una alteración síquica o toxicomanía aguda.

⁴⁷⁴ Son hechos extintivos el arrepentimiento, la confesión, la prescripción, el indulto, la cosa juzgada, entre otros.

⁴⁷⁵ *Vid.* el sub-apartado 2.1.6, I, Sección Primera, Capítulo II, «Una aclaración conceptual: los escritos de defensa no forman parte del término de correlación (comparación) de la sentencia, puesto que no limitan los poderes del juzgador».

⁴⁷⁶ Tal como hemos consignado, nos basamos en las teorías de *fattispecie* abreviados y alegaciones implícitas de las excepciones impropias. Estas teorías justifican que el juez pueda estimar excepciones impropias que se fundan en hechos impeditivos, extintivos o modificativos, sin necesidad de petición por la defensa. *Vid.* CAPPELLETTI, Mauro, *La testimonianza...*, *cit.*, tomo I, pp. 343-353; FABBRINI, Giovanni, «Ecezione», *cit.*, pp. 501-518. También del mismo autor, «Ecezione di merito...», *cit.*, pp. 333-375. Con una orientación parecida TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel, *El objeto del proceso...*, *cit.*, pp. 33-38, y especialmente nota al pie N° 18.

⁴⁷⁷ En efecto, el derecho a ser informado de la acusación, el derecho de defensa y el principio de contradicción no limitan los poderes del juzgador, sino más bien condicionan su eficacia.

un sujeto acusador distinto del juez, y se ha afirmado que este objeto del proceso se identifica con el hecho punible.

Entonces qué ocurre con los otros hechos que no identifican el objeto del proceso. ¿Por no ser hechos sustanciales el juzgador está facultado para estimarlos de oficio, pues sólo se hallaría limitado por el hecho punible?⁴⁷⁸

Consideramos en realidad que la verdadera razón para sostener que el juzgador puede estimar hechos no alegados por la defensa se deriva de comprender los efectos que supone la alegación del hecho punible (hecho constitutivo) como fundamento de la acusación o de la pretensión procesal.

La clave misma está en la técnica normativa del Derecho, y más específicamente del Derecho penal, que a la hora de establecer descripciones típicas se sirve de una norma en la que se deja establecida una acción objetiva bajo una fórmula abstracta, a la cual se le atribuye una consecuencia penal. Pero esa fórmula no hace una concreta y específica descripción de cada una de las posibles hipótesis fácticas que le podrían restar eficacia, aunque parte del supuesto de que la descripción típica legal y su consecuencia penal operan cuando no concurre ningún hecho con relevancia penal que les reste eficacia. Pues bien, esta cuestión determina el sentido y el efecto que la acusación tiene en el proceso penal.

La Ley procesal sólo impone al acusador la necesidad de alegar (y probar) el hecho punible del que se derivan unas consecuencias penales, sin imponer la necesidad de alegar expresamente (y probar) la no concurrencia de ningún hecho impeditivo, extintivo o atenuante. Sin embargo, la Ley entiende que la acusación está implícitamente negando su existencia, ya que es la única manera de comprender el sentido de la acusación o de la pretensión procesal y su legitimidad. No hay otra manera de justificar la petición de condena por un hecho punible con una pena determinada, dentro de un Ordenamiento en que no se puede pretender la condena del no «culpable» (art. 2 de la LECrim). De aquí se coligen dos consecuencias distintas pero complementarias.

⁴⁷⁸ Los hechos impeditivos, extintivos o atenuantes tampoco son hechos accesorios en el sentido de la tesis normativa, ya que son accesorios aquéllos que dependen del hecho punible e inciden sobre su efecto jurídico-penal. Los hechos impeditivos, extintivos o atenuantes son hechos autónomos del hecho punible que niegan o minoran la eficacia del hecho punible invocado por la acusación.

En primer lugar, al acusador en principio le basta con alegar y probar el hecho punible y convencer al juzgador de la existencia del mismo. Si la defensa se limita a negar el hecho punible, y la prueba de la acusación es contundente y convincente es perfectamente legal que la sentencia sea condenatoria, sin siquiera haber realizado un análisis específico de la probabilidad de concurrencia de un hecho impeditivo o extintivo. Pero eso cambia justo cuando en el juicio oral aparece uno de estos hechos. En ese momento se desploma uno de los presupuestos en que se sostenía la pretensión procesal, cual es, la no concurrencia de ningún hecho que le reste eficacia al hecho punible. En este caso el juzgador debe constatar su concurrencia y absolver al acusado.

En segundo lugar, se ha de concluir que el hecho punible introducido por la acusación y que define la identidad del objeto del proceso, además lleva consigo e introduce al proceso a todos aquellos hechos que no siendo sustanciales (ni accesorios)⁴⁷⁹ por no conformar el mismo hecho punible, sí tienen una relevancia jurídica referida a éste, y su inexistencia constituye presupuesto de la estimación de la pretensión procesal acusatoria. De ahí que se entienda que la alegación o no alegación expresa de los hechos impeditivos, extintivos y atenuantes no producen modificación alguna del objeto del proceso, y por eso mismo el juzgador al estimarlos sin previa alegación de la defensa no rompe la unidad del mismo, ni incurre en infracción al deber de correlación.

Además, y como habíamos puesto de relieve *supra*⁴⁸⁰, la situación contraria chocaría con la presunción de inocencia del art. 24.2 de la CE, puesto que se trasladaría la carga objetiva de la prueba⁴⁸¹ desde el acusador al acusado, al imponer la carga de alegar y

⁴⁷⁹ Reiteramos que no consideramos hechos accesorios a los hechos impeditivos, extintivos y atenuantes. Son hechos distintos del hecho punible, pero que no modifican el objeto del proceso.

⁴⁸⁰ *Vid.* el sub-apartado 2.1.6, I, Sección Primera, Capítulo II, «Una aclaración conceptual: los escritos de defensa no forman parte del término de correlación (comparación) de la sentencia, puesto que no limitan los poderes del juzgador».

⁴⁸¹ Como dijimos *supra*, creemos que es posible hablar de carga de la prueba en el sentido que lo hace FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*, *cit.*, pp. 147-158 y 610-613, es decir, como exigencia de la garantía procesal *nulla accusatio sine probatione*.

Por otra parte, como también hemos dicho, que el art. 729 de la LECrim admita cierta prueba de oficio no es suficiente para rechazar la idea de carga objetiva de prueba sobre la acusación, bajo el argumento de que el juez tiene iniciativa probatoria al igual que las partes, de modo que ello le quitaría sentido al concepto de «carga» cuando la función de prueba no radica en exclusiva en las partes. A

luego la de probar al acusado, de manera que la no asunción con éxito de estas cargas provocaría la estimación de la acusación infundada, cuestión que ni siquiera acontece en el proceso civil con la regulación de las excepciones impropias⁴⁸²⁻⁴⁸³.

Con todo, la estimación de oficio de cualquiera de estos hechos *favor rei* no puede hacerse sin el previo sometimiento de tesis a las partes, puesto que si bien ellos no afectan en modo alguno al objeto del proceso, sí modifican el objeto del debate al ampliar el contenido necesario de la sentencia en la medida que el juzgador debe extender su pronunciamiento a una cuestión que en principio no tenía que resolver. La Ley aunque parte de la base que la introducción del hecho punible lleva consigo la negación implícita de los hechos que afecten su eficacia, lo cierto es que antes de la tesis, no se ha argumentado ni debatido nada sobre la procedencia y estimación de los mismos por parte del acusador, de modo que la tesis viene a dar esta oportunidad. Negar la necesidad de tesis implicaría saltarse el principio de contradicción.

III. CORRELACIÓN SUBJETIVA: EL ACUSADO

El deber de correlación como límite a la potestad de resolver contiene dos aspectos. De una parte, el referido al hecho punible, en el sentido de que no se puede dictar sentencia por un hecho sustancialmente distinto del que ha sido objeto de la acusación, que es lo que se conoce como correlación objetiva. Pero, además, la correlación implica, de otra parte, que la sentencia se pronuncie sólo sobre el acusado al que se ha atribuido el hecho punible, quedando vedado el pronunciamiento respecto de otro

nuestro juicio dicho artículo no es más que una limitada excepción a la regla general que está en el art. 728 que dispone que son las partes las que tienen la iniciativa probatoria.

⁴⁸² Vid. TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel, *El objeto del proceso...*, cit., p. 36, nota al pie 18; ORTELLS RAMOS, Manuel, *Derecho procesal civil*, cit., quinta edición, pp. 315-317.

⁴⁸³ En Derecho italiano, ya hemos dicho, hay una detallada regulación de los poderes del juez para pronunciar sentencias de absolución o de no haber lugar a proceder cuando concurren hechos extintivos o impeditivos, independiente de la alegación de la parte acusada, art. 129 en relación con los arts. 530 y 531 del CPP italiano. Vid. CORDERO, Franco, *Procedura penale*, cit., pp. 958-967.

sujeto no acusado en el proceso penal⁴⁸⁴. Esto es lo que se denomina correlación subjetiva⁴⁸⁵.

La razón técnica de la correlación subjetiva radica en que la pretensión procesal (acción penal) siempre se dirige contra un sujeto, el sujeto pasivo del proceso penal, denominado genéricamente imputado⁴⁸⁶. Desde este punto de vista la identificación de «la acción penal exige, junto a la del hecho, o más bien incluida en ésta, la identidad física del inculcado»⁴⁸⁷.

Consideramos, por lo mismo, que la individualización del acusado, en un sentido amplio, equivalente al imputado o encartado⁴⁸⁸, forma parte del objeto del proceso integrándose con lo propiamente fáctico⁴⁸⁹. A nuestro juicio, el hecho punible no se predica innominadamente, pues en su esencia es una acción u omisión de un sujeto, razón por la cual siempre se requerirá, a fin de tener una determinación plena del objeto del proceso, la determinación del sujeto al que se atribuyen los hechos. Se comprende entonces que la determinación de la identidad del acusado sea «fundamental para la correlación entre acusación y sentencia y para la aplicación del principio del *ne bis in idem*»⁴⁹⁰.

⁴⁸⁴ Por todos, *vid.* GÓMEZ ORBANEJA, Emilio, *Comentarios...*, *cit.*, tomo II, p. 279; ORTELLS RAMOS, Manuel, *Derecho jurisdiccional, III. Proceso penal, cit.*, séptima edición, p. 331; PLANCHADELL GARGALLO, Andrea, *El derecho fundamental...*, *cit.*, p. 181.

⁴⁸⁵ SSTS: Sentencia de 8 de febrero de 1993, Sala de lo Penal, ponente Martínez-Pereda Rodríguez (BDA, m. RJ 1993\939); Sentencia de 5 de febrero de 1994, Sala de lo Penal, ponente Martínez-Pereda Rodríguez (BDA, m. RJ 1994\696); Sentencia de 23 de junio de 1998, Sala de lo Penal, ponente Martínez-Pereda Rodríguez (BDA, m. RJ 1998\5592); Sentencia de 28 de diciembre de 1999, Sala de lo Penal, ponente Martínez Arrieta (BDA, m. RJ 1999\9861).

⁴⁸⁶ *Vid.* GÓMEZ ORBANEJA, Emilio, *Comentarios...*, *cit.*, tomo II, pp. 273-274.

⁴⁸⁷ GÓMEZ ORBANEJA, Emilio, *Comentarios...*, *cit.*, tomo II, p. 279.

⁴⁸⁸ Es evidente que no se puede usar el concepto de acusado en un sentido estricto porque como dice DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, *Derecho procesal penal, cit.*, cuarta edición, p. 583, respecto de un sujeto procesado, exonerado en la fase instructoria, que no llega a ser acusado, tendríamos que concluir que sería perfectamente posible abrir un nuevo proceso en su contra, ya que no fue acusado en un sentido estricto, lo cual ha de rechazarse.

⁴⁸⁹ *Vid.* GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis, *Derecho jurisdiccional, III. Proceso penal, cit.*, séptima edición, p. 103. También opina lo mismo ROXIN, Claus, *Derecho procesal penal, cit.*, p. 160.

⁴⁹⁰ GÓMEZ ORBANEJA, Emilio, *Comentarios...*, *cit.*, p. 279. ROXIN, Claus, *Derecho procesal penal, cit.*, pp. 86-87 y 160, también hace este alcance.

Sólo por excepción se admitiría que el hecho adquiriera cierta autonomía respecto del acusado a efectos de identificación del objeto del proceso, como podría ocurrir en supuesto de cosa juzgada en la hipótesis de que los hechos se declararen no constitutivos de delito, en cuyo caso se podría aceptar que la identidad del acusado no tuviere relevancia para la función negativa de la cosa juzgada penal⁴⁹¹, con el resultado de impedir el inicio de otro proceso en contra no sólo del acusado absuelto en el primero, sino también de cualquier otro sujeto, ya que el hecho no es delictivo, con independencia de quien lo haya realizado.

1. La identificación del acusado con miras a la correlación

Antes de tratar la correlación subjetiva de la sentencia con la acusación es menester precisar cómo surge en el proceso penal la identificación del sujeto pasivo.

El acusado debe estar identificado con la finalidad de poder distinguir precisamente la identidad del objeto del proceso, cuestión que se presenta como imprescindible para determinar respecto de quién se tiene que pronunciar la sentencia. En caso contrario, no se podría saber si la sentencia cumple con la debida correlación con la acusación. Es decir, no se podría saber si una sentencia es correlativa con la acusación, si no se conoce claramente quién ha sido acusado precisamente por el hecho punible o por cada hecho punible de la acusación.

En el sistema español, sin embargo, no hay impedimento para que inicialmente la acción penal esté subjetivamente indeterminada. En efecto, se admite la querrela en la instrucción sin designación personal de imputado: el art. 277.3, párrafo 2º de la LECrim, consiente, a falta de conocimiento de la identidad personal del querrellado, la designación del mismo «por las señas que mejor pudieran darle a conocer». La prescindencia de la identificación subjetiva plena está en consonancia con el art. 282 que señala dentro de las funciones de la policía judicial la de «descubrir a los delincuentes»; y también con el art. 299 que señala como objetivo del sumario «averiguar (...) la culpabilidad de los delincuentes (...)».

⁴⁹¹ Vid. DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, *Derecho procesal penal*, cit., cuarta edición, p. 585.

Guarda también relación con la norma que contempla la posibilidad de que en el sumario no se descubran los motivos suficientes para sostener una acusación en contra de uno o varios sujetos determinados, en cuyo caso procederá el sobreseimiento provisional (art. 641.2º)⁴⁹².

En suma, la querrela puede prescindir de una individualización del sujeto pasivo, y por eso GÓMEZ ORBANEJA⁴⁹³ dice que «la querrela misma no puede limitar el alcance subjetivo de la acción penal». Con todo, de esto no se sigue que la imputación pueda mantenerse indeterminada hasta después de cerrado el sumario, al menos si se quiere seguir adelante con el proceso y llegar al juicio oral. En efecto, la apertura del juicio oral no puede pedirse sino respecto de quien haya sido formalmente procesada⁴⁹⁴ o previamente imputada en el procedimiento abreviado o en el juicio ante el Tribunal del Jurado⁴⁹⁵⁻⁴⁹⁶. Así, por lo demás, lo ha establecido abundante jurisprudencia que proclama la vinculación ineludible entre el procesamiento o imputación del sujeto pasivo durante la etapa del sumario o de diligencias previas o procedimiento preliminar y la acusación que debe ser dirigida únicamente contra alguna de las personas previamente procesadas o imputadas⁴⁹⁷.

⁴⁹² Vid. GIMENO SENDRA, José Vicente, *La querrela, cit.*, pp. 193-195.

⁴⁹³ GÓMEZ ORBANEJA, Emilio, *Comentarios...*, *cit.*, tomo II, p. 281.

⁴⁹⁴ Vid. GÓMEZ ORBANEJA, Emilio, *Comentarios...*, *cit.*, tomo II, p. 282.

⁴⁹⁵ Vid. sub-apartados 2.2 y 2.3.1, I, Sección Primera, Capítulo II, «El derecho a ser informado de la acusación, derecho de defensa y contradicción» y «Requisitos formales que se deben cumplir en la información de la acusación».

⁴⁹⁶ Vid. ASECIO MELLADO, José María, *Principio acusatorio...*, *cit.*, pp. 95-96; ARMENGOT VILAPLANA, Alicia, «La imputación en el proceso penal...», *cit.*, *passim*.

⁴⁹⁷ SSTC: Sentencia de 15 de noviembre de 1990, Pleno, ponente Gimeno Sendra (BDA, m. RTC 1990\186); Sentencia de 19 de abril de 1993, Sala Primera, ponente Gimeno Sendra (BDA, m. RTC 1993\128); Sentencia de 19 de abril de 1993, Sala Primera, ponente Gimeno Sendra (BDA, m. RTC 1993\129); Sentencia de 3 de mayo de 1993, Sala Primera, ponente Gimeno Sendra (BDA, m. RTC 1993\152); Sentencia de 20 de septiembre de 1993, Sala Primera, ponente García-Mon y González Regueral (BDA, m. RTC 1993\273); Sentencia de 18 de octubre de 1993, Sala Segunda, ponente López Guerra (BDA, m. RTC 1993\297); Sentencia de 17 de octubre de 1994, Sala Segunda, ponente González Campos (BDA, m. RTC 1994\277); Sentencia de 11 de marzo de 1996, Sala Segunda, ponente García-Mon y González Regueral (BDA, m. RTC 1996\36); Sentencia de 9 de julio de 1996, Sala Primera, ponente Ruiz Vadillo (BDA, m. RTC 1996\129); Sentencia de 29 de junio de 1998, Sala Segunda, ponente De Mendizábal Allende (BDA, m. RTC 1998\134); Sentencia de 31 de enero de 2000, Sala Segunda, ponente González Campos (BDA, m. RTC 2000\19); Sentencia de 21 de mayo de 2001, Sala Primera, ponente Cruz Villalón (BDA, m. RTC 2001\118). SSTs: Sentencia de 30 de

La jurisprudencia ha dicho en reiteradas ocasiones que a «fin de evitar acusaciones sorpresivas de ciudadanos en el juicio oral sin que se les haya otorgado posibilidad de participación alguna en la fase instructoria (...) nadie puede ser acusado sin haber sido, con anterioridad, declarado judicialmente imputado, de tal suerte que la instrucción ha de seguir asumiendo su clásica función de determinar la legitimación pasiva en el proceso penal (...)»⁴⁹⁸⁻⁴⁹⁹. Es justamente a través de la función definidora de la legitimación pasiva como se puede articular el derecho a ser informado de la acusación desde el primer momento, y de aquí se deriva la consecuencia de vinculación entre la imputación y la acusación: la acusación sólo se puede dirigir en contra del legitimado pasivamente en la instrucción⁵⁰⁰.

2. (Continuación) La acusación y nuevas imputaciones subjetivas mediante la instrucción sumaria suplementaria del art. 746.6 de la LECrim

Una matización de relieve a lo dicho precedentemente (al efecto preclusivo del cierre de la instrucción) es la posibilidad de nuevas imputaciones en la fase del juicio

octubre de 1993 (BDA, m. RJ 1993\8490); Sentencia de 5 de octubre de 1994 (BDA, m. RJ 1994\7625); Sentencia de 4 de octubre de 1996 (BDA, m. RJ 1996\7051); Sentencia de 17 de febrero de 2001 (BDA, m. RJ 2001\4825).

⁴⁹⁸ Son varias las sentencias que expresan literalmente estas palabras. SSTC: Sentencia de 19 de abril de 1993, Sala Primera, ponente Gimeno Sendra (BDA, m. RTC 1993\128); Sentencia de 19 de abril de 1993, Sala Primera, ponente Gimeno Sendra (BDA, m. RTC 1993\129); Sentencia de 3 de mayo de 1993, Sala Primera, ponente Gimeno Sendra (BDA, m. RTC 1993\152); Sentencia de 20 de septiembre de 1993, Sala Primera, ponente García-Mon y González Regueral (BDA, m. RTC 1993\273); Sentencia de 18 de octubre de 1993, Sala Segunda, ponente López Guerra (BDA, m. RTC 1993\297); Sentencia de 17 de octubre de 1994, Sala Segunda, ponente González Campos (BDA, m. RTC 1994\277). En términos semejantes también otras SSTC: Sentencia de 29 de junio de 1998, Sala Segunda, ponente De Mendizábal Allende (BDA, m. RTC 1998\134); Sentencia de 31 de enero de 2000, Sala Segunda, ponente González Campos (BDA, m. RTC 2000\19).

⁴⁹⁹ Ha de recordarse que según el art. 299 de la LECrim la instrucción judicial tiene dentro de sus fines la determinación de la legitimación pasiva en el proceso penal.

⁵⁰⁰ Así las siguientes SSTC: Sentencia de 19 de abril de 1993, Sala Primera, ponente Gimeno Sendra (BDA, m. RTC 1993\128); Sentencia de 19 de abril de 1993, Sala Primera, ponente Gimeno Sendra (BDA, m. RTC 1993\129); Sentencia de 3 de mayo de 1993, Sala Primera, ponente Gimeno Sendra (BDA, m. RTC 1993\152); Sentencia de 20 de septiembre de 1993, Sala Primera, ponente García-Mon y González Regueral (BDA, m. RTC 1993\273); Sentencia de 18 de octubre de 1993, Sala Segunda, ponente López Guerra (BDA, m. RTC 1993\297); Sentencia de 17 de octubre de 1994, Sala Segunda, ponente González Campos (BDA, m. RTC 1994\277). En términos semejantes también STC de 29 de junio de 1998, Sala Segunda, ponente De Mendizábal Allende (BDA, m. RTC 1998\134).

oral, mediante el uso del art. 746.6 de la LECrim, es decir, previa suspensión del juicio y ordenación de instrucción sumaria suplementaria. La instrucción sumaria procede cuando de la práctica de la prueba o antes de la prueba⁵⁰¹ se producen revelaciones o retractaciones que alteran sustancialmente los juicios. Pues bien, en virtud de dichas revelaciones o retractaciones, según la última doctrina del TC⁵⁰², se puede ampliar la imputación y la acusación *ex post*, a otros sujetos que no han sido previamente imputados o procesados. En la doctrina ya había algún autor que sostenía esta posibilidad⁵⁰³.

La STC de 17 de septiembre de 2001 (BDA, m. RTC 2001\182) admitió el uso del mecanismo del art. 746.6 en un juicio oral en que se produjo una revelación del imputado antes de la práctica de la prueba, que consistió en la delación de las identidades de otros partícipes en los hechos.

La revelación del imputado dio lugar a la suspensión del juicio y a la instrucción suplementaria en virtud de la cual se procesó a nuevos imputados. Posteriormente se dio traslado al MF para la presentación de una nueva calificación provisional. Éste mantuvo su primera calificación, pero introduciendo como partícipes a los nuevos coimputados.

El TC estimó que no hubo infracción del derecho a ser informado de la acusación ni del derecho a un proceso con todas las garantías, porque conforme al cauce del art. 746.6 de la LECrim se retrotrajeron las actuaciones a la instrucción, y en ella se produjo una imputación con pleno conocimiento de los hechos imputados, tras lo cual se dictó auto de procesamiento en contra de los nuevos imputados, los que si bien no recurrieron el procesamiento, pudieron haberlo hecho, y, posteriormente, conocieron la acusación.

A nuestro juicio, el problema no se plantea con el cumplimiento de los trámites procesales que, como atestigua la STC, se cumplieron dentro de lo legalmente previsto,

⁵⁰¹ Que es el caso de la STC de 17 de septiembre de 2001, Sala Segunda, ponente Viver Pi-Sunyer (BDA, m. RTC 2001\182).

⁵⁰² STC de 17 de septiembre de 2001, Sala Segunda, ponente Viver Pi-Sunyer (BDA, m. RTC 2001\182).

⁵⁰³ VÁZQUEZ SOTELO, José Luis, «El principio acusatorio...», *cit.*, p. 132.

sino más bien con relación al derecho de defensa y a las posibilidades defensivas en la instrucción del proceso. Es decir, lo que cabe cuestionarse es si en el caso de las nuevas imputaciones subjetivas mediante instrucción suplementaria, el nuevo imputado-acusado tiene las mismas posibilidades defensivas y de descargo que se tiene en una imputación inicial, la cual abre una amplia gama de posibilidades de defensa durante toda la instrucción, o, por el contrario, sus posibilidades se ven sensiblemente disminuidas por la casi inexistente instrucción, apenas suficiente para su imputación y procesamiento complementario, dándose valor en lo restante a la instrucción inicial en la cual no participó ni tuvo posibilidad de influir mediante peticiones de pesquisas o diligencias.

La duda parece plausible. Sin embargo, la STC no abordó la cuestión.

3. Las conclusiones definitivas como término de comparación de la sentencia y la correlación subjetiva de ésta

Visto el modo en que se determina el sujeto pasivo en el proceso penal, cabe señalar ahora que el término de comparación de la sentencia respecto del acusado, igual como acontece con el contenido objetivo, son las conclusiones definitivas, ya que es en ellas donde se produce la forma más depurada de presentación del objeto del proceso, como lo ha señalado la doctrina y la jurisprudencia.

Esta afirmación puede aceptarse en una primera aproximación, pero habría de ser matizada al menos para aquella parte de la doctrina que sustenta la no vinculación del juzgador a la petición de absolución o retirada de la acusación en conclusiones o calificaciones definitivas, y que sostiene que previo planteamiento de tesis —sin necesidad de ser asumida por ningún acusador—, puede condenarse al sujeto acusado en calificaciones provisionales o en el escrito de acusación⁵⁰⁴, respecto del cual se ha retirado la acusación en calificaciones definitivas. Para esta parte de la doctrina, en el

⁵⁰⁴ Vid. GÓMEZ ORBANEJA, Emilio, *Comentarios...*, cit., tomo II, pp. 188-197; ORTELLS RAMOS, Manuel, *Derecho Jurisdiccional, III. Proceso penal*, cit., tercera edición, p. 409; MONTERO AROCA, Juan, «El principio acusatorio...», cit., p. 781; VÁZQUEZ SOTELO, José Luis, «El principio acusatorio...», cit., pp.121-122; TOMÉ GARCÍA, José Antonio, *Comentario a la Ley del Jurado*, cit, pp. 499-500.

caso de retirada la acusación⁵⁰⁵, la correlación de la sentencia se presenta con las calificaciones provisionales o con el escrito de acusación, y no con las definitivas.

Tal como hemos adelantado, la correlación subjetiva significa que dirigida la acusación en contra de sujeto determinado, la sentencia no puede resolver sino sobre éste. Desde el punto de vista dogmático⁵⁰⁶ esto es una cuestión pacífica que no produce ningún género de duda, ni cuestionamiento sobre su vigencia absoluta, razón por la cual casi no tendría sentido tratarla de forma especial, separada de la correlación objetiva que es a la que se suele atender exclusivamente, si no fuera porque todavía en la actualidad se presentan casos de manifiesta infracción de la correlación subjetiva, especialmente en el juicio de faltas.

En lo tocante a esta materia se presentan dos órdenes de problemas distintos en juicios de faltas. De una parte están las hipótesis de condena de un sujeto no acusado, en cuyo caso lo que falta no es la notificación de una acusación preexistente, sino que falta (no existe) la acusación misma, al menos respecto del sujeto que termina siendo enjuiciado. De otra parte están los supuestos más comunes en que la acusación sí existe, pero no es puesta en conocimiento del acusado en términos adecuados.

De momento sólo ponemos de relieve los problemas de correlación subjetiva del juicio de faltas, sobre los que volveremos a propósito del estudio de la correlación en este tipo de juicio penal.

⁵⁰⁵ Vid. lo señalado en el sub-apartado 1.3, I, Sección Primera, Capítulo II.

⁵⁰⁶ Por todos, vid. a GÓMEZ ORBANEJA, Emilio, *Comentarios...*, cit., p. 279; ORTELLS RAMOS, Manuel, *Derecho jurisdiccional, III. Proceso penal*, cit., séptima edición., p. 331; PLANCHADELL GARGALLO, Andrea, *El derecho fundamental...*, cit., p. 181.

IV. CALIFICACIÓN JURÍDICA Y DEBER DE CORRELACIÓN. NO EXISTE DEBER DE CORRELACIÓN RESPECTO DE ESTE EXTREMO. RELACIÓN CON EL DERECHO A SER INFORMADO DE LA ACUSACIÓN (DERECHO DE DEFENSA Y PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN) COMO PRESUPUESTO DEL EJERCICIO DE LAS FACULTADES DE CALIFICACIÓN DEL JUZGADOR

Corresponde referirse a la calificación jurídica en cuanto contenido de la acusación y de la sentencia, y al modo en que incide la acusación sobre los poderes de resolución del juzgador.

Absolutamente unánime en la doctrina y en la jurisprudencia es la opinión de que la calificación jurídica de los hechos forma parte de los poderes jurisdiccionales del juzgador, de modo que es el juez el que determina el derecho aplicable a los hechos que da por probados. De esta afirmación general se deriva la consecuencia de que la acusación no limita los poderes del juez respecto de este extremo, pudiendo éste apartarse de la calificación jurídica de la acusación (y también, por supuesto, de la defensa). Toda nuestra investigación ha venido apoyándose en esta premisa, la cual ha quedado expresada de diversas maneras en distintos pasajes de esta obra. Ahora bien, y pese a la indiscutible validez de esta afirmación (general), es menester realizar una serie de matizaciones que dicen relación fundamentalmente con la manera en que el juez puede realizar su labor de calificación jurídica (enjuiciamiento jurídico de los hechos) teniendo en cuenta la acusación (y la defensa).

Hay que adelantar que en la materia ha habido en España una evolución importante de carácter dogmática y sobre todo jurisprudencial a partir de la entrada en vigor de la CE. En el análisis de la cuestión es necesario atender al desarrollo teórico y jurisprudencial en cuanto tránsito o paso desde posiciones preconstitucionales a otras postconstitucionales, claramente definidas por los contenidos del art. 24 de la CE (tutela del derecho de defensa y principio de contradicción).

Como advertencia también conviene señalar que en la materia que nos ocupa interesa revisar y detenerse especialmente en los problemas que se han planteado en la casuística de la jurisprudencia, sin renunciar, eso sí, a la exposición sistemática de la doctrina de los tribunales y a las aportaciones de la dogmática procesal cuando se ha adentrado en el estudio del tema.

Como hemos dicho, el interés de revisar la jurisprudencia española se explica porque mediante su análisis se puede observar el paso o tránsito desde posiciones que se ceñían al marco legal de la LECrim en su interpretación de lo que era la correlación, a otras que centran sus esfuerzos en actualizar el sistema procesal penal a los requerimientos de lo que fue el nuevo orden constitucional que se implantó con la CE de 1978, basado en las garantías procesales.

Antes de la promulgación de la CE y todavía en el período inmediatamente posterior, la jurisprudencia cuando necesitaba resolver cuestiones relacionadas con la correlación se servía exclusivamente de los criterios legales, jurisprudenciales y doctrinales previos a la CE, lo cual daba por resultado una jurisprudencia con características bien definidas, según se tendrá ocasión de observar. Con la promulgación de la CE y su posterior desarrollo, la jurisprudencia comienza a interpretar la correlación desde el punto de vista constitucional, a fin de obtener el resultado normativo concreto consonante, lo más posible, con las garantías procesales recogidas en el texto constitucional, llegando incluso a dejar de aplicar ciertas normas o a reinterpretarlas extensiva o restrictivamente, según parezca más adecuado y armónico al sentido de la CE. En consecuencia, la entrada en vigor de la CE produjo un impacto bien concreto que consistió en que las garantías procesales no sancionadas positivamente con el vigor ni la explicitud que lo hace por vez primera la CE, adquieren una vigencia positiva que ya no se puede desconocer.

La evolución de la doctrina jurisprudencial sobre la correlación arranca, tal cual hemos dicho, del marco normativo que es la LECrim y desde allí evoluciona hacia una adaptación de su contenido con las garantías constitucionales de la CE.

Desde la promulgación de la LECrim en el año 1882 se ha venido afirmando que el fundamento de la correlación entre acusación y sentencia se halla en el principio acusatorio, así, por ejemplo, lo pone de manifiesto la Exposición de Motivos⁵⁰⁷ y

⁵⁰⁷ Que dice expresamente: «Para mantener al Tribunal en esta serena y elevada esfera y no desvirtuar el principio acusatorio que informa el nuevo Código, ha creído el que suscribe que únicamente al Ministerio fiscal o al acusador particular, si lo hubiere, corresponde formular el acta de acusación comprensiva de los puntos sobre que en adelante deben girar los debates, siguiendo en esto al Código de instrucción criminal austriaco, que es acaso, de los actualmente vigentes en Europa continental, el que ha desarrollado con más lógica y extensión el principio acusatorio». Y más adelante agrega: «Este principio aplicado en absoluto adolece, sin embargo, de un vicio, que han puesto de

AGUILERA DE PAZ, el principal comentarista de la LECrim de los primeros años del siglo XX⁵⁰⁸. Este principio fue el configurador esencial de las reformas liberales a la justicia penal realizadas durante el siglo XIX en Europa continental, constituyéndose en el elemento definidor de un verdadero proceso penal. Desde aquella época se ha entendido que el principio acusatorio en cuanto suponía la superación del inquisitivo como sistema administrativo de imposición de pena —especie de autotutela estatal, en palabras de SERRA DOMÍNGUEZ⁵⁰⁹— tenía por misión esencial asegurar la imparcialidad del órgano decisor, mediante la obtención de la réplica artificial de la estructura tripartita del proceso civil. Es decir, se pretendía obtener un proceso penal que se realizara entre dos partes contrapuestas frente a un tercero imparcial, el juez, cuya función era decidir el litigio conforme a Derecho. De esa manera se lograba que el proceso se configurara como un *actus trium personarum*⁵¹⁰.

En otras palabras, el modo en que se resuelve esta necesidad de imparcialidad es con la separación de las funciones de acusación con la de decisión —no puede ser el mismo órgano el que acuse y decida sobre la acusación—. El principio acusatorio, en

relieve insignes Magistrados encanecidos en la Administración de Justicia. Proscrita para siempre la *absolución de la instancia* y rigiendo sin excepción la máxima de *non bis in idem*, evidente es que el error del Fiscal en la calificación jurídica del hecho justiciable produce la impunidad del delincuente. Está bien que en los procesos civiles el Tribunal tenga la obligación de absolver o condenar, así como también la de ajustar estrictamente su fallo a los términos en que las partes hayan planteado el problema litigioso, o sea, la acción ejercitada por el demandante y a las excepciones formuladas por el demandado porque las cuestiones que en esos procesos se ventilan son de mero interés privado y porque además no es raro que pueda subsanarse total o parcialmente en un nuevo proceso el error padecido al entablar la acción (...) pero en los procesos criminales, que pueden incoarse de oficio, están siempre en litigio el interés social y la paz pública; y teniendo el Tribunal la obligación de condenar o absolver sin reserva alguna y sin que le sea lícito abrir un nuevo procedimiento sobre el mismo hecho ya juzgado (...)».

⁵⁰⁸ AGUILERA DE PAZ, Enrique, *Comentarios...*, cit., tomo V, pp. 519 y ss., y en tomo VI, pp. 300 y ss.

⁵⁰⁹ SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, «El juicio oral», cit., p. 767; CAROCCA PÉREZ, Alex, «Congruencia...», cit., pp. 299-303.

⁵¹⁰ Vid. entre muchos, GOLDSCHMIDT, James, *Problemas...*, cit., pp. 23 y ss. En este trabajo, fruto de las Conferencias dadas por el autor en España durante el año 1934, desarrolla una completa síntesis de su teoría sobre el proceso penal, sobre la teoría del Derecho penal como Derecho justicial material y explica la naturaleza de la acción penal o mejor dicho del derecho de acusar como derecho formal o abstracto, con el mérito de analizar en paralelo el Derecho alemán y español. Esta teoría es la que influye todo el desarrollo posterior de la teoría abstracta de la acción penal en España, vid. MONTERO AROCA, Juan, *Principios...*, cit., pp. 25-29, es especialmente claro en sus explicaciones en torno al principio acusatorio e inquisitivo.

consecuencia, imponía la necesidad de que un órgano ajeno al decisor de la cuestión penal introduzca aquello que va a ser objeto de la decisión, esto es el objeto del proceso penal, para que el «juez» resuelva sobre aquél en una posición de equidistancia respecto de las partes y del objeto mismo.

Dentro de esta concepción del acusatorio, la doctrina había entendido que el objeto del proceso se estructuraba e individualizaba con base en dos criterios: uno subjetivo y el otro objetivo. El objeto del proceso se identificaba y diferenciaba de los otros posibles objetos por referencia al sujeto pasivo o imputado-acusado en contra del cual se dirige el proceso penal⁵¹¹, lo que se denomina la identidad subjetiva del objeto del proceso. De otra parte, el objeto del proceso se identifica por el hecho punible (o hechos) atribuido a ese sujeto, lo que da lugar a la identidad objetiva del objeto del proceso.

El principio acusatorio entonces se resumía en la necesidad de que el órgano acusador introdujera al proceso penal el hecho punible atribuido a un sujeto, mediante la interposición de una pretensión procesal a través de la acusación⁵¹². De aquí se extraía la conclusión de que el binomio normativo básico dentro de la LECrim para la determinación de la correlación, artículos 851.4 y 733 imponía, correctamente interpretados, una doble limitación a la sentencia penal con referencia a la acusación. Tanto el hecho punible (o hechos sustanciales o esenciales) como el sujeto inculcado en la acusación no podían ser modificados en sentencia.

De la afirmación del párrafo anterior se deduce que la correlación entre acusación y sentencia significaba nada menos que la intangibilidad de estos dos extremos. Pero además se deduce *sensu contrario* que no comprendía nada más que aquéllo. Es decir, el restante contenido de la acusación como es la calificación jurídica de los hechos y el *petitum* no cabían dentro de la correlación en un sentido estricto, quedando

⁵¹¹ En contra DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, *Derecho Procesal Penal*, cit., cuarta edición, pp. 204-205, quien estima que el objeto del proceso sólo se identifica por el hecho punible.

⁵¹² Esta es la doctrina sobre el principio acusatorio que ha dominado en forma indiscutida dentro de la doctrina española. Entre muchos, GÓMEZ ORBANEJA, Emilio, *Comentarios...*, cit., tomo II, pp. 291-301; ORTELLS RAMOS, Manuel, «Principio acusatorio...», cit., pp. 792-793; MONTERO AROCA, Juan, *Principios...*, cit., pp. 25-30; DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, *Derecho procesal penal*, cit., cuarta edición, pp. 42-45; ARMENTA DEU, Teresa, *Principio acusatorio...*, cit., pp. 44 y ss.; CORTÉS DOMÍNGUEZ, *La cosa juzgada penal*, cit., Capítulo I.

comprendidos **pura y simplemente** en la esfera del poder-deber de decisión conforme a Derecho del órgano jurisdiccional.

La jurisprudencia a grandes trazos mantuvo esta posición doctrinal coincidiendo con la dogmática en esta materia, aunque con matices de relevancia que se tratarán en otros apartados⁵¹³.

En general, para la jurisprudencia preconstitucional el principio acusatorio estaba condensado en el aforismo *nemo iudex sine actore*, lo cual se traducía puramente en la necesidad de que el proceso penal o juicio oral⁵¹⁴ se iniciara a instancia de parte o por órgano público acusador, y éste era el principio que proyectado a la relación acusación-sentencia servía de base para justificar el deber de correlación, entendido como el deber del juez de mantenerse en su sentencia dentro del objeto del proceso introducido por el acusador. Sin embargo, no se consideraba especialmente y en toda su dimensión la función que podía cumplir el derecho de defensa y principio de contradicción en el condicionamiento de los poderes de aplicación del Derecho y del *ius puniendi*. En opinión de la jurisprudencia el juez quedaba habilitado para calificar jurídicamente los hechos con entera libertad. Pues bien, éstas serán las cuestiones —el derecho de defensa y principio de contradicción en relación con los poderes del juez para aplicar el Derecho— las materias sobre las cuales girarán las nuevas orientaciones jurisprudenciales influidas por la CE (art. 24).

Con el fin de ofrecer una demostración más ordenada de esta materia, seguidamente pretendemos hacer un análisis de la jurisprudencia del TC y TS en la que se plasman los cambios interpretativos, desde la visión preconstitucional a la postconstitucional actual. Asimismo comentaremos las principales sentencias del TEDH que también han influido en el nacimiento de la nueva concepción del acusatorio y sobre todo del derecho a ser informado de la acusación y de defensa.

⁵¹³ En efecto, la jurisprudencia coincide en la etapa preconstitucional y al inicio de la etapa postconstitucional, con la doctrina en cuanto a la fundamentación de la correlación. No obstante, mantiene importantes diferencias en lo que se refiere a la aplicación de la tesis del artículo 733.

⁵¹⁴ En el caso español hay que entender que el principio acusatorio se limita al inicio a instancia de parte del juicio oral, en atención a que la instrucción se puede iniciar de oficio por el juez instructor, el que no es parte acusadora.

Tras la demostración de cómo se produjo o en qué consistió la evolución señalada en el párrafo anterior, nos centraremos en el análisis específico de la homogeneidad delictiva y de la tesis, con relación a los poderes de calificación jurídica del juzgador, preferentemente sobre la base del tratamiento jurisprudencial del TS y TC.

1. Doctrina jurisprudencial anterior a la aplicación directa de los contenidos constitucionales del art. 24 con relación a los poderes de calificación del juzgador. Jurisprudencia del Tribunal Supremo. Análisis de algunos casos representativos

Hay una infinidad de sentencias del TS que se refieren a nuestra materia de estudio, lo que hace prácticamente imposible citarlas todas. Por lo tanto, hemos decidido centrarnos en aquellas que nos han parecido más representativas de la doctrina jurisprudencial hasta antes de la nueva interpretación motivada por la CE.

La jurisprudencia de este período refleja una forma de resolver las cuestiones de correlación de la sentencia, exclusivamente sobre la base de la normativa de la LECrim (arts. 851.4 y 733), haciendo una interpretación característica de la misma, que reúne varios rasgos distintivos⁵¹⁵.

Se considera que la correlación tiene su fundamento únicamente en el principio acusatorio, interpretado sobre la base de las normas legales indicadas (art. 851.4 y 733), lo cual produce un concepto de correlación definido claramente, con unos contornos nítidos:

1º. El objeto del proceso es un *factum* y es éste el elemento que debe ser introducido por el acusador y permanecer inmutable, aunque esto último también se relativiza.

2º. Se concluye sin ningún género de dudas que la calificación jurídica del hecho es una cuestión que corresponde al juzgador en virtud de sus «amplísimas» facultades en este sentido (*iura novit curia*).

⁵¹⁵ Vid. apartado I, Sección Segunda, Capítulo II.

3°. Dentro de este marco conceptual, según la interpretación jurisprudencial de la LECrim (art. 851.4), se rompe el principio acusatorio y el deber de correlación solamente cuando se condena por un delito más grave sin hacer uso del art. 733.

4°. La jurisprudencia hace una interpretación bastante estrecha o limitada del uso de la técnica del art. 733, a nuestro parecer debido a que dicha interpretación potencia los poderes del juez, y, también, a causa de la inadecuada cobertura casacional de la infracción del deber de correlación del art. 851.4, que parece exigirla sólo en supuesto de condena por delito más grave.

Respecto al primer punto, la definición del objeto del proceso por un *factum* como rasgo distintivo de la jurisprudencia, se manifiesta con más o menos claridad, ya porque lo declara directa y explícitamente la jurisprudencia, ya porque se deduce *sensu contrario*, cuando las sentencias sostienen que el juzgador tiene libertad para calificar el hecho y determinar la pena.

Un ejemplo de explícita manifestación de este concepto del objeto del proceso lo hallamos en la STS de 26 de diciembre de 1979 (RJA, m. 1979\4647).

En este caso al acusado se le condena en la sentencia recurrida en casación (artículo 851.4) como autor de un delito de estafa del art. 529.4 del CP (actual art. 250), en *grado de imposibilidad de ejecución*⁵¹⁶, a la pena única de cinco años de presidio menor y sus accesorias, pero se le «absuelve» de los delitos de cohecho y de amenazas, que eran los delitos por los que sí había sido acusado por el MF y el acusador particular.

En síntesis, el acusado recurrente reclamaba haber sido condenado por un delito de estafa, que es un delito más grave que los que fueron objeto de acusación (cohecho y amenazas), sin que se haya usado la tesis del art. 733.

La sentencia del TS desestimó el recurso porque consideró que el Tribunal sentenciador procedió correctamente haciendo uso de su **total libertad para calificar los hechos**, y el argumento para ello es que el principio acusatorio imponía la obligación de mantenerse dentro **del núcleo fáctico** sin que las calificaciones de la acusaciones establezcan alguna restricción a las facultades del tribunal, cuando se

⁵¹⁶ Tentativa. El art. 529.4 (actual 250) se relacionaba con el 528.1 del CP (actual art. 249) y art. 52 del CP (actual art. 62).

imponga una pena en concreto menor que la asignada por la ley al delito por el que se acusaba⁵¹⁷.

Establecía además que no era necesario el uso de la tesis puesto que la pena en definitiva impuesta fue menor que la pedida, aunque el delito fuere más grave que el de la acusación.

Por otra parte, se desprende de la jurisprudencia preconstitucional que los poderes de calificación del juzgador hallaban un «amplísimo» ámbito de aplicación. Casi la totalidad de la jurisprudencia insiste en este rasgo.

⁵¹⁷ STS de 26 de diciembre de 1979, ponente Gil Sáez (RJA, m. 1979\4647): «CDO. (...) habiendo procedido el Tribunal dentro de su libre y discrecional libertad para calificar los hechos perseguidos conforme a la resultancia que arroja la premisa fáctica, sin necesidad de hacer uso de las prevenciones fijadas en el art. 733, por cuanto la pena en definitiva impuesta era de menor entidad y gravedad a las postuladas, dándose la casación contra el fallo y su parte dispositiva, y de éste resulta claramente favorecido el recurrente, conforme se razona acertadamente en el primer considerando de aquélla, lo que no deja de revestir importancia a los fines de los recursos de esta índole, ya que en el mismo se contienen los fundamentos legales calificativos del relato prescrito en el art. 142, delimitando las figuras delictivas, participación del inculpaado y circunstancias modificativas, de necesaria utilización en el caso que origina el motivo articulado para llegar a la debida comprensión tanto del fallo pronunciado como del alegato impugnatorio, ya que si bien como declara el Tribunal de Instancia en la aplicación del art. 529 núm. 5.º, párr. 2.º, en relación con el 528, núm. 1.º como delito de estafa cualificado correspondería la pena de presidio mayor en su grado máximo, al tratarse de un delito imposible específicamente penalizado en el art. 52, es imperativo degradar la pena tipo en uno o dos grados, resultando que la inferior en grado sería la de presidio menor en su grado máximo de 4 años, 2 meses y un día a presidio mayor en su grado medio de 8 años, y la pena inferior en dos grados comprende desde arresto mayor en su grado máximo de 4 meses y 1 día a presidio menor en su grado medio de 4 años y 2 meses, y a su vez como la pena correspondiente al cohecho del art. 385 es de presidio menor en toda su extensión y multa conjunta del tanto al triplo del valor de la dádiva, resulta en el supuesto enjuiciado que aun aplicando la pena inferior sólo en su grado, existía margen para sancionar con pena inferior a la pedida por las acusaciones, lo que todavía resulta más beneficioso al recurrente al haberle aplicado la pena rebajada en dos grados, que es potestativa del Juzgador de Instancia y por tanto escapa a la censura y reforma de la casación, cabiendo agregar que el principio acusatorio, lo que veda a los Tribunales es penalizar más gravemente algún delito de las sanciones interesadas por la acusación, que podría implicar y llevar consigo indefensión lo que en modo alguno ha concurrido en los hechos inculpaados, aunque la apreciación sobre su calificación concreta haya sido diversa entre la acusación y el Tribunal, lo que no es motivo de casación por forma, habida cuenta: a) que los Tribunales «a quo» gozan de libertad para la calificación de los hechos perseguidos, salvo para imponer pena superior a la señalada por la Ley al delito imputado por la acusación; b) que esta infracción requiere que se haya penado un delito más grave que el que hubiera sido objeto de acusación; y c) que la finalidad de la prueba se contrae a acreditar la existencia de los hechos en su objetividad real, sin que predetermine la calificación jurídica de los mismos, y en su consecuencia al estimar la Sala de Instancia que los hechos son constitutivos de un delito específicamente penado en menor gravedad que el que fue objeto de acusación no se han quebrantado las formalidades procesales, y el motivo examinado ha de desestimarse por su improcedencia e injustificación».

La doctrina jurisprudencial de este período establece claramente que es al juzgador a quien corresponde la calificación jurídica de los hechos, lo cual se basa en la definición previa sobre la configuración del objeto del proceso, que, como hemos dicho, se identifica por los hechos. Es tan evidente esta conexión que incluso se podría afirmar una relación de causa y efecto. Si la causa es el objeto del proceso definido por el hecho punible, la consecuencia es que dentro de los poderes del juzgador se encuentra la calificación jurídica de éstos o, más precisamente, si el objeto del proceso se define por el hecho punible que ha de introducir el acusador, y si sólo esto es necesario que se mantenga inalterable en la sentencia, le corresponde al juzgador la calificación jurídica, así, sin más.

La sentencia arriba citada discurre sobre esta premisa. Pero podríamos citar además a la STS de 14 de mayo de 1984 (BDA, m. RJ 1984\2607), en la cual se pone de manifiesto explícitamente lo afirmado.

Se trata de un caso en que el MF calificó los hechos como un delito continuado de apropiación indebida en concurso medial con un delito de falsificación de documentos públicos y con delito de falsificación de sellos públicos y privados, solicitando para el acusado la pena única de seis años de prisión menor en aplicación de la acumulación jurídica de la absorción agravada⁵¹⁸ de la pena del artículo 71 del CP antiguo (actual art. 77).

La AP razonó acerca del carácter continuado del delito de falsificación y la inexistencia de relación medial o antecedente de la falsedad respecto de la apropiación indebida, rechazando la aplicación del art. 71, pero estimó la concurrencia de un delito continuado de falsificación, condenando concretamente a las penas de seis años y un día por la apropiación indebida y a dos años, cuatro meses y un día de prisión por la falsificación. De la comparación de la conclusión definitiva con la sentencia dictada se desprende que la Sala respetó cualitativamente el título de condena de las conclusiones del MF, ya que acoge las figuras delictivas por las que se acusó, pero apreció continuidad delictiva respecto de los delitos de falsificación de documentos y sellos, cuando el MF solamente había pedido continuidad para la apropiación indebida. De otra parte, la Sala rechazó la aplicación de la absorción

⁵¹⁸ Vid. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *Teoría de la pena*, Akal, Madrid, 1991, p. 165; VALLE MUÑIZ, José Manuel, *Comentarios al nuevo Código Penal*, AAVV, Aranzadi, Pamplona, 1996, pp. 407-408.

agravada de pena del artículo 71 e impuso dos penas distintas, es decir, aplicó la regla de la acumulación material o matemática de la pena en calidad de concurso real.

La sentencia de la AP condenó al acusado como autor de un delito continuado de apropiación indebida y otro continuado de falsedad en documento público y falsificación de sellos.

Contra la anterior resolución recurrió en casación el acusado, alegando el motivo de casación del artículo 851.4 de la LECrim, por haberse impuesto una condena más grave sin uso de la tesis del art. 733.

El TS consideró que no se produjo ninguna infracción casacional, razón por la cual desestimó el recurso. El fundamento esencial fue que, en su opinión, se respetó el principio acusatorio, afirmando además que el juez posee amplias potestades respecto de la calificación jurídica, de manera que estimó perfectamente legal⁵¹⁹ la calificación de continuidad delictiva, de concurso medial o de concurso real y la valoración de las consecuencias jurídico-penales que se desprendían de ellas y que quedaban dentro de sus facultades jurisdiccionales, siendo posible castigar con penas superiores a las

⁵¹⁹ STS de 14 de mayo de 1984, Sala de lo Criminal, ponente Moyna Ménguez (BDA, m. RJ 1984\2607): «CONSIDERANDO:.- (...) razonando en sus Considerandos segundo y tercero el carácter continuado del delito de falsificación y la inexistencia de relación medial o antecedente de la falsedad respecto de la apropiación indebida, rechazaba -respectivamente- la aplicación del art. 71, y estimaba un delito continuado de falsificación, condenando concretamente a las penas de seis años y un día por la apropiación indebida y de dos años, cuatro meses y un día por la falsificación; y de esta confrontación entre el acta definitiva de acusación y la sentencia dictada se desprende que la Sala ha respetado -cualitativamente- el «títulos condemnationis» de las conclusiones del Ministerio Público, salvo la continuidad delictiva predicada de los delitos de falsificación de documentos y sellos -perfectamente admisible sin mengua para el principio acusatorio- -S. de 5 de noviembre 1957 (RJ 1957\2945)-, sin perjuicio de que -cuantitativamente-, al no aceptar el concurso ideal entre ambos delitos, los sancionara separadamente bajo el régimen de acumulación material o matemática de penas, resultando una pena mayor que es la suma de las correspondientes a cada uno de ellos; ante la realidad procesal precedentemente expuesta, el acusado ha renunciado a impugnar el criterio de la sentencia al hacer aplicación al caso de las normas penológicas del concurso real, y opta, en el primer motivo de su recurso, a redargüirla la nulidad con base en el núm. 4.º del art. 851 de la L. E. Crim., sin advertir que en el enjuiciamiento penal vigente la libertad calificadora del Tribunal de instancia es amplísima siempre que no se condene por «delitos más graves» que los que fueron objeto de acusación, aunque las penas impuestas fueren superiores a las solicitadas por las partes acusadoras, si bien dentro de los límites de las que correspondan legalmente, y este criterio, que deriva directamente del art. 733 y 851 4.º de la L. Procesal, viene siendo afirmado por una doctrina jurisprudencial inveterada y no ha sido violentado en este caso por cuanto se ha respetado la calificación delictiva, y, al aceptarse otro punto de vista sobre el concurso de delitos con trascendencia sobre la aplicación de las penas y haciendo subsunción en la norma legal pertinente -inciso final de párr. 2.º del art. 528-, no se ha infringido el principio acusatorio (...)).»

solicitadas por las partes acusadoras, sin el sometimiento de la tesis, como sucedió en este caso, con el único límite de que no implique infracción del art. 851.4. Es decir, que no se castigue por delito más grave.

Por último, la jurisprudencia preconstitucional, según lo hemos adelantado, insiste en la idea de que el principio acusatorio y la correlación se infringen únicamente con la condena por un delito más grave y que en concreto importe una condena más grave que la pedida en la acusación⁵²⁰, impuesta sin previo uso de la tesis. En los demás casos hay libertad absoluta de calificación, lo cual revela, a la par, la estrecha o restringida interpretación que se hacía del art. 733, pues ésta sólo era necesaria en dicha hipótesis.

Esta cuestión también aparece como la interpretación que se hacía del art. 733 en casi todas las sentencias en que se plantea su debate.

El tenor del art. 733, específicamente su párrafo tercero, prohíbe el uso de la tesis en la apreciación de atenuantes, de agravantes y de formas de participación que sean distintas de las planteadas en la acusación. Esta norma fue interpretada justo en el sentido inverso al que emanaba de su tenor literal, lo cual llevó a la jurisprudencia a sostener que dichos poderes se aplicaban, por regla general, pura y simplemente, sin ningún condicionamiento previo, cuando lo que la norma quería era que el juez se hallara vinculado respecto de esos extremos (aunque también esto fuere técnicamente cuestionable). Para la jurisprudencia sólo se hacía necesario el uso de la tesis cuando se trataba de apreciar delito más grave que el de la acusación y que se concretaba en una pena más grave (lo que prescribía el 851.4 como motivo de casación por quebrantamiento de forma). Se concluía que en los demás casos el juez podía ejercer con absoluta libertad su poder de calificación jurídica, siendo que conforme al tenor del art. 733 se debía concluir que al juez no le estaba permitido el uso de la tesis porque estaba irremediabilmente vinculado en todos los demás extremos distintos del título de condena. La equivocada interpretación jurisprudencial parecía tener base en la pobre cobertura casacional del art. 851.4 LECrim, que sólo la otorgaba para el caso de la condena por delito más grave, dando a entender que en los demás casos no había

⁵²⁰ En efecto, no bastaba con que se condenara por delito más grave, sino que además se requería que la pena concreta fuese más grave que la pedida en acusación, como lo deja establecido la STS de 26 de diciembre de 1979, Sala de lo Criminal, ponente Gil Sáez (RJA, m. 1979\4647).

nada que tutelar: que no había infracción del principio acusatorio ni del principio de contradicción.

Las sentencias precedentes son un buen ejemplo de lo anotado, pero además a este respecto se pueden añadir las siguientes:

En primer lugar, la STS de 16 de noviembre de 1979 (RJA, m. 1979\4248).

En este caso se interpuso recurso de casación por quebrantamiento de forma contra sentencia dictada por la AP en causa seguida a los recurrentes por delitos de utilización ilegítima de vehículo de motor, robo y conducción ilegal. Se alegó incongruencia de la sentencia por condenar por un delito más grave que los de las acusaciones (artículo 851.4).

El TS desestima el motivo de casación en razón de la interpretación sostenida de los arts 851.4 y 733, aludiendo al fundamento del principio acusatorio, y en razón de que no se penó por delito más grave según lo demuestra en sus considerandos.

La Sentencia del TS muestra que la cuestión de la correlación se centraba en una interpretación gramatical equivocada de los arts. 851.4 y 733, al concebirla esencialmente referida sólo a la prohibición de no condenar por un delito más grave⁵²¹, excluyendo cualquier otro posible contenido.

En segundo lugar, se puede citar la STS de 8 de febrero de 1979 (RJA, m. 1979\414).

Se resuelve un recurso de casación interpuesto por el condenado en contra de la sentencia de condena de instancia que le imponía a éste una pena mayor que la pedida en acusación, sin planteamiento de la tesis del art. 733. La razón jurídica por la que se impuso una pena más grave que la pedida fue que el juzgador de instancia desestimó una circunstancia atenuante pedida por el MF en las conclusiones definitivas.

⁵²¹ STS de 16 de noviembre de 1979, ponente Vivas Marzal (RJA, m. 1979\4248): «CDO.:.- Que el núm. 4 del art. 851 que se acaba de citar, consagra y reprime otra clase de incongruencia -la hiperincongruencia o concesión de más de lo pedido-, en la que, el Tribunal, sobrepasando las peticiones de las partes acusadoras, conculcando el principio de Derecho «nemo iudex ultra petita partium», olvidando el principio acusatorio que informa la fase plenaria del proceso penal español, y sin hacer uso de la facultad concedida en el art. 733 de la L. E. Crim., impone pena o penas superiores a las correspondientes al delito o delitos que fueron objeto de acusación, o, lo que es lo mismo, y utilizando el lenguaje legal, «pene un delito más grave que el que haya sido objeto de la acusación».

El TS desestima la casación en razón de que, en su opinión, lo prohibido por el principio acusatorio es la condena por delito más grave que el de la acusación, sin sometimiento de la tesis. Pero en caso alguno, según su interpretación del art. 733, el sometimiento de tesis es necesario para que el juzgador pueda apreciar circunstancias atenuantes ni agravantes, conforme el tenor del mismo art. 733.⁵²²

2. Etapa inicial de la jurisprudencia basada en las normas de la CE (art. 24) relativa a los poderes de calificación jurídica del juzgador. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Análisis de sentencias más relevantes

Precedentemente hemos afirmado que la influencia de la CE se dejó sentir con mucha fuerza en la jurisprudencia, la que tuvo que iniciar un proceso de modificación de criterios interpretativos de la LECrim con el fin de adecuarlos a los contenidos de las garantías constitucionales directamente aplicables al proceso (art. 24). En la materia que nos interesa marca un hito fundamental la jurisprudencia proveniente del TC a partir de la sentencia de 10 de abril de 1981⁵²³, que da inicio a la revisión del principio acusatorio y de las garantías y derechos del art. 24 de la CE, pero en una primera fase haciendo una clara distinción entre uno y otro, sin realizar ninguna asimilación conceptual del principio acusatorio con el derecho a ser informado de la acusación y de defensa.

⁵²² STS de 8 de febrero de 1979 (RJA, m. 1979\414): «CDO.:.- Que el 5.º y último motivo del recurso se funda en que el art. 733 de la L. E. Crim. ha sido infringido, con lo que se vulnera el principio acusatorio, base y pilar primordial del moderno Derecho Procesal Penal, al imponerse a la condenada mayor pena que la solicitada por el Fiscal, ya que la petición punitiva de la acusación fue de tres años de prisión menor y 10.000 ptas. de multa y la pena impuesta comprendió seis años y un día de prisión mayor y 40.000 ptas., motivo éste que igualmente debe ser desestimado: (...) cuando el encaje más técnico hubiese sido por quebrantamiento de forma a tenor del núm. 4.º del art. 852 del citado texto procesal aplicable; y en segundo término, porque el principio acusatorio -conquista garantizadora de la objetividad y libertad en la gestación y elaboración de la resolución del proceso- no ha sido infringido, pues su ámbito de aplicación, en el Derecho procesal español vigente, se concreta a la imposibilidad de penar un delito más grave que los que han sido objeto de la acusación, pero no se extiende sobre la apreciación de las circunstancias atenuantes y agravantes, como se desprende del propio art. 733 que se alega como infringido y del núm. 4.º del mencionado art. 852, y en la sentencia que se impugna el Tribunal de Instancia no sancionó por delito distinto del que fue objeto de acusación, sino que lo que hizo fue no tener en cuenta la atenuante apreciada por el M.º Fiscal».

⁵²³ STC de 10 de abril de 1981, Sala Primera, ponente Latorre Segura (BDA, m. RTC 1981\12).

La jurisprudencia del TC que inicia la aplicación de los derechos y garantías del art. 24 de la CE, constituye un punto de inflexión entre la concepción preconstitucional del principio acusatorio y de la correlación penal, y la que se comenzará a desarrollar con posterioridad. Su principal mérito es haber establecido claramente la aplicación de los derechos y garantías del artículo 24 CE y la aplicación de las normas del CEDH, especialmente el art. 6.1⁵²⁴ y 6.3⁵²⁵, sin haber incurrido en «confusiones o asimilaciones» conceptuales o en la producción de una amalgama de derechos y garantías⁵²⁶.

Estas normas que consagran fundamentalmente el derecho a ser informado de la acusación en toda su amplitud (tanto el contenido fáctico como jurídico de la acusación) y el derecho de defensa con esa misma extensión, producirán unas consecuencias bien concretas en el proceso penal español, y especialmente harán sentir sus efectos en los poderes del juzgador, los cuales, como probaremos, no podrán ejercerse pura y simplemente, sino, al contrario, su legítimo ejercicio se someterá al previo aseguramiento de que no han de causar indefensión por falta de información y contradicción sobre algún elemento tenido en cuenta para la decisión jurisdiccional.

Las bases se sientan en las primeras SSTC. Seguidamente estudiaremos las más importantes y sus aportes.

La primera es la STC de 10 de abril de 1981 (BDA, m. RTC 1981\12).

Trata de un condenado en instancia por la AP de Salamanca por el delito de rapto con la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

Contra dicha sentencia interpuso el condenado recurso por infracción de ley, alegando que la calificación por el delito de rapto era incorrecta de acuerdo a los hechos que se daban por probados, de los cuales se desprendía la intencionalidad del delito de abusos deshonestos que debían ser calificados en grado de tentativa.

⁵²⁴ Art. 6.1 CEDH: derecho a ser oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial.

⁵²⁵ Art. 6.3 CEDH: derecho a ser informado de la acusación y a la defensa.

⁵²⁶ Cfr. MARTÍNEZ ARRIETA, Andrés, *La nueva concepción...*, cit., p. 29, quien evalúa en un sentido positivo el proceso de «asimilación» del acusatorio con las demás garantías y derechos del artículo 24 de la CE.

La Sala Segunda del TS resolvió confirmar la sentencia recurrida, si bien en su motivación consideró «errónea» la calificación jurídica de los hechos que contenía aquélla (rapto), pues de los hechos declarados se deducía que la concepción criminal del delito no fue propiamente el rapto, sino la violación de la víctima, que quedó en grado de tentativa. Cabe señalar que para confirmar la sentencia recurrida tuvo en cuenta la doctrina de la pena justificada y la economía procesal, por las cuales había de mantenerse la condena a pesar del error en la calificación.

En lo que nos interesa, la defensa del acusado recurrió en amparo invocando la infracción del artículo 24 (1 y 2) de la CE, porque la STS al hacer una calificación distinta (violación en grado de tentativa) de la que nunca fue acusado, produjo una situación de indefensión, ya que no tuvo oportunidad de defenderse.

El TC, en primer lugar, aclara que la doctrina de la pena justificada formalmente no supone una condena distinta de la impuesta por el tribunal de instancia, pero, en realidad, lo que sucede es que se mantiene la pena (se justifica), aunque se aprecia en la conducta enjuiciada un delito diverso. Es decir, se mantiene la pena pero no la calificación, de modo que la STC admite que hay una calificación distinta a la que hubo en instancia.

Hecha esta aclaración inicial, entra en el fondo haciendo un análisis desde el derecho de defensa y la posible indefensión que se reclama por la defensa, sobre los cuales la STC contiene varias cuestiones de gran interés:

1º. Declara que las garantías constitucionales del artículo 24.1 (tutela judicial sin indefensión) son aplicables a las sentencias de casación y que en el control de legalidad que corresponde al TS deben observarse también. Alude, además, a las normas del CEDH, en especial al artículo 6.1 y a la jurisprudencia del TEDH sentada en el caso DELCOURT, sobre la exigencia de asegurar las posibilidades defensivas sobre el hecho y también sobre el Derecho aplicable al caso. El TC declara que se ha de tener en cuenta el CEDH como elemento interpretativo de conformidad al artículo 10.2 de la CE⁵²⁷.

⁵²⁷ STC de 10 de abril de 1981, Sala Primera, ponente Latorre Segura (BDA, m. RTC 1981\12). El Fundamento jurídico 3, señala: «3 (...) las garantías constitucionales del art. 24.1 son aplicables a las Sentencias de casación y que en el control de legalidad que corresponde al Tribunal Supremo deben observarse también esas garantías, lo que constituye el tema del presente recurso. Este es el criterio

Esta sentencia constituye el hito inicial de la doctrina de las garantías procesales de la defensa (ser informado de la acusación y contradicción) y de la proscripción de la indefensión en el tema de la correlación y los poderes de calificación jurídica del órgano jurisdiccional. Todas las anteriores sentencias citadas del TS no se refieren al derecho a ser informado de la acusación y de defensa incardinado en el artículo 24 (1 y 2) de la CE, ni mucho menos al artículo 6.1 del Convenio ni a su jurisprudencia.

Por primera vez se plantea y desarrolla la argumentación sobre los «poderes del juez sobre la calificación jurídica» desde la perspectiva de la posible vulneración del derecho a ser informado de la acusación y del derecho de defensa, concebidos con rango constitucional.

2º. Declara asimismo que el contenido esencial del derecho a la defensa es el derecho a ser informado de la acusación y que ese derecho debe recaer sobre los hechos, pero también sobre la calificación y sobre estos dos elementos debe haber debate contradictorio⁵²⁸.

sustentado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su Sentencia de 17 de enero de 1970 (caso Delcourt), aplicando el art. 6.1 del Convenio de Roma de 1950 para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales, ratificado por España, con arreglo al cual hay que interpretar las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, conforme al art. 10.2 de la norma suprema. Aparte de otras cuestiones que aquí no interesan, el citado Tribunal afirmó que el juicio equitativo a que toda persona tiene derecho se refiere no sólo al fundamento fáctico de una acusación (le bien-fondé en fait), sino también a su fundamento jurídico (le bien-fondé en droit). La finalidad de esta declaración del Tribunal era rechazar la pretensión del Gobierno demandado (el Gobierno belga) de que la reclamación del recurrente no entraba en el ámbito del art. 6.1 del Convenio, que en su versión francesa habla del bien fondé de cualquier acusación penal. Dado que la reclamación se dirigió contra una decisión del Tribunal de Casación de Bruselas, el Gobierno demandado sostuvo que el recurso de casación supone un mero control de legalidad y que el fundamento de la acusación es examinado, en último término, por los Tribunales inferiores, a los que, siguiendo el modelo francés, el Tribunal de Casación belga reenvía el caso si acuerda anular la sentencia impugnada».

«Frente a esta tesis, el Tribunal Europeo afirma que también ese control de legalidad está sometido a los principios del juicio equitativo, puesto que la decisión sobre la legalidad de una sentencia puede influir, aunque en grados diversos, sobre la suerte definitiva del inculpado. Por estas razones, el fundamento jurídico de una Sentencia penal no escapa a las garantías establecidas por el art. 6.1 del Convenio».

⁵²⁸ STC de 10 de abril de 1981, Sala Primera, ponente Latorre Segura (BDA, m. RTC 1981\12). El fundamento jurídico 4 señala: «4. Procede ahora concretar cuál es el contenido esencial constitucionalmente exigible del derecho a ser informado de la acusación a los efectos de la defensa. Es evidente que esa información ha de recaer sobre los hechos considerados punibles que se imputan al acusado. Según la jurisprudencia y la doctrina más autorizada, los hechos posiblemente constitutivos

3°. Sin embargo, y aquí está el otro mérito de la sentencia, el TC no confunde la relación que hay, de una parte, entre acusatorio, objeto del proceso y correlación, y, de otra, entre el derecho a ser informado de la acusación, derecho de defensa-proscripción de la indefensión, debate contradictorio y poderes del juzgador (*iura novit curia*).

Para el TC el objeto del proceso sigue estando conformado por los hechos y el órgano jurisdiccional, en su concepto, conserva la facultad de calificarlos conforme a Derecho⁵²⁹. Distinta es la exigencia de las normas constitucionales sobre la defensa que imponen la debida información y las mejores posibilidades de debate sobre los hechos y el Derecho. De ahí la cita del caso DELCOURT.

4°. Con relación al derecho de defensa, el TC pone de relieve la exigencia de homogeneidad delictiva⁵³⁰. Esta exigencia de homogeneidad delictiva viene a ser el requisito que se exige para la modificación de la calificación jurídica, cuando ella se hace sin previo planteamiento de tesis. Es decir, cuando se trata de modificaciones a la calificación jurídica descendentes (que no sea mayor que la de la acusación)⁵³¹.

de delito son el objeto del proceso penal. Sobre ellos recae primariamente la acusación y sobre ellos versa el juicio contradictorio en la vista oral. La calificación jurídica de tales hechos corresponde en principio al Tribunal, en virtud del principio *iura novit curia*. Pero esta caracterización esquemática del proceso penal no debe hacer olvidar que la calificación jurídica no es ajena al debate contradictorio y que el principio *iura novit curia* tiene importantes limitaciones: los escritos de calificación comprenden, entre otros extremos, la calificación legal de los hechos, determinando el delito que constituyen (art. 650 L.E.Crim.); y éste, como los otros puntos de esos, escritos, puede ser modificado después de practicadas las diligencias de prueba en el juicio oral (art. 732 L.E.Crim.). Ello supone que el debate contradictorio recae no sólo sobre los hechos, sino también sobre su calificación jurídica. Normalmente, el Tribunal de instancia acoge en su Sentencia una de las calificaciones propuestas por las partes. De igual forma, en el recurso de casación por infracción de Ley, el Tribunal Supremo confirma habitualmente la calificación de la Sentencia recurrida o casa ésta dictando nueva Sentencia en que se acoge la petición del recurrente o la de uno de éstos, si son varios».

⁵²⁹ *Ibid. cit. supra.*

⁵³⁰ Más adelante nos ocuparemos de explicar el sentido de la homogeneidad delictiva.

⁵³¹ STC de 10 de abril de 1981, Sala Primera, ponente Latorre Segura (BDA, m. RTC 1981\12). El fundamento jurídico 4 señala: «4. (...) Pero en virtud del principio *iura novit curia*, de esta práctica usual cabe apartarse dentro de ciertos límites. El Tribunal Supremo así lo ha entendido al considerar, en relación con el juicio de instancia, que se puede condenar por un delito distinto del apreciado en los escritos de calificación, siempre que la condena sea por un delito de igual o menor gravedad que los señalados en dichos escritos, cuando, sin variar los hechos objetos de la acusación, tengan los delitos considerados la misma naturaleza o sean homogéneos, aunque constituyan distintas, pero cercanas modalidades dentro de la tipicidad penal. Tratándose de delito de mayor gravedad, el Tribunal no puede condenar por él sin pedir a las partes que le ilustren sobre esa posibilidad, haciendo uso de la

Entiende el TC que entre rapto, delito por el que se acusó, y violación tentada, delito por el que se condenó, hay homogeneidad delictiva⁵³². Con respecto a las diferencias que existe en los elementos típicos, el rapto exige la privación de libertad prolongada, a diferencia de la violación que exige el acto de yacer, y en caso de la tentativa de violación, dar inicio a los actos encaminados a yacer, el TC señala que ambos elementos han sido debatidos en el juicio, de manera que la calificación de violación tentada no pudo provocar indefensión⁵³³.

Por todas estas consideraciones el TC desestima el recurso de amparo. Pero, a la par, deja claramente establecido el rango constitucional del derecho a ser informado de la acusación y del derecho de defensa, y la importancia que éste tiene a efectos de juzgar una posible infracción constitucional en los términos señalados.

facultad que le confiere el art. 733 de la L.E.Crim. (STS, 15 diciembre 1951, con doctrina confirmada por otras más recientes, como las de 8 de febrero, 16 de abril, 18 de noviembre y 26 de diciembre de 1979)».

⁵³² STC de 10 de abril de 1981, Sala Primera, ponente Latorre Segura (BDA, m. RTC 1981\12). El fundamento jurídico 6 señala: «6. En el caso concreto aquí planteado, el condenado lo fue por rapto, delito tipificado en el art. 440 del Código Penal, mientras que la motivación de la Sentencia del Tribunal Supremo considera que los hechos probados configuran el de violación, tipificado en el art. 429.1 del mismo texto legal, si bien en grado de tentativa. Ambos delitos, que el Código Penal reúne con otros en el Título IX, bajo la rúbrica de delitos contra la «honestidad», lo son, en realidad, contra la libertad sexual de la persona, que es el bien jurídico protegido. Los elementos diferenciales consisten en que el rapto supone una mayor duración de la privación de libertad, y que este delito tiene como elemento subjetivo las miras «deshonestas», mientras que la violación exige el acto de «yacer» y, en grado de tentativa, el de dar principio a la ejecución de este propósito directamente por actos externos, sin practicar todos los actos de ejecución que debieron producir el delito, por causa o accidente que no sea el propio y voluntario desestimiento del autor (arts. 429 y 3.3 del Código Penal) (...)».

⁵³³ STC de 10 de abril de 1981, Sala Primera, ponente Latorre Segura (BDA, m. RTC 1981\12). El fundamento jurídico 6 señala: «6. (...) Ahora bien, tanto la duración de la privación de libertad de la víctima como la iniciación de actos dirigidos a yacer, fueron objeto del debate contradictorio en el juicio de instancia y sobre ambos elementos de los correspondientes tipos delictivos tuvo ocasión de defenderse el condenado. En particular, respecto al segundo elemento, aparece como hecho probado en la Sentencia impugnada que el condenado se llevó a la víctima, contra su voluntad, al campo «con el decidido propósito de tener con ella acceso carnal»; y este extremo fue especialmente discutido por la defensa en el juicio oral al sostener la tesis de que el delito cometido por su patrocinado no fue el de rapto, sino el de abusos deshonestos. Todos los elementos del tipo de la violación fueron, pues, debatidos en su momento, y la Sentencia del Tribunal Supremo no consideró ningún elemento nuevo del que fuese acusado y no pudiera, por tanto, defenderse el condenado en la fase de instancia. Dado que es indudable el carácter homogéneo de los dos tipos de delito considerados y que tampoco la nueva calificación influyó sobre la pena, no puede decirse que existiese en este caso concreto infracción de los derechos de la defensa, garantizados por el art. 24.1 de la Constitución».

Un segundo ejemplo de esta línea doctrinal se encuentra en la STC de 23 de noviembre de 1983 (BDA, m. RTC 1983\105)⁵³⁴. Esta sentencia resuelve el caso con idénticas argumentaciones que la recién citada sentencia del año 1981, reproduciendo todos sus argumentos.

El caso también trata de una modificación de calificación jurídica en sentencia. La AN condenó al acusado como autor de un delito de imprudencia temeraria profesional con resultado de dos asesinatos y graves daños a un grupo de personas y familias, cuando se le acusaba de complicidad en dos asesinatos o de inductor de los mismos. Esta diversa calificación jurídica apreciada por la AN se hizo sin que se usara la tesis del artículo 733. La Sentencia fue confirmada por el TS, por lo que la defensa recurre en amparo al TC deduciendo la vulneración del artículo 24.1 CE, por supuesta indefensión, en razón de que no le fue notificada la acusación por el delito que se le condenó, art. 24.2. CE. El TC desestima el recurso de amparo en consideración a las mismas fundamentaciones que comentamos en la sentencia precedente del año 1981.

En síntesis, reafirma que el objeto del proceso se encuentra conformado por los hechos y que consecuentemente la calificación de los mismos corresponde al juzgador en virtud del *iura novit curia*, razón por la cual es perfectamente legítimo que se condene por un delito distinto del que fue objeto de la acusación, aun sin hacer el planteamiento de tesis del art. 733, cuando se trata de delitos que no son más graves y además entre ellos existe homogeneidad delictiva⁵³⁵, siempre que se mantenga la inalterabilidad del hecho punible de la acusación.

⁵³⁴ STC de 23 de noviembre de 1983, Sala Segunda, ponente Pera Verdaguer (BDA, m. RTC 1983\105).

⁵³⁵ STC de 23 de noviembre de 1983, Sala Segunda, ponente Pera Verdaguer (BDA, m. RTC 1983\105): «Fundamento jurídico 4. (...) En esa misma sentencia se recoge la doctrina del Tribunal Supremo, según la cual se puede condenar por un delito distinto del apreciado en los escritos de calificación -incluso verificándolo así en la sentencia de casación- siempre que la condena sea por un delito de igual o menor gravedad que los señalados en dichos escritos, cuando, sin variar los hechos objeto de la acusación, tengan los delitos considerados la misma naturaleza o sean homogéneos, aunque constituyan distintas, pero cercanas modalidades dentro de la tipicidad penal. Tratándose de delito de mayor gravedad, el Tribunal no puede condenar por él sin pedir a las partes que le ilustren sobre esa posibilidad, haciendo uso de la facultad que le confiere el artículo 733 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Si el condenado tuvo ocasión de defenderse de todos y cada uno de los elementos que componen el tipo del delito señalado en la sentencia, no existe indefensión, ya que ningún elemento nuevo sirve de base a la calificación que se considera correcta».

Con todo, y sin perjuicio de lo anterior, reitera que eso no debe significar la irrelevancia de la calificación, siendo un elemento de la acusación que se ha de someter a debate contradictorio. Y concluye, con base en los criterios anteriores, que en el juicio hubo debate sobre los distintos elementos que configuran los delitos de la acusación y los de la condena, de modo que la calificación distinta de los hechos no produjo ninguna indefensión⁵³⁶⁻⁵³⁷.

3. Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relativa al poder de calificación jurídica del juzgador y al derecho a ser informado de la acusación y de defensa (tanto de los hechos como del Derecho)

La jurisprudencia del TEDH también ha tenido importancia en la configuración del principio acusatorio y de los derechos a conocer la acusación y de defensa del art. 24 de la CE, en un doble sentido. Primero, indirectamente, en la medida que la jurisprudencia española ha recogido la jurisprudencia del TEDH como un elemento de juicio para la interpretación del art. 24, buscando la armonía de la CE con el CEDH, a

«En relación con los hechos de defensa se acepta en aquel fallo la doctrina anterior en la medida en que se den dos condiciones: una es la identidad del hecho punible, de forma que el mismo hecho señalado por la acusación, que se debatió en el juicio contradictorio y que se declaró probado constituya el supuesto fáctico de la nueva calificación. Y, en segundo lugar, que ambos delitos sean homogéneos, es decir, tengan la misma naturaleza, porque el hecho que configuran los tipos correspondientes sea sustancialmente el mismo».

«Fundamento jurídico 5 (...) Existe entre ambas formas de imputar el resultado una homogeneidad básica que permite entender a un responsable sector doctrinal que la responsabilidad a título de dolo consume la que pudiera exigirse a título de culpa, y que, en consecuencia, la acusación a título doloso contiene «a fortiori» la culposa».

«En el mismo sentido ya apuntado se ha declarado por este Tribunal (auto de 6 de julio de 1983, recurso de amparo número 320/83) ([RTC 1983\338 AUTO](#)) que es inocuo el cambio de calificación operado por la Sala de instancia, sin hacer uso de la facultad del artículo 733 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, si existe una verdadera homogeneidad y no se impone una pena mayor que la instada por la acusación».

⁵³⁶ Se discute en el juicio sobre el dolo directo, el dolo eventual y la previsibilidad del resultado con relación a la autoría por inducción, conforme lo manifiesta el TC en los fundamentos jurídicos 6 y 7.

⁵³⁷ Dentro de esta corriente jurisprudencial también existen otros pronunciamientos del TC que confirman la doctrina de la aplicación de las garantías procesales de la CE a las cuestiones de correlación, pero conservando una distinción entre el principio acusatorio y los derechos a ser informado de la acusación y de defensa del art. 24. Así, por ejemplo, STC de 19 de febrero de 1987, Sala Primera, ponente Tomás y Valiente (BDA, m. RTC 1987\20).

la luz del art. 10.2 de la CE, como lo hace por vez primera la STC de 10 de abril de 1981 (BDA, m. RTC 1981\12) que aplica la jurisprudencia del caso DELCOURT. Pero, en segundo lugar, la jurisprudencia del TEDH tiene también importancia por sí misma, directamente, porque el Tribunal tiene «jurisdicción» para conocer y fallar todas las demandas que se presenten ante él por cualquier persona física u organización no gubernamental o grupo de particulares que se consideren víctimas por alguna violación de parte de cualquiera de las Altas Partes Contratantes (Estados europeos), invocando infringida alguna norma del CEDH o sus Protocolos, conforme lo dispone el Protocolo N° 11.

Respecto de nuestro tema, la jurisprudencia del TEDH se anticipa a la jurisprudencia del TC, según atestigua la STC de 10 abril de 1981, e influye en ésta al establecer la necesidad de dar cabida al derecho a ser informado de la acusación, de todo el contenido de la acusación, no bastando la pura introducción del hecho punible en el proceso, dejando en lo demás operar los poderes de oficio del juzgador.

Seguidamente nos ocuparemos de las sentencias más importantes que se pueden aplicar a nuestra materia de estudio, las cuales tratan de la aplicación por parte del TEDH del art. 6.1 y 6.3 del CEDH, que consagran el derecho a un proceso equitativo, especialmente el derecho a un Tribunal independiente e imparcial (art. 6.1), y el derecho a ser informado de la acusación y de defensa (art. 6.3).

Los casos que estudiaremos se han planteado por particulares que han presentado demandas en contra de los Estados europeos, invocando la infracción de las normas señaladas en las sentencias pronunciadas por los órganos jurisdiccionales de dichos Estados.

Del análisis de los casos, según se demostrará, la jurisprudencia del TEDH llega a varias conclusiones específicas, las cuales se resumen en las siguientes:

1ª. Que la infracción de los derechos de defensa y del derecho a ser informado de la acusación (art. 6.3) se incardinaría en el derecho más amplio a un juicio justo (art. 6.1) según se argumenta en el caso PÉLLISIER y SASSI y caso DALLOS.

2ª. Que queda clara en la jurisprudencia la necesidad de informar de la acusación al acusado para que con ello se articule la posibilidad concreta del derecho de defensa.

3ª. Que esa necesidad de informar de la acusación alcanza no sólo a los hechos, sino que también al Derecho (caso DELCOURT y caso DALLOS), es decir, a la calificación jurídica. Si no se cumple con ello se concluye que la condena infringiría el art. 6.3 (caso PÉLLISIER y SASSI). La sentencia en el caso GEA CATALÁN, a pesar de ser desestimatoria de la infracción del art. 6.3, pues en realidad hubo un puro error mecanográfico en la cita de la norma que no produjo indefensión, también sienta la misma doctrina.

4ª. Que, no obstante, este derecho a ser informado de la acusación en lo fáctico y lo jurídico, no implica el desconocimiento de las facultades del órgano jurisdiccional de aplicar el Derecho, es decir, de extraer de los hechos las consecuencias jurídicas que estime más ajustada a Derecho, con independencia de las calificaciones hechas por las partes (caso DE SALVADOR TORRES, caso PÉLLISIER y SASSI, y caso COLAK).

5ª. En fin, de la jurisprudencia del TEDH se puede extraer una quinta conclusión, tal vez la más importante, que consiste en que la potestad de calificación jurídica que posee el juzgador y que lo habilita para modificar en la sentencia la calificación jurídica de los hechos, no puede constituir la vía a través de la cual se modifique el sustrato fáctico de la sentencia (caso COLAK, caso DE SALVADOR TORRES, caso PÉLLISIER y SASSI). En otras palabras, la potestad de calificar jurídicamente los hechos no puede ser utilizada como la vía por la que se introducen subrepticamente ampliaciones de hechos y en virtud de las cuales se justifican las mismas modificaciones de calificación jurídica. El TEDH añade, aunque no lo diga literalmente, lo que se ha denominado por la doctrina y jurisprudencia española el requisito de la homogeneidad delictiva descendente de la modificación de la calificación jurídica, entendido como aquel requisito que asegura que el cambio de calificación jurídica no se realiza en realidad sobre la base de una ampliación de los hechos de la acusación (ampliación objetiva de la acusación), que cause consecuencias agravatorias (doctrina que subyace en el caso DE SALVADOR TORRES).

Esta jurisprudencia del TEDH expresada en las cinco consecuencias indicadas no hacen más que coincidir con lo que hemos expresado a lo largo de este trabajo relativo a situar adecuadamente la influencia que ejerce el derecho a ser informado de la acusación y el derecho de defensa sobre los poderes del juzgador. Es así como la jurisprudencia pone de relieve el derecho a ser informado y a defenderse de todos los

elementos de la acusación, tanto fácticos como jurídicos, pero, al mismo tiempo, afirma que eso no supone la anulación o desconocimiento de los poderes del juzgador de calificar jurídicamente los hechos conforme estime más ajustado a Derecho.

3.1. *Caso DELCOURT. STEDH de 17 de enero de 1970*

Una STEDH que se cita a menudo por la doctrina, pero que sólo sirve como criterio orientador por no tratarse directamente de una cuestión de correlación, es la del caso DELCOURT.

El asunto fue presentado por un ciudadano belga (DELCOURT) contra el Estado de Bélgica. Planteó una cuestión sobre las posibilidades de control casacional de un fallo condenatorio dictado en su contra, y alegó la infracción de varias garantías procesales, incluida la del artículo 6.1 que se refiere al «derecho a ser oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la Ley, que decidirá (...) sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella».

El TEDH establece, si bien incidentalmente, que la fundamentación y determinación de la acusación no sólo se refería a los hechos sino también al Derecho, en cuanto ambos elementos debían ser sometidos a debate contradictorio⁵³⁸.

La doctrina ha interpretado las alusiones que hace esta sentencia a la fundamentación fáctica y jurídica de las resoluciones judiciales y al control jurisdiccional mediante casación, en el sentido de que el sujeto pasivo tiene derecho a conocer y contradecir en esos dos aspectos la acusación (estimada en la sentencia

⁵³⁸ STEDH de 17 de enero de 1970 (caso DELCOURT), en su fundamentación expresa: «Más aún, la expresión «bien-fondé», que se halla en el texto francés del artículo 6.1, se refiere no sólo a que la acusación esté bien fundada en los hechos, sino a que lo sea en derecho. Por ello, el control de validez que asume el Tribunal de Casación podría llevar a sostener que los Tribunales inferiores, cuando examinan los hechos sobre los que se fundamenta la imputación, han actuado violando bien el derecho penal, bien las formas procesales que tienen una naturaleza esencial o vician de nulidad al fallo (...) al menos en el primero de dichos supuestos la acusación se muestra sin duda alguna infundada (...)».

«Por otra parte, el Tribunal hace notar que, de hecho el texto inglés del artículo 6 no contiene expresión alguna equivalente a «bien-fondé»; se usa, por el contrario, la expresión mucho más amplia de «determination of any criminal charge». Por ello, una acusación penal no está en realidad «determinada» mientras la decisión de libertad o condena no llega a su fin. El procedimiento penal forma y debe, normalmente, llegar a una decisión firme».

condenatoria), de manera que si no se dan estas garantías habría infracción a la disposición del artículo 6.1⁵³⁹.

3.2. *Caso COLAK. STEDH de 6 de diciembre de 1988 (Núm. 0180/1988)*⁵⁴⁰

Esta sentencia también es de aquellas que se cita frecuentemente, aunque sólo sirva parcialmente para el tema de la correlación, porque el problema que se plantea es una cuestión más bien referida al funcionamiento y dinámica de un juicio, y las consideraciones en virtud de las cuales se decide la cuestión planteada son más bien de sentido común, que no de técnica procesal. En todo caso, tanto el problema como la solución, ambas referidas a la acusación y al derecho a un juicio justo, nos obligan a comentarla.

En resumen el caso es el siguiente⁵⁴¹:

Serif COLAK era un ciudadano turco que residía y trabajaba en la ex República Federal de Alemania. En una pelea (1979), hirió de una cuchillada en el vientre a otro ciudadano turco, hecho por el cual fue detenido y acusado de tentativa de homicidio. El juicio oral comenzó a desarrollarse el 28 de abril de 1980. El 5 de mayo el señor Colak y su defensa fueron advertidos de la posibilidad de que se dictara condena por lesiones y heridas graves. Suspendidas las sesiones el 13 de mayo al no comparecer la víctima, el señor COLAK fue puesto en libertad bajo fianza. La vista oral se reanudó en enero de 1981. En el transcurso de una de las sesiones el Tribunal le informó a la defensa la posibilidad de que el señor COLAK fuera condenado únicamente por lesiones y heridas graves (ya le había informado antes de lo mismo). El Ministerio Fiscal modificó su calificación de los hechos al final de la sesión del 23 de enero, solicitando que el acusado fuera condenado por lesiones y heridas graves. Con todo, en la sesión de 10 de febrero de 1981, el Tribunal consideró al señor COLAK culpable de tentativa de homicidio y le condenó a cinco años de prisión.

⁵³⁹ ORTELLS RAMOS, Manuel, «Principio acusatorio...», *cit.*, p. 777.

⁵⁴⁰ STEDH de 6 de diciembre de 1988 (Núm. 0180/1988). Base de datos El Derecho 1988/10492.

⁵⁴¹ El resumen se hace a partir del que aparece en la base de datos de El Derecho y de la sentencia en la versión original inglesa que se publica ahí mismo.

El abogado de la defensa sostuvo que el Presidente del Tribunal, fuera de la sala de audiencia, le aseguró que el Tribunal consideraría sólo las posibles lesiones y heridas graves, y que cualquier cambio al respecto le sería oportunamente comunicado; tal extremo fue posteriormente negado ante el Tribunal Federal de Justicia por el referido Presidente.

Se somete el asunto al TEDH, alegando el acusado la violación del artículo 6.1 del CEDH al haber sido inducido por el Presidente del Tribunal a realizar la defensa de la calificación de lesiones y heridas graves y descuidar la de homicidio tentado.

El TEDH desestima estos argumentos porque considera que es imposible probar la existencia de la mencionada conversación supuestamente acaecida fuera de la sala de audiencia entre el abogado del señor COLAK y el Presidente de la Sala de lo Criminal y, aunque se hubiera producido, no vinculaba en modo alguno a los demás Magistrados. Lo único que vincula a los jueces de un tribunal son las actuaciones que se desarrollan en la audiencia, lo cual hace suponer al TEDH que era conocido por la defensa que se podía condenar por la calificación de homicidio tentado, que era lo que pedía la acusación inicialmente. De otra parte, el TEDH considera que el abogado del señor COLAK debió haber solicitado la correspondiente confirmación oficial asegurándose de ese modo que las apreciaciones del Presidente reflejaban las de toda la Sala.

Por lo dicho, el TEDH concluye por unanimidad que no se produjo violación alguna del art. 6.1 del Convenio⁵⁴².

⁵⁴² STEDH de 6 de diciembre de 1988 (Núm. 0180/1988). Los fundamentos esenciales son los siguientes: «29. *The applicant claimed that he had not had a fair trial. According to him, he had been convicted, without notice, of attempted murder, despite the assurances which his lawyer had allegedly received from the President of the Assize Court, on which he had based his defence. In the applicant's view, this constituted a failure to comply with the requirements of Article 6 para. 1 (art. 6-1) which provides as follows:*

"In the determination ... of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair ... hearing ... by [a] ... tribunal ..."

The Government denied that the President of the Assize Court had discussed the case with the accused's lawyer outside the courtroom. Even if such a conversation had taken place, its scope could not have been that alleged by Mr Colak. In any case, there would have been no breach of Article 6 para. 1 (art. 6-1) (...).

30. The Court notes in the first place that it is impossible to establish with certainty whether the conversation alleged by the applicant took place. Neither the formal statements made by the President

Nuevamente está presente aquí el asunto de la merma de las posibilidades defensivas, invocándola en este caso dentro de la garantía del juicio justo como elemento que se esgrime para medir las facultades de decisión del órgano jurisdiccional. De la resolución citada se concluye que las facultades de calificación jurídica del órgano jurisdiccional permanecen intactas siempre que se mantenga dentro de los hechos⁵⁴³. También se puede deducir que la tesis puede ser propuesta sin problemas por el juez o tribunal, pudiendo ser distintas de la del acusador, y que no necesita ser acogida por ninguna de las partes para poder condenar por ella⁵⁴⁴.

3.3. *Caso GEA CATALÁN. STEDH de 10 de febrero de 1995 (TEDH 1995/1)*

El caso se refiere al artículo 6.3 (letra a) que consagra el derecho del acusado «a ser informado (...) detalladamente, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él».

of the Assize Court on 19 June 1981 and 4 July 1984 (see paragraph 22 above), nor any other items of evidence adduced, provide sufficient information to enable it to rule on this disputed issue of fact. However, the wording of these statements does not exclude the possibility that the President of the Assize Court did in fact have a conversation with Mr Rosenberg outside the courtroom concerning the legal classification of the acts alleged against Mr Colak. This possibility was moreover mentioned by the Federal Constitutional Court in its judgment of 17 May 1982 (see paragraph 26 above). But even if such a conversation did take place, the Court would have no means of ascertaining exactly what was said.

31. Even if the President of the Assize Court did make the statements alleged by Mr Rosenberg, he could not speak on behalf of his fellow judges.

According to the terms of the written prosecution submissions read out at the opening of the hearings in the Assize Court (see paragraph 16 above), Mr Colak was accused of attempted murder. At the hearing on 16 January 1981, the court did not exclude the possibility of a conviction on this charge. It merely pointed out, as it was obliged to do by law in the circumstances of the case, that a conviction for causing grievous bodily harm was also a possibility (see paragraphs 14 and 17 above). Neither at this point, nor at any other, did the Assize Court suggest that it was no longer intending to deal with the charge of attempted murder.

The applicant's lawyer knew that the Assize Court would make its ruling after its deliberations, solely on the basis of the issues raised during the hearings. Accordingly, he should have satisfied himself that the President's alleged appraisal of the situation did indeed reflect the views of the court itself. It was open to him to seek formal confirmation of those views».

⁵⁴³ ORTELLS RAMOS, Manuel, «Principio acusatorio...», *cit.*, p. 778.

⁵⁴⁴ En términos parecidos ORTELLS RAMOS, Manuel, «Principio acusatorio...», *cit.*, p. 778.

El señor Francisco GEA CATALÁN, en los primeros meses de 1985, aprovechando su condición de empleado del Banco de Fomento, hizo descontar en su favor unas letras de cambio que había librado él mismo a cargo de personas inexistentes.

En sus conclusiones provisionales, el MF calificó los hechos como delito de estafa castigado por el artículo 528 con la circunstancia agravante muy cualificada prevista en el apartado 1 del artículo 529 del Código Penal.

El Banco, como acusación particular, formuló sus conclusiones que, en lo esencial, coincidían con las del MF.

Por sentencia de 22 enero de 1988, la AP condenó a GEA CATALÁN, entre otras, a una pena de dos años y cuatro meses de prisión por estafa, la cual se elevaba a 5.610.150 pesetas, basando la condena en el apartado 7 del artículo 529 del Código Penal, estimando que existía una agravante muy cualificada.

El señor GEA CATALÁN recurrió en casación invocando el artículo 24.2 de la CE, en el cual se quejaba de que se le había aplicado la circunstancia agravante del apartado 7 del artículo 529 sin haber sido informado previamente. A este respecto, señalaba que tanto el MF como la acusación particular se habían referido en sus conclusiones únicamente al apartado 1 de dicho artículo, discordancia que había conculcado su derecho de defensa.

El TS desestimó el recurso argumentado que la discordancia denunciada por el señor GEA CATALÁN provenía simplemente de un error material, fácil de comprender y corregir empleando las reglas de la lógica y del sentido común, ya que habría sido absurdo aplicar a los hechos en cuestión el apartado 1 del artículo 529.

El recurrente interpuso ante el TC un recurso de amparo alegando la violación de su derecho de defensa. Dicho recurso fue desestimado por carencia de contenido constitucional al considerar el TC, que solamente había ocurrido una inversión dactilográfica consistente en hacer referencia al apartado 1 del artículo 529 en lugar del apartado 7, lo cual no modificaba ni el motivo de acusación ni los hechos incriminados, de manera que el error material que se había producido no tenía ninguna incidencia sobre su derecho de defensa.

Plantea el acusado una demanda ante el TEDH, invocando la infracción del art. 6.3, letra (a) del CEDH, es decir, del derecho a ser informado detalladamente de la

naturaleza de la causa de la acusación formulada contra él; derecho que implicaba conocer los hechos y todas las calificaciones jurídicas de los mismos.

El TEDH desestima la demanda por falta de fundamento de la misma, ya que en su opinión la demanda se basa en un puro error de cita de la norma que se pretende aplicar, pero del contexto del juicio se puede apreciar que dicho dislate en nada afectó el derecho de defensa.

No obstante, la desestimación de la demanda del ciudadano español GEA CATALÁN, sobre la supuesta infracción a las garantías del artículo 6.3, queda clara la importancia de la doctrina que emana de dicha disposición en el sentido de configurar un verdadero derecho a ser informado de la acusación. En este caso no se estima la demanda porque justamente se entiende respetado el derecho a ser informado de la acusación, en el sentido que un simple error mecanográfico al citar la norma aplicada para calificar el ilícito como aconteció en este caso, no es suficiente para justificar la infracción que se reclamó, cuando está claro que el acusado estaba en pleno conocimiento de lo que se le acusaba o debía estarlo con un razonamiento deductivo mínimo⁵⁴⁵.

⁵⁴⁵ STEDH de 10 de febrero de 1995 (TEDH 1995\1): «25. El señor Gea Catalán alega la violación del artículo 6.3, a) del Convenio, redactado como sigue:

«(...) Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos:»

«a) a ser informado, en el más breve plazo (...) y detalladamente, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él (...).»

«Esta se derivaría de que su condena se basaba en el apartado 7 del artículo 529 del Código Penal, y no en su apartado 1, invocado por el Ministerio Fiscal y la acusación particular (...).»

«28. El Tribunal considera, al igual que el Gobierno, que la discordancia denunciada era el resultado, con toda evidencia, de un simple error material, cometido al mecanografiar las conclusiones del Ministerio Fiscal y reproducidas posteriormente, en diversas ocasiones, por éste y por la acusación particular (apartados 10 y 11 supra). Así lo comprendieron, además, el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional al rechazar el recurso de casación y el recurso de amparo del demandante (apartados 13-14 supra).»

«29. Vista la claridad de la calificación jurídica de los hechos probados expuestos en el Auto de remisión del Juez de Instrucción de 1 julio 1986 (apartado 9 supra), el Tribunal no ve cómo el señor Gea Catalán podría invocar una falta de información sobre todos los elementos de la acusación, ya que las conclusiones de las partes acusadoras se basaban en los mismos datos (apartado 10 supra). Además, la aplicación en el caso de autos del apartado 1 del artículo 529 del Código Penal habría sido absurdo, como justamente lo señala el Tribunal Supremo (apartado 14 supra), mientras que la del apartado 7,

3.4. *Caso DE SALVADOR TORRES. STEDH de 24 de octubre de 1996 (TEDH 1996/1)*

En este asunto se alega la infracción del art. 6.3 CEDH, concretamente, la violación del derecho a ser informado de la acusación, causada por la modificación en sentencia de la calificación jurídica del hecho punible.

DE SALVADOR TORRES, el demandante ante el TEDH, era director administrativo de un hospital público de Barcelona, cuando concertó con un banco el depósito de fondos a cambio del pago de intereses superiores al tipo legal.

La diferencia entre los tipos legales y los extratipos pagados por el banco sobre las cantidades depositadas eran depositadas en la cuenta personal del señor DE SALVADOR TORRES.

Entre 1966 y 1983 se transfirió de esta manera al interesado un importe total de 147.614.565 pesetas.

El MF y el acusador particular acusaron por el delito de malversación de caudales públicos.

La AP declaró que el señor DE SALVADOR TORRES pertenecía a la categoría de encargado de fondos públicos, pero que las sumas de las cuales se había apropiado no eran «caudales públicos» y que, por lo tanto, el artículo 394.4 no era de aplicación al caso. Señaló que, contemplada su posición en el hospital, el interesado no tenía la calidad de funcionario *stricto sensu*, por lo que descartó las acusaciones de corrupción. El señor DE SALVADOR TORRES fue, no obstante, condenado como culpable del delito de apropiación indebida, delito castigado por el artículo 535 y condenado a dieciocho meses de reclusión en virtud de los artículos 528 y 529.7 del Código Penal.

El MF y el acusador particular (el Hospital, según textualmente se menciona en la sentencia) recurrieron en casación. Calificaron como caudales públicos las sumas en litigio y solicitaron nuevamente la condena del demandante por el delito de malversación de caudales públicos, previsto en los artículos 394.4 y 399 del CP. En sus conclusiones, el MF insistió en el hecho de que la AP había claramente

aunque no fuese de aplicación imperativa, al menos se deducía de un razonamiento deductivo mínimo».

reconocido que el acusado tenía a su cargo fondos pertenecientes a un establecimiento público de acuerdo con el artículo 399.

El TS revocó la sentencia recurrida y declaró al señor DE SALVADOR TORRES culpable del delito de apropiación indebida por la que había sido condenado, pero con la circunstancia agravante de haberse prevalido, en el ejercicio de su cargo, del carácter público de su función (artículo 10.10 del Código Penal). El Tribunal estimó que la aplicación de esta circunstancia agravante derivaba implícitamente de las peticiones del MF.

Haciendo uso de sus facultades, el TS condenó al demandante a cinco años de reclusión, duración máxima para el delito de apropiación indebida prevista en las normas de fijación de penas establecida en el artículo 61.2 del CP.

DE SALVADOR TORRES interpuso ante el TC un recurso de amparo. Alegó no haber sido informado de todos los elementos de hecho que componen la acusación contra él formulada, lo que habría violado su derecho a un juicio justo (art. 24 de la CE). Dicho recurso fue inadmitido.

El acusado presenta demanda ante el TEDH, invocando la infracción del art. 6.3 del CEDH.

El TEDH estima que no se produjo vulneración del artículo 6.3 del CEDH, esencialmente porque valora que no hubo ninguna indefensión al considerar que el acusado estuvo perfectamente informado. Dice la STEDH «hay que considerar que el señor De Salvador Torres era consciente de que, cuando se tratara de fijar la pena, el Juez —es decir, la Audiencia Provincial y el Tribunal Supremo— podrían, en el contexto de una apropiación indebida, ver que en este elemento factual subyace una circunstancia agravante».

Lo anterior es lógico si se considera que la calificación acusadora era de malversación de caudales públicos, lo que suponía la calidad de públicos de los fondos y de funcionario público del autor, de modo que la circunstancia fáctica había sido introducida por la propia parte acusadora, e incluso su calificación jurídica, en un sentido amplio. Lo que ocurre es que la circunstancia en vez de ser calificada como circunstancia que da lugar a un delito funcional, como proponía la acusación (circunstancia calificante que daba origen al delito funcional de malversación), es valorada por el juzgador como circunstancia agravante del tipo base «apropiación

indebida», con lo cual lo que hace el juzgador es descomponer la calificación jurídica de la acusación de delito calificado (funcionarial) en un tipo penal base con una agravante genérica, de modo que contempla los mismos elementos fáctico-jurídicos de la acusación, pero bajo una calificación jurídica distinta. Por otra parte, el delito por el que se condena, aun con la agravante, es de menor entidad que el de la acusación y fue sancionado con pena menor.

Como concluye la STEDH, no hubo merma de las posibilidades de defensa, porque la circunstancia que da lugar a la apreciación de agravante, es decir, la calidad de funcionario público, se encontraba presente en la misma acusación por malversación de caudales públicos que se dirigía en contra del acusado en calidad de Director administrativo de un hospital público, de modo que al calificar por un tipo genérico como la apropiación indebida, que tiene asignada pena más leve, estimando la calidad de funcionario como una circunstancia agravante del delito de apropiación indebida, el juzgador no hace más que calificar una circunstancia que estaba contenida en el sustrato de la acusación por malversación de fondos públicos⁵⁴⁶.

⁵⁴⁶ STEDH de 24 de octubre de 1996 (TEDH 1996\1): «30. El Tribunal señala que, desde el principio, el Juez de instrucción estimó que los hechos, tal como él los había establecido, pertenecían a la categoría de delito de malversación de caudales públicos (apartado 8 supra). El Ministerio Fiscal y el Hospital, acusación particular, aceptaron ambos esta calificación jurídica y la mantuvieron a lo largo del procedimiento (apartados 8 y 10 supra). Ahora bien, en Derecho Español, el delito de malversación de caudales públicos exige que el autor sea un funcionario o un administrador de fondos al cometer el delito y que las sumas malversadas sean «fondos públicos» (apartados 15 y 16 supra)».

«31. El Tribunal constata además que el demandante nunca ha rebatido que por su condición de director administrativo de un hospital público de Barcelona, pertenecía a la categoría de personas «encargadas» (...) de fondos pertenecientes a provincias o municipios, a establecimientos de instrucción o de beneficencia», o a la de administradores o depositarios de fondos colocados por una autoridad pública (artículo 399 del Código Penal -apartado 16 supra-)».

«El sumario muestra que las partes estaban de acuerdo en este punto (apartados 9 y 11 supra)».

«Dada su condición, el señor De Salvador Torres ocupaba un cargo de carácter público».

«Ahora bien, ni la Audiencia Provincial ni el Tribunal Supremo han calificado las cantidades sustraídas de «fondos públicos». Estos dos órganos han aplicado el delito más general de apropiación indebida. Sin embargo, mientras que la Audiencia Provincial señalaba que ninguna circunstancia agravante de carácter general era de aplicación en este caso (apartado 9 supra), el Tribunal Supremo ha considerado que el hecho -establecido por la Audiencia Provincial y no rebatido por el demandante- de que el señor De Salvador Torres se hubiera prevalido de su condición de director administrativo de un establecimiento público, agravaba el delito. En el ejercicio de sus facultades (apartados 22 y 23 supra), el Tribunal Supremo ha condenado a una pena que siendo mayor que la pronunciada por la Audiencia

Se halla latente en esta sentencia del TEDH el concepto de homogeneidad delictiva descendente como argumento que legitima la modificación de la calificación jurídica, en el sentido que la modificación de la calificación jurídica en la sentencia se produjo sobre la base de los mismos elementos fáctico-jurídicos en que se apoyaba la acusación, sin añadir nuevos elementos que pudieran producir indefensión.

Éstas son las razones por la que el TEDH no aprecia ninguna infracción al art. 6.3 del CEDH, concordando con la doctrina que ha venido sustentando la jurisprudencia española (TS y TC) de la homogeneidad delictiva descendente.

3.5. *Caso PÉLLISIER y SASSI. STEDH de 25 de marzo de 1999 (TEDH 1999\10)*

Se alega en este caso la infracción de los arts. 6.1 y 6.3 CEDH, fundamentalmente por no haber sido informado el acusado de todos los elementos de la acusación, privándosele de su derecho de defensa y a contradecir en todos los términos la acusación, a raíz de un cambio de calificación jurídica en sentencia, en virtud de la cual se modificó la forma de participación sostenida en la acusación.

Fernand CORTEZ era gerente y socio de la sociedad *Bleu Marine*, compañía que se dedicaba a la construcción de barcos. Paralelamente había constituido una sociedad inmobiliaria con PÉLLISIER y SASSI con el fin de adquirir un inmueble para alquilárselo a *Bleu Marine*. Pero, por problemas de administración e insolvencia se produce la cesación de pagos de la primera compañía. CORTEZ, junto con

Provincial, era muy inferior a la requerida por la acusación al principio y a lo largo del procedimiento (apartados 8 y 10 supra)».

«32. El Tribunal subraya que, contrariamente a los artículos 394 y 399 del Código Penal, el artículo 10.10 exige únicamente que el autor del delito se haya prevalido del «carácter público de su función». Es evidente que al constatar la existencia de una circunstancia agravante, el Tribunal Supremo falle en función de este elemento del tipo (ver apartado 12, supra y mutatis mutandis, la Sentencia Gea Catalán contra España de 10 febrero 1995 (TEDH 1995\1), serie A núm. 309, pg. 11, ap.29)».

«33. En resumen, como ha dicho el Tribunal Constitucional en su Auto de 20 julio 1992 (apartado 13 supra), el carácter público de las funciones ejercidas por el demandante era un elemento inherente de la acusación inicial de malversación de caudales públicos que el demandante conocía, pues, desde el comienzo del procedimiento. Por lo tanto, hay que considerar que el señor De Salvador Torres era consciente de que, cuando se tratara de fijar la pena, el Juez -es decir, la Audiencia Provincial y el Tribunal Supremo- podrían, en el contexto de una apropiación indebida, ver que en este elemento factual subyace una circunstancia agravante».

PÉLLISIER y SASSI, fue sometido a juicio como autor de falsedad de escritura mercantil y estafa, y luego por estafa simple y fraudulenta y por abuso de confianza. También en el procedimiento de instrucción uno de los acusadores había solicitado tener como posibles cómplices en la quiebra a PÉLLISIER y SASSI.

En primera instancia CORTEZ fue condenado y PÉLLISIER y SASSI absueltos.

La sentencia fue apelada por CORTEZ, solicitando una calificación subsidiaria a la que se había pedido en la instancia. El Tribunal de apelación hizo una nueva calificación y condenó a los acusados absueltos en instancia como cómplices en el delito de quiebra.

PÉLLISIER y SASSI recurrieron de casación la sentencia por supuesta infracción del derecho de defensa al no haberse producido debate contradictorio sobre la nueva calificación. El recurso se desestimó por el Tribunal de casación porque consideró que los Tribunales de primera y segunda instancia caracterizaron completamente los hechos, materiales e intencionales, tanto del delito principal de quiebra como el de complicidad, de modo que lo que se cuestiona en el recurso es la facultad soberana de aplicar el Derecho a los hechos y circunstancias contradictoriamente debatidos.

Se presentó demanda por PÉLLISIER y SASSI ante el TEDH, fundada en la infracción del art. 6.1 y 6.3, letra (a) y (b) del CEDH.

La sentencia⁵⁴⁷ del TEDH que resuelve el caso contiene varios aportes al tema de este trabajo. No obstante, en lo que nos interesa en este acápite, cabe señalar lo referido

⁵⁴⁷ STEDH de 25 de marzo de 1999 (TEDH 1999\10), señala en lo pertinente: «51. El Tribunal recuerda que las disposiciones del apartado 3 a) del artículo 6 muestran la necesidad de poner un cuidado extremo en notificar «la acusación» al interesado. El acta de acusación juega un papel determinante en las diligencias penales: a partir de su notificación, la persona encausada está oficialmente informada por escrito de la base jurídica y de hecho de las imputaciones que se formulan contra ella (Sentencia Kamasinski contra Austria de 19 diciembre 1989, serie A núm. 168, pgs. 36-37, ap. 79). El artículo 6.3 a) del Convenio reconoce al acusado el derecho a ser informado no sólo del motivo de la acusación, es decir, de los hechos materiales de los que se les acusa y sobre los que se basa la acusación, sino también de la calificación jurídica dada a estos hechos y esto, como indica justamente la Comisión, de manera detallada».

«55. El Tribunal señala, en primer lugar, que en la providencia de remisión ante el Tribunal correccional de 27 de junio de 1990, únicamente se imputaba a los demandantes el delito de quiebra (apartado 26 «supra»). Aunque la acusación adicional de los días 4 y 6 de diciembre de 1986 hubiera contemplado, a fin de cuentas sin motivación particular, los textos relativos tanto a la quiebra como a la complicidad en la quiebra (apartado 22 «supra»), el Tribunal constata que la información facilitada por el Juez de instrucción se refería únicamente a los hechos de quiebra. Nada hay que permita pensar que la posibilidad de una complicidad en la quiebra, mencionada en un escrito dirigido al Juez de

a la interpretación que hace del artículo 6.1 y 6.3 del Convenio con relación a las facultades de calificación jurídica del tribunal. A este respecto quedan nítidamente expuestas estas cuestiones:

1ª. Establece el irrefutable «derecho» de los tribunales a dar la calificación jurídica a los hechos que le han sometido a su conocimiento y resolución.

instrucción por el abogado de la sociedad Chantiers Beneteau (apartado 21 «supra»), haya sido realmente tenida en cuenta en el curso de la instrucción».

«Ante el Tribunal correccional, los debates se centraron únicamente sobre el delito de quiebra (apartado 28 «supra»). Los términos de la sentencia dictada por el Tribunal confirman la ausencia de la noción de «complicidad» en los debates judiciales («ibidem»).

«Las autoridades judiciales no acusaron en ningún momento a los demandantes, al ser enviado el asunto ante el Tribunal de apelación de Aix-en-Provence tras el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal, de una eventual complicidad en la quiebra, ni en la citación para comparecer ni en el transcurso de los debates (apartado 30 «supra») (...)».

«56. El Tribunal considera, a la vista de estos elementos, que no se ha probado que los demandantes hubieran tenido conocimiento de la posibilidad de nueva calificación de los hechos en «complicidad en la quiebra» por el Tribunal de apelación (...)».

«58. (...) Ciertamente, la complicidad remite, por naturaleza, a un delito principal, el cometido por el autor del delito. Los actos de los cómplices sólo adquieren carácter penal por referencia al delito cometido por este autor, lo que expresa la noción de «préstamo de criminalidad». Pero, además de este primer elemento constitutivo, la complicidad requiere igualmente la presencia de un elemento material, es decir, la comisión de un acto específico como lo prevé el antiguo artículo 60 del Código Penal, y un elemento intencional, esto es la consciencia de la ayuda aportada a la comisión del delito (apartado 36 «supra»).

«59. El Tribunal no comparte la opinión del Gobierno cuando mantiene que la complicidad sólo constituye un simple grado de participación en el delito principal. El Código Penal lo establecía de manera diferente en la época de los hechos y los artículos 402 y 403 distinguían claramente cómplice y autor, debiendo este último tener una de las cualidades contempladas en el artículo 196 de la Ley de 25 de enero de 1985 y recordadas por el antiguo artículo 403 del Código Penal (apartados 36-37 «supra»).

«60. El Tribunal no debe valorar la procedencia de los motivos de defensa que los demandantes hubieran podido invocar si hubieran tenido la posibilidad de debatir la complicidad en la quiebra. Señala simplemente que es plausible sostener que estos motivos habrían sido diferentes de los elegidos a fin de rebatir la acción principal. Acusados de complicidad, los señores Pélissier y Sassi habrían tenido que convencer a sus Jueces por un lado, de que no habían cometido ninguno de los actos de complicidad previstos por la Ley y, por otro lado, de que si se les reprochaban actos específicos de complicidad, no habían sido conscientes de ayudar a la comisión del delito (...)».

«61. Teniendo en cuenta lo que antecede, el Tribunal considera igualmente que la complicidad no constituía un elemento intrínseco de la acusación que los acusados hubieran conocido desde el inicio del procedimiento (...)».

2ª. En opinión del TEDH, sin embargo, la complicidad no puede ser considerada como una simple forma de participación en el delito principal, cuando el CP francés distinguía claramente una de otra.

3ª. Tampoco la complicidad podía ser considerada, en el caso concreto, como elemento intrínseco de la acusación que los acusados hubieran conocido desde el principio, porque si bien durante la instrucción, en un escrito de parte, se mencionó la posibilidad de que los imputados pudieran haber incurrido en complicidad en la quiebra, eso no se concretó en una acusación, de modo que no se satisface la exigencia de que exista acusación explícita del delito concreto. Además el TEDH estima que de los antecedentes de los debates se puede colegir que no hubo ningún planteamiento sobre la cuestión. Por otra parte, el TEDH considera que la complicidad, aunque sea forma de participación en un delito principal y su existencia y relevancia dependa de él, importa un hecho distinto y diferenciado del hecho delictivo principal, con sus propios requisitos objetivos y subjetivos, de modo que detrás del cambio de calificación jurídica también existe un cambio fáctico.

4ª. El TEDH opina que el artículo 6.3 asegura el derecho a ser informado de la acusación, derecho que resulta esencial para poder articular una defensa eficaz, lo cual se incardina dentro del proceso justo del artículo 6.1. Y lo más importante, declara que este derecho a ser informado de la acusación no sólo alcanza a los hechos que se le someten al tribunal, sino también a las cuestiones y calificaciones jurídicas implicadas.

5ª. Concluye que en el caso concreto no se acredita que se haya informado a los condenados de la posibilidad de la nueva calificación de complicidad, detrás de la cual hay un hecho diverso del originalmente imputado en acusación, ni tampoco queda claro que se haya debatido la posibilidad de calificar los hechos como complicidad.

6ª. El TEDH declara que era plausible sostener que los imputados, en caso de haber conocido la posibilidad de calificación de complicidad en la quiebras, podrían haber articulado una defensa distinta a la que hicieron.

Como consecuencia de estas consideraciones, el TEDH estima que hubo violación del artículo 6.3.

3.6. *Caso DALLOS. STEDH de 1 de marzo de 2001 (TEDH 2001\197)*

Se alega por el acusado la infracción de los arts. 6.1 y 6.3 CEDH, al ser privado de su derecho a ser oído por tribunal imparcial y del derecho a ser informado de la acusación y de defensa, producida por un cambio de calificación jurídica.

DALLOS fue condenado en primera instancia por un delito de malversación con agravantes. Éste dedujo recurso de apelación en contra de la sentencia, pidiendo su absolución. No obstante, el tribunal de apelación (tribunal regional) confirmó la sentencia condenatoria, pero modificó la calificación de los hechos, estimando que no constituían malversación con agravante, sino que fraude con agravante. A continuación, el condenado y su abogado presentaron una petición de revisión ante el TS de Hungría. La defensa mantenía que había sido condenado por error y que la recalificación de los hechos de la acusación constituía infracción a las garantías procesales. Sin embargo, el TS de Hungría desestimó la revisión y confirmó la sentencia condenatoria.

Agotada la vía interna, el acusado demandó a Hungría ante el TEDH, invocando la infracción del art. 6.1 del CEDH, sobre el derecho a ser oído equitativamente por un tribunal independiente e imparcial, y del art. 6.3 (a) y (b) del CEDH, referido al derecho a ser informado de la acusación y a disponer de tiempo y facilidades para preparar la defensa. Estas infracciones a las normas invocadas se habrían producido, según DALLOS, por la condena en segunda instancia por delito distinto del que había sido condenado en primera instancia, de modo que tal recalificación en apelación le «impidió ejercer su derecho de defensa adecuadamente y, por dicha razón los procesos seguidos contra él habían devenido injustos»⁵⁴⁸.

Ante esta demanda el TEDH resuelve que la condena en segunda instancia que recalificó los hechos supuso un menoscabo al derecho a ser informado de la acusación, ya que no se le notificó la posibilidad de recalificación de los hechos, estableciendo que el derecho a ser informado de la acusación no sólo exige el conocimiento del «motivo de la acusación, es decir, de los hechos materiales de los que se le acusa, sino también de la calificación jurídica dada a estos hechos»⁵⁴⁹. No obstante haber realizado

⁵⁴⁸ STEDH de 1 de marzo de 2001 (TEDH 2001\197).

⁵⁴⁹ STEDH de 1 de marzo de 2001 (TEDH 2001\197).

dicha constatación, el TEDH desestima la demanda de DALLOS porque considera que la petición de revisión ante el TS de Hungría permitió una revisión completa de la cuestión debatida, con lo cual estima satisfecha la posibilidad de defensa (*a posteriori*) respecto a esa recalificación que realizó el tribunal de apelación⁵⁵⁰.

⁵⁵⁰ La STEDH de 1 de marzo de 2001 (TEDH 2001\197), en lo pertinente señala: «Decisión del Tribunal. 47. (...) Las disposiciones del apartado 3 a) del artículo 6 muestran la necesidad de poner un cuidado extremo en la notificación de la «acusación» al demandado. El acta de acusación juega un papel decisivo en un proceso penal, ya que a partir de ese momento, la persona encausada está oficialmente informada por escrito de la base jurídica y de hecho de las imputaciones que se formulan contra ella (...) El art. 63 a) del Convenio reconoce al acusado el derecho a ser informado no sólo del «motivo» de la acusación, es decir, de los hechos materiales de los que se le acusa, sino también de la calificación jurídica dada a estos hechos y esto de manera detallada (...)».

«El alcance de dichas disposiciones debe apreciarse en especial a la luz del derecho más amplio a un juicio justo, derecho este garantizado por el artículo 6.1 del Convenio (...)».

«48. En el asunto que nos ocupa, el Tribunal señala que el demandante no fue avisado de que el Tribunal Regional podía dar una nueva calificación jurídica a su delito como fraude. Esta circunstancia, sin duda alguna, afectó negativamente a sus posibilidades de defensa frente a unos cargos por los que finalmente fue condenado».

«49. Sin embargo, a diferencia de la Comisión, el Tribunal atribuye una importancia decisiva a los procesos seguidos ante el Tribunal Supremo».

«50. Debe señalarse que el Tribunal Supremo revisó el caso del demandante por completo, tanto desde el punto de vista procesal como del punto de vista de la ley. Además de haber estudiado los expedientes de los Tribunales inferiores, y las alegaciones del demandante y del fiscal, los magistrados que llevaron a cabo la revisión escucharon, en vista pública, los alegatos orales de la defensa del demandante y de la Fiscalía General (apartado 15 «supra»). Es más, el propio Tribunal Supremo pudo haber reemplazado la condena del demandante, bajo el artículo 291.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (apartado 30 «supra»), por una absolución».

«51. El Tribunal señala que el Tribunal Supremo rechazó la petición de absolución por el cargo de fraude, realizada por la defensa del demandante (...)».

«Estas circunstancias llevan al Tribunal a estimar que el propio Tribunal Supremo examinó si el demandante era culpable o no de un delito de fraude».

«52. Por tanto, y aceptando el argumento del Gobierno en este punto, el Tribunal considera que el demandante disfrutó de la oportunidad de presentar ante el Tribunal Supremo los argumentos de su defensa en relación a la nueva calificación jurídica del delito como fraude. Tras comprobar la equidad del proceso en su conjunto (...); y teniendo en cuenta la naturaleza del examen del caso que realizó el Tribunal Supremo (...); el Tribunal considera que cualquier defecto de procedimiento ante el Tribunal Regional fue subsanado ante el Tribunal Supremo».

«El Tribunal, por tanto, estima que los derechos del demandante a ser informado en detalle acerca de la naturaleza y los motivos de la acusación, y el derecho a disponer del tiempo y recursos suficientes para preparar su defensa, no fueron vulnerados».

4. Poder de calificación del juzgador y la exigencia de homogeneidad delictiva y de tesis (formas de compatibilizar el poder de calificar del juzgador con la vigencia del derecho a ser informado de la acusación, de defensa y contradicción)

Si se revisa la jurisprudencia citada desde el año 1981, inaugurada con el pronunciamiento de la STC de 10 de abril de 1981 (BDA, m. RTC 1981\12), de acuerdo a lo que ya hemos dicho, se apreciará que se inicia una reformulación de las garantías procesales de la defensa penal al tenor de la consagración que se hace en el artículo 24 de la CE, conforme además con la jurisprudencia previa del TEDH (caso DELCOURT) y su posterior desarrollo de acuerdo a lo que disponen las normas del art. 6.1 y 6.3 del CEDH.

Como hemos tenido ocasión de comprobar, esta reformulación jurisprudencial pretende realizar una interpretación del derecho de defensa para satisfacer las exigencias normativas constitucionales y del CEDH. En esa reformulación jurisprudencial, siempre influenciada por el casuismo, ha habido falta de uniformidad y sistemática para tratar la materia, e incluso, en ocasiones, asimilaciones o confusiones conceptuales que no eran necesarias para asegurar una correcta protección de los derechos a ser informado de la acusación y de defensa⁵⁵¹. Incluso, según tendremos

⁵⁵¹ Cierta jurisprudencia del TC en algunas sentencias de mediados de los años ochenta comienza a hacer una fundamentación del deber de correlación sobre la base de un entramado de principios y garantías en la que se confunde el contenido del principio acusatorio con el derecho a ser informado de la acusación y con el derecho de defensa-proscripción de la indenfensión, y en cuya virtud se proclama un deber de vinculación del juez a los términos del debate que parece anular los poderes de calificación jurídica de éste. Así la STC de 4 de octubre de 1985, Sala Primera, ponente Díez de Velasco Vallejo (BDA, m. RTC 1985\104); STC de 16 de febrero de 1988, Sala Segunda, ponente López Guerra (BDA, m. RTC 1988\17); STC de 11 de diciembre de 1989, Sala Segunda, ponente Díaz Eimil (BDA, m. RTC 1989\205).

Sin embargo, como veremos más adelante, es la jurisprudencia del TS la que saca consecuencias concretas de la interpretación del deber de correlación a partir de una fundamentación conjunta en el entramado de principios y garantías apoyado en el art. 24 CE. Esta interpretación dará lugar al requisito de asunción de la tesis agravatoria por parte del acusador para poder condenar conforme a la misma y a la doctrina de la no agravación punitiva, aplicada incluso en la determinación de la pena concreta. *Vid.* entre muchas, STS de 1 de diciembre de 1987, Sala de lo Penal, ponente Ruiz Vadillo (BDA, m. RJ 1987\9515); STS de 3 de noviembre de 1988, Sala de lo Penal, ponente García Ancos (BDA, m. RJ 1988\8959); STS de 25 de octubre de 1989, Sala de lo Penal, ponente Montero Fernández-Cid (BDA, m. RJ 1989\8477); STS de 11 de diciembre de 1989, Sala de lo Penal, ponente Ruiz Vadillo (BDA, m. RJ 1989\9520); STS de 7 de febrero de 1990, Sala de lo Penal, ponente Ruiz

ocasión de analizar en detalle, cierta jurisprudencia del TC y TS ha pretendido últimamente establecer una supuesta nueva doctrina sobre el principio acusatorio y la correlación en el proceso penal.

En todo caso, en términos generales, la doctrina jurisprudencial apuntó en la dirección correcta. Ahora corresponde centrarse en los medios concretos que ofrece el sistema procesal con el fin de dar una tutela del derecho a ser informado de la acusación y del derecho de defensa cuando del debate del juicio oral surge la necesidad de modificar en algún aspecto la acusación. Según veremos enseguida y como de alguna manera ya se ha insinuado, los mecanismos a través de los cuales se resuelve la cuestión esencial de los poderes del juez para aplicar el Derecho (*iura novit curia*) y la necesidad de una mejor protección del derecho de defensa penal (contradicción y debate) imponían adecuar la aplicación del art. 733, y es eso lo que la jurisprudencia del TC como del TS⁵⁵² comienzan a hacer desde el inicio de la aplicación de las garantías constitucionales⁵⁵³. Pero, por otra parte, también la jurisprudencia (según veremos) establece la importancia y complementariedad —supuesta la básica e indiscutida identidad fáctica sustancial— de los criterios de homogeneidad delictiva, para entender integralmente la cuestión de la correlación vinculada al derecho de defensa y al *iura novit curia*, como ya se ha insinuado en la jurisprudencia citada precedentemente. Es decir, se reconoce la relación que existe entre poderes del juzgador y situaciones de indefensión que se pueden ocasionar por el ejercicio incondicionado de aquéllos. En este contexto es donde se hace sentir con más fuerza la necesidad del derecho a conocer integralmente todos los elementos fácticos (no sólo el

Vadillo (BDA, m. RJ 1990\1290); STS de 23 de mayo de 1990, Sala de lo Penal, ponente Ruiz Vadillo (BDA, m. RJ 1990\4413); STS de 21 de septiembre de 1990, Sala de lo Penal, ponente Delgado García (BDA, m. RJ 1990\7208); STS de 6 de noviembre de 1990, Sala de lo Penal, ponente Montero Fernández-Cid (BDA, m. RJ 1990\8673); STS de 4 de diciembre de 1990, Sala de lo Penal, ponente Delgado García (BDA, m. RJ 1990\9410); STS de 4 de abril de 1997, Sala de lo Penal, ponente Móner Muñoz (BDA, m. RJ 1997\2699); STS de 18 de febrero de 1999, Sala de lo Penal, ponente Granados Pérez (BDA, m. RJ 1999\1175).

⁵⁵² La STS de 4 de noviembre de 1986, Sala de lo Penal, ponente Soto Nieto (BDA, m. RJ 1986\6241), establece por primera vez que la apreciación de agravantes que no han sido incluidas en la acusación requiere del uso de la tesis, declarando que el apartado 3º del artículo 733 se hallaría derogado (o al menos la interpretación que de él hacía la jurisprudencia), haciendo primar el derecho a ser informado de la acusación y el derecho de defensa-proscripción de la indefensión del art. 24 CE.

⁵⁵³ Entre muchos, ORTELLS RAMOS, Manuel, «Principio acusatorio...», *cit.*, pp. 780 y ss, y DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, *Derecho procesal penal*, *cit.*, p. 563.

hecho sustancial) y jurídicos con relevancia jurídico-penal que el juzgador considerará en la sentencia, y las posibilidades de debate contradictorio sobre ellos. En consecuencia, la manera de compatibilizar poderes del juzgador con la defensa y contradicción sobre la totalidad de los elementos acusatorios relevantes son la exigencia de homogeneidad y el uso de la tesis.

Seguidamente explicaremos cómo se aplican por la jurisprudencia la exigencia de homogeneidad delictiva y el planteamiento de tesis como garantías de tutela del derecho de defensa y debate contradictorio⁵⁵⁴. Antes, empero, es menester atender al problema de la subsunción de los hechos introducidos por la acusación, y los motivos a los que puede obedecer la diversa calificación jurídica de los hechos en la sentencia, apartándose de la pedida en la acusación.

5. Distintas posibilidades de calificación jurídica del hecho punible

El hecho punible debe ser calificado por el acusador en la acusación y por el juzgador en la sentencia definitiva. Ambas calificaciones se relacionan desde el punto de vista de que la aplicación de la ley penal sustantiva se refiere a unos hechos afirmados por la acusación y enjuiciados por el juez.

El acusador hace una calificación jurídica que a la vez es una petición de subsunción del hecho punible, la cual va dirigida al juzgador, y es éste el que debe sopesar la corrección de dicha petición o, mejor dicho, la adecuación de la misma al Derecho penal⁵⁵⁵ (aparte el problema del enjuiciamiento fáctico)⁵⁵⁶. Pues bien, esa petición de subsunción puede ser modificada por el juez, ya que es él el encargado de aplicar el Derecho, pudiendo estimar una calificación jurídica distinta de la propuesta por el acusador.

⁵⁵⁴ Sobre la pura modificación de calificación y sobre la modificación de calificación con base en una modificación fáctica.

⁵⁵⁵ *Vid.* CLIMENT DURÁN, Carlos, *La prueba penal, cit.*, pp. 33-58 y pp. 103-106.

⁵⁵⁶ En efecto, estamos dejando de lado el enjuiciamiento fáctico que puede dar por resultado la declaración de que el hecho no existió (o no resultó probado) o que no hubo participación del acusado (o no fue probada).

Ahora bien, las situaciones que pueden justificar la modificación de la calificación jurídica son variadas (en el sistema español)⁵⁵⁷:

1) La situación más clara es que el juez considere incorrecta la calificación jurídica, sin modificar en ningún aspecto el relato fáctico. Sencillamente califica distinto el mismo hecho de la acusación.

2) En segundo lugar, puede acontecer que, sin modificación fáctica de ninguna especie, el juez considere que la calificación del acusador ha dejado de considerar un efecto jurídico que se deriva de los hechos alegados por las partes, o ha reclamado un efecto jurídico improcedente, con lo cual se modifica la calificación en aquella parte que se estima equivocada por exceso o por defecto, según sea el caso, pero dejando intactos los hechos.

3) En el sistema español también se admite que el juez modifique la calificación jurídica como resultado de la apreciación de hechos que inciden en el efecto jurídico del hecho típico, no introducidos por la acusación o la defensa. Nos referimos a las circunstancias modificatorias o eximentes de responsabilidad penal, por ejemplo.

4) El sistema español admite, por último, que los cambios de calificación jurídica también se puedan basar en cambios no sustanciales del mismo hecho punible de la acusación. Se acepta que el juzgador aprecie progresiones (ascendentes)⁵⁵⁸ o regresiones (descendentes) delictivas basadas en cambios operados directamente sobre los hechos típicos, lo que supone una modificación de los hechos de la acusación,

⁵⁵⁷ La contrapartida de la posibilidad de modificaciones legítimas a la calificación jurídica en sentencia, se halla en la posibilidad de las partes de plantear calificaciones alternativas.

Una cosa que deberá hacer el acusador a la hora de plantear calificaciones sobre el hecho punible al juzgador consiste en preguntarse cuán posible es sostener otras calificaciones sobre el mismo hecho que él afirma. De esta consideración debiera depender en buena medida el planteamiento alternativo de más de una calificación, conforme lo permite el art. 653 de la LECrim, tanto en calificaciones provisionales como en conclusiones definitivas, de manera que así el acusador presente al juzgador todas las posibilidades de calificación que pueden concurrir sobre el hecho. También debiera tenerse en cuenta la posibilidad de modificaciones a la calificación basadas en modificaciones en el relato de hecho como resultado de la prueba en juicio, y que puedan producir regresiones delictivas o la estimación de alguna circunstancia que modifique en algún aspecto la calificación. *Vid.* apartado «Las acusaciones alternativas. Su utilidad procesal y sus límites».

⁵⁵⁸ Ya veremos que la apreciación de progresiones delictivas no siempre darán lugar a la estimación de las mismas, puesto que éstas quedarán sujetas a la asunción de la tesis, según la jurisprudencia del TS.

añadiendo o quitando hechos, siempre que se mantenga parcialmente inalterable la actividad de ejecución típica, es decir, que los cambios no sean sustanciales⁵⁵⁹, dando lugar a calificaciones jurídicas más o menos graves, respectivamente.

Éstas son las cuatro vías que justifican un cambio de calificación jurídica en el proceso español⁵⁶⁰. Las dos primeras son puramente modificaciones de calificación, mientras que las dos últimas son modificaciones a las calificaciones jurídicas que tienen un claro sustrato fáctico, que, siendo irrelevantes para la correlación objetiva, sin embargo, tienen importancia para las garantías de la defensa y de la contradicción, vinculadas a los poderes de aplicación del Derecho por parte del juez.

Las cuestiones que se reducen a meros cambios de calificación (manteniéndose intacto el relato de hechos de la acusación), como cuando el juzgador discrepa de la calificación jurídica de la acusación porque estima equivocado el título delictivo, o cualquier otro aspecto de la calificación jurídica⁵⁶¹, no plantean grandes problemas de comprensión.

Tampoco plantea problema de comprensión el cambio de calificación que se funda en la estimación de oficio de alguna circunstancia fáctica que incide en el efecto jurídico del hecho punible, como son las circunstancias modificatorias o eximentes de responsabilidad penal.

En los casos precedentes sólo se planteará la duda de la legitimidad de que la calificación jurídica del juez sea más grave que la de la acusación, previa tesis (y asunción de la misma, según el TS).

Por el contrario, más compleja es la cuestión de la modificación de la calificación jurídica cuando se basa en la modificación del hecho típico mismo que se imputa en la acusación, lo cual da lugar a la progresión-regresión delictiva que puede ser operada en sentencia (como planteábamos en el punto 4). Por tal motivo esta materia requiere de algunas consideraciones.

⁵⁵⁹ Vid. al respecto RAFARACI, Tommaso, *Le nuove...*, cit., pp. 286-290 y 291-301; CORDERO, Franco, *Procedura penale*, cit., pp. 1184-1185.

⁵⁶⁰ Estas cuatro vías de cambio de aplicación son fruto de la aplicación de la teoría normativa, como se ha interpretado en España.

⁵⁶¹ Cuestión distinta se planteará respecto a si la calificación del juez es más grave que la de la acusación, caso en que cierta jurisprudencia del TS exigirá la asunción de la tesis.

6. (Continuación) Progresión y regresión delictiva, y el solapamiento normativo (concurso aparente de normas penales)

Advertíamos precedentemente que la doctrina⁵⁶² pone de relieve que en la Ley penal se recogen ciertas conductas a las cuales se va modificando su título jurídico conforme se van añadiendo circunstancias fácticas que las especifican y las complejizan: esto es lo que denominábamos progresión delictiva⁵⁶³, así, dabamos el ejemplo de las lesiones-homicidio-asesinato. La conducta objetiva de lesionar gravemente coincide parcialmente con la de matar del homicidio simple, y éstas son coincidentes con la de asesinato. En consecuencia, el hecho, desde el punto de vista normativo, es el mismo. Sin embargo, entre un hecho típico y otro existen consideraciones de orden fáctico-jurídico que justifican el paso progresivo a títulos jurídicos distintos, desde lesiones a homicidio, y de éste a asesinato, por ejemplo.

Procesalmente hablando este fenómeno de progresión delictiva puede dar lugar a calificaciones típicas más graves o menos graves según se suba o se baje en la progresión (o regresión) delictiva.

Desde un punto de vista también procesal, la progresión-regresión delictiva como modificación de la calificación jurídica suele estar vinculada a una modificación fáctica de la acusación, que es lo que en definitiva justifica el cambio de calificación

⁵⁶² Vid. CORDERO, Franco, «Considerazioni...», *cit.*, p. 941, también en *Procedura penale, cit.*, pp. 1184-1185; RAFARACI, Tommaso, *Le nuove...*, *cit.*, pp. 286-290 y 291-301.

Como dijimos, hemos tenido en cuenta las formulaciones teóricas de RANIERI, Silvio, «Reato progressivo...», *cit.*, pp. 309-318; *Manuale...*, *cit.*, pp. 98-100, y *Sui reati di progressione, cit.*, pp. 135-255. En este último estudio reúne la exposición completa y actualizada de su teoría sobre los delitos progresivos y la progresión criminal.

Las ideas de RANIERI nos han inducido a razonar sobre las repercusiones procesales que puede tener la consideración de la construcción legal de las figuras delictivas que se superponen unas a otras, y cómo o de qué manera las superiores van recogiendo las mismas conductas que se hallan previstas en figuras inferiores, pero a las cuales se les añaden elementos típicos nuevos que las diferencia de las inferiores.

⁵⁶³ Parte de la doctrina alemana cuando habla de la relación en que se pueden encontrar los tipos ante una misma acción distinguen la relación de identidad, la de subordinación y la de interferencia. Pues bien, lo que aquí nosotros denominamos progresión delictiva, como aquél fenómeno que se produce en el orden normativo penal cuando se tipifican conductas a las cuales conforme se complejizan y se añaden elementos típicos van subiendo en la ordenación de figuras típicas, está muy próximo a lo que la doctrina alemana denomina subordinación de tipos. Vid. MAURACH, Reinhart; GÖSSEL, Karl y ZIPF, Heinz, *Derecho penal, cit.*, tomo II, pp. 558-564.

jurídica. Las modificaciones fácticas que motivan el cambio de calificación pueden recaer en el aspecto objetivo o subjetivo del hecho típico, o en el nexo causal o en el resultado lesivo.

Sin embargo, también es posible que la progresión-regresión delictiva obedezca a una pura cuestión de discrepancia en la calificación jurídica entre la acusación y la sentencia, cuando el acusador considere un tipo penal y el juzgador otro, que forman parte de una misma progresión delictiva. Lo más corriente será que la acusación considere un tipo penal grave y la sentencia, en cambio, estime, por una cuestión de distinto criterio jurídico, que los hechos de la acusación se subsumen en un tipo penal regresivo o degradado respecto de aquél que afirmaba la acusación. Lógicamente podría acontecer al revés, que la acusación califique por el tipo menos grave y el juzgador entienda que los mismos hechos se subsumen en uno más grave, sin modificar en absoluto los hechos de la acusación.

En consecuencia, es cierto que la progresión-regresión delictiva, desde un punto de vista procesal⁵⁶⁴, puede ser en principio una cuestión jurídica que se ha de resolver a través de criterios que permitan discernir qué calificación dentro de esa progresión es la más adecuada a los hechos. El principio general en Derecho penal dice que la figura más adecuada es aquélla que contempla con más completitud la totalidad de los elementos fáctico-jurídicos del caso, es decir, la figura que contemple con más exactitud todos los rasgos fáctico-típicos⁵⁶⁵.

La Ley penal regula esta cuestión en los criterios que resuelven los aparentes concursos normativos que se producen en el ordenamiento penal. Esto es, la posibilidad abstracta y aparente de que exista para el hecho punible más de una norma penal aplicable, de manera que se pueda considerar que pese a no ser, en abstracto y *prima facie*, errada la calificación del acusador, el juzgador pueda estimar adecuada

⁵⁶⁴ Desde un punto de vista penal, en cambio, la cuestión es distinta, ya que siempre la progresión-regresión supondrá un supuesto típico parcialmente diverso.

⁵⁶⁵ Vid. CORDERO, Franco, *Procedura penale*, cit., pp. 1184-1185. También aunque con matices MAURACH, Reinhart, GÖSSEL, Karl y ZIPF, Heinz, *Derecho penal*, cit., tomo II, pp. 551 y ss. Una argumentación desde la Teoría General del Derecho en LARENZ, Karl, *Metodología de la ciencia del Derecho*, cit., pp. 260 y ss.

otra calificación, que viene a desplazar a las demás normas penales sustantivas, en principio, concurrentemente subsumidoras del hecho.

En realidad, un hecho punible no podrá ser subsumible sino en una sola norma, es decir, siempre habrá una sola norma adecuada al hecho. Esto es así por dos razones. En primer lugar, la vigencia del *non bis in idem* material, consistente en la exclusión de doble castigo por un mismo hecho, argumento incuestionable en cualquier Derecho penal moderno⁵⁶⁶, y que excluiría posibilidades de múltiples subsunciones de un mismo hecho. El otro argumento consiste en la necesaria consistencia o coherencia del Derecho penal como característica del ordenamiento penal (y de todo el ordenamiento jurídico) que excluye la posibilidad de conflictos normativos insuperables en el Derecho penal sustantivo⁵⁶⁷, característica que repele cualquier incertidumbre jurídica sobre cuál es la solución normativa única para cada caso dentro de un ordenamiento.

Con todo, es menester reconocer que el concurso de normas sobre un mismo hecho, al menos aparentemente, existe. Ahora bien, esto obedece o es un efecto de la forma de «producción» legislativa, ya que conforme se promulgan leyes penalizando conductas, en esa construcción legislativa de tipos delictivos, se van regulando actividades penales próximas, semejantes o incluso análogas, que, previstas de un modo general y abstracto en la ley penal, aunque suficientemente individualizadas para hacer posible la subsunción, generan un margen de solapamiento normativo⁵⁶⁸.

Como hemos dicho, pese a la existencia del solapamiento normativo y la aparente concurrencia de normas penales subsumidoras del hecho, siempre hay en la ley penal sólo una norma aplicable al caso concreto, desplazadora de las otras normas (las desplazadas). La ley para resolver estas cuestiones establece ciertos criterios legales para determinar la correcta interpretación y elección de la norma penal adecuada, con

⁵⁶⁶ Salvo, por supuesto, el caso del concurso ideal de delitos, caso en que se penaliza un mismo hecho punible por dos normas jurídicas diferentes, ya que el hecho, a pesar de ser único infringe las dos normas, protectoras de bienes jurídicos diversos.

⁵⁶⁷ Vid. COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás, *Derecho penal*, cit., p. 172; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Comentarios...*, cit., pp. 63-69; GARCÍA ALBERO, Ramón, *Non bis in idem material...*, cit., pp. 31-92.

⁵⁶⁸ Vid. GARCÍA ALBERO, Ramón, *Non bis in idem material...*, cit., pp. 139-141; CORDERO, Franco, *Procedura penale*, cit., pp. 1184-1185; LARENZ, Karl, *Metodología de la ciencia del Derecho*, cit., pp. 260-271.

miras a su aplicación. En el Derecho penal español son tres los criterios consagrados (art. 8 del CP): especialidad, subsidiariedad y consunción. Estos criterios se inspiran en un mismo principio, que consiste en señalar que la norma adecuada al caso es siempre aquélla que contempla con mayor precisión los elementos típicos del caso.

El primer principio es el de especialidad (*lex specialis derogat legem generale*), art. 8.1 del CP. Prevé que ante una relación de género a especie entre dos normas, debe aplicarse aquélla que contenga mayor definición jurídica de los elementos fácticos del hecho punible. Dice la doctrina⁵⁶⁹ que la especialidad consiste en que «la clase de los supuestos de hecho previsto en una de las normas debe ser una subclase de la de los previstos en la otra». Desde este punto de vista habría que aplicar este criterio entre «figuras básicas y sus correspondientes formas atenuadas o agravadas, como vg. entre el homicidio (art. 138) y el asesinato (art. 139) o, entre las agresiones sexuales del art. 178 (sin acceso carnal) y la del art. 179 (con acceso carnal)»⁵⁷⁰.

La subsidiariedad es el segundo criterio del CP (art. 8.2). Consiste en la relación normativa de preferencia explícita o tácita entre dos preceptos, en el sentido de que uno de ellos señala o indica que «ha de aplicarse solamente en defecto de otro u otros»⁵⁷¹.

La subsidiariedad puede ser expresa, como acontece en el art. 556 del CP, el cual castiga las acciones de resistencia a la autoridad o sus agentes o los desobedeciere gravemente, siempre que no estén comprendidas en el art. 550 del CP.

También la subsidiariedad puede ser tácita, es decir, a pesar de no estar proclamada por la ley, puede ser deducida de la propia ley. COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN⁵⁷² dan el ejemplo de la relación del auxilio ejecutivo al suicidio con el asesinato, cuando alguien a petición de la víctima inyecta a ésta una sustancia letal aprovechando su estado de inconsciencia. Aquí habría un concurso del auxilio ejecutivo al suicidio con el asesinato del art. 139.1 por la circunstancia de alevosía al aprovechar la indefensión de la víctima que se halla inconsciente, ya que en el art.

⁵⁶⁹ COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás, *Derecho penal, cit.*, p. 175.

⁵⁷⁰ COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás, *Derecho penal, cit.*, p. 175.

⁵⁷¹ COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás, *Derecho penal, cit.*, p. 176.

⁵⁷² COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás, *Derecho penal, cit.*, p. 176.

143.3 se sanciona como auxilio incluso cuando la cooperación llega hasta el punto de la ejecución misma de la muerte.

En este caso, según los autores citados, debe primar la norma del auxilio ejecutivo al suicidio que parece desplazar al asesinato por alevosía⁵⁷³.

En tercer lugar, la Ley penal utiliza la regla de la consunción (*lex consumens derogat legi consumptae*) del art. 8.3 del CP. La *lex consumens* o ley absorbente es la ley más amplia o compleja. Dice el art. 8.3 del CP «El precepto penal más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquél».

Este criterio o regla supone la existencia de una norma que contempla la totalidad del desvalor que el ordenamiento jurídico atribuye a una determinada conducta la cual prevalece sobre otra norma que la contempla de forma parcial⁵⁷⁴. Así, por ejemplo, se aplica la consunción del delito de homicidio con el de lesiones graves o, también, entre actos preparativos y de ejecución con la consumación. Es decir, la consumación consume el injusto de los actos preparativos y de ejecución.

Son estos criterios interpretativos de la Ley penal los que pueden ser utilizados por el juzgador para apartarse de la calificación del hecho punible realizada por el acusador, cuando estime que dicha calificación sobre la base de una norma determinada, si bien, inicialmente parece subsumir el hecho, hay otra norma penal que en virtud de los criterios señalados se debe aplicar antes que aquélla. Obviamente no se aplicarán estos criterios si el juez considera lisa y llanamente equivocada la calificación jurídica que ha realizado el acusador, ya que en dicho caso no hay concurso normativo que resolver⁵⁷⁵.

Ahora bien, y pese a todo lo dicho precedentemente, reiteramos lo expuesto *supra* en el sentido de que el problema de la progresión-regresión delictiva, desde un punto de vista procesal, no será, por regla general, un problema de pura calificación, o de aplicación de los criterios interpretativos para determinar la norma adecuada en caso que el juzgador discrepe del criterio interpretativo y jurídico de la acusación, dado

⁵⁷³ COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás, *Derecho penal, cit.*, pp. 176-177.

⁵⁷⁴ COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás, *Derecho penal, cit.*, p. 177.

⁵⁷⁵ *Vid.* MAURACH, Reinhart, GÖSSEL, Karl y ZIPF, Heinz, *Derecho penal, cit.*, tomo II, p. 553; LARENZ, Karl, *Metodología de la ciencia del Derecho, cit.*, pp. 260-271.

unos hechos inmutables. Las progresiones-regresiones delictivas surgirán normalmente de mutaciones fácticas operadas sobre los hechos de la acusación, y no de la aplicación de criterios interpretativos y de calificación divergentes. La práctica nos demuestra que detrás de la progresión-regresión delictiva⁵⁷⁶ como tema de calificación jurídica se suele ocultar una modificación fáctica a la acusación. Así, el juez suele estimar que de la prueba se deduce un elemento fáctico no introducido por la acusación que hace subir la subsunción a aquellas figuras delictivas más graves dentro de la progresión, o al contrario, cuando considera que no se ha probado alguna parte del relato de los hechos de la acusación que hace descender la calificación a los tipos más atenuados de la progresión, como por ejemplo si se acusaba por homicidio, pero al no probarse la parte fáctica del proceso (nexo) causal de la muerte, el juez tiene que degradar la calificación de homicidio a lesiones graves⁵⁷⁷⁻⁵⁷⁸.

7. Las posibilidades de modificación de la calificación jurídica por parte del juzgador (con y sin modificación de hechos) y los medios procesales por los cuales se tutela el derecho de defensa

Las posibilidades de modificación de la calificación jurídica en sentencia plantean la necesidad de buscar la forma de conciliar el poder jurisdiccional de determinar la norma penal aplicable al caso concreto con el derecho de defensa de las partes.

⁵⁷⁶ Vid. CORDERO, Franco, «Considerazioni...», *cit.*, p. 941, y también en *Procedura penale, cit.*, pp. 1184-1185; RAFARACI, Tommaso, *Le nuove...*, *cit.*, pp. 286-290 y 291-301. Si se lee atentamente a LARENZ, Karl, *Metodología de la ciencia del Derecho, cit.*, pp. 260-307, se llegará a la convicción de que la concurrencia de normas desde el punto de vista penal hace referencia a supuestos fácticos que desde un punto de vista procesal se concretan en hechos siempre parcialmente diversos.

⁵⁷⁷ Ya hemos dicho que la progresión delictiva obedece antes que todo a una cuestión de hechos modificados, y de que ello en el sistema español está permitido, lo cual hace imposible comparar el modelo español con el italiano. Éste parte del supuesto de que las progresiones-regresiones delictivas no son aceptables, ya que se apoyan en hechos diversos en concepto de la Ley italiana, y, por tanto, se entiende que rompe la debida correlación de la sentencia con la acusación. Vid. RAFARACI, Tommaso, *Le nuove...*, *cit.*, pp. 286-290 y 291-301.

⁵⁷⁸ Precedentemente habíamos dado el ejemplo de la acusación por asesinato, pero que el juez, al no considerar probado la parte del hecho referida a la premeditación, acaba calificando como homicidio simple.

El desarrollo jurisprudencial, como veremos, ha buscado tutelar el derecho de defensa, sobre todo del acusado, mediante la exigencia del requisito de la homogeneidad delictiva descendente de la nueva calificación y del uso de la tesis.

En primer lugar trataremos la homogeneidad delictiva descendente y, en segundo lugar, la tesis, ya que ésta se debe plantear justo cuando en la modificación de la calificación jurídica operada en la sentencia no concurre el requisito de homogeneidad descendente. Es decir, en aquellos casos en que la modificación de la calificación jurídica se ha desplazado a una figura que no guarda relación de homogeneidad descendente con la calificación de la acusación (caso de heterogeneidad delictiva y homogeneidad ascendente).

7.1. La homogeneidad delictiva (ascendente y descendente)

7.1.1. La doble utilidad del bien jurídico, una distinción necesaria. La parcial identidad de los elementos típicos como elemento decisivo de la homogeneidad

Antes de entrar en la homogeneidad delictiva en relación con el derecho de defensa, iniciaremos el análisis centrándonos en los criterios que la definen, para lo cual es menester hacer un inciso sobre la doble utilidad del bien jurídico en nuestra materia de estudio, ya que la doctrina omite aclarar este punto expresamente, y estimamos que su aclaración puede servir a un planteamiento más certero del asunto.

A nuestro juicio, el «bien jurídico» es un criterio que en la cuestión de la correlación penal que venimos analizando presta dos utilidades distintas y nítidamente diferenciables.

Por una parte, antes, en el apartado dedicado a la identidad del hecho, a propósito de la teoría normativa, hemos constatado cómo en cierta hipótesis es indiscutiblemente aceptado que el bien jurídico es el criterio que nos permite sostener la identidad del objeto del proceso cuando los hechos de la acusación y los de la condena son distintos. De ahí, por ejemplo, que el juzgador pueda condenar por complicidad cuando la acusación imputaba autoría, siendo la acción de complicidad distinta a la acción de autoría, porque se entiende que se ha mantenido inalterable el objeto normativo del juicio en razón de que ambas acciones infringen el mismo bien jurídico. En este caso,

el bien jurídico es el criterio que se usa para discernir la identidad del objeto normativo y, por lo tanto, su utilidad en este aspecto se relaciona con la vigencia del principio acusatorio.

Completamente diferente, como tendremos ocasión de comprobar, es la función del bien jurídico cuando hablamos de homogeneidad delictiva en la hipótesis que opera como medio para compatibilizar el derecho de defensa con el poder de calificación jurídica del juzgador.

En efecto, en este caso el bien jurídico es utilizado para determinar la homogeneidad delictiva, y, por lo tanto, se relaciona con la determinación de en qué supuesto es admisible la modificación de la calificación y bajo qué requisitos. El bien jurídico en este caso sería un criterio utilizable para determinar la homogeneidad típica de diversas figuras delictivas, y no para determinar la unidad normativa del objeto del proceso. La unidad del objeto del proceso es un presupuesto que se da por descontado.

La homogeneidad delictiva basada en el criterio del bien jurídico obedecería a la idea de que los ilícitos se ordenan en familias delictivas dispuestas en lo que podríamos llamar «columnas de delitos»⁵⁷⁹ aglutinadoras de delitos semejantes o próximos, que por regla generalísima protegerán un mismo bien jurídico, de tal modo que el bien jurídico será un «indicio» de que las figuras típicas comparten una misma estructura fáctico-típica como soporte básico. El bien jurídico entonces actúa como indicador de homogeneidad delictiva y «aseguraría» que las figuras delictivas de la acusación y de la sentencia se sustentan en una estructura fáctico-típica básica común.

Sin embargo, lo cierto es que la sola referencia al bien jurídico parece no ser suficiente para resolver la cuestión, ya que aunque es un buen indicador de homogeneidad delictiva en tanto los delitos con más semejanza, desde el punto de vista del hecho típico penalmente valorado, suelen ser los que pertenecen a una misma clase o familia delictiva, ordenados preferentemente por criterios de protección jurídica de

⁵⁷⁹ Esta expresión «columnas de delitos» la tomamos de RUIZ VADILLO, Enrique, *El principio acusatorio y su proyección en la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo*, Actualidad Editorial, Madrid, 1994, p. 51.

bienes⁵⁸⁰, también es cierto que en muchos casos detrás de la identidad del bien jurídico de dos delitos se articulan tipos penales que no guardan ninguna o pocas coincidencias típicas. Así, por ejemplo, el hurto con la estafa o el hurto con la receptación.

De otra parte, puede acontecer que entre dos tipos penales que no comparten identidad formal de bien jurídico protegido, su estructura típica, sin embargo, sea muy próxima y construida sobre la base de una misma conducta, con lo cual en esos casos se puede predicar la uniformidad de la estructura típica pese a la no concurrencia de homogeneidad de bien jurídico⁵⁸¹.

⁵⁸⁰ Vid. COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás, *Derecho penal, cit.*, pp. 321-324 y 330-334, en cuanto a la función sistemática que se le asigna al bien jurídico en la clasificación de las diferentes especies de tipos, como asimismo, la función interpretadora de los elementos del tipo.

⁵⁸¹ En la jurisprudencia encontramos casos que ilustran la importancia relativa del bien jurídico, sólo como indicador de lo que realmente importa, la estructura típica, de modo que puede haber homogeneidad delictiva si hay homogeneidad de la estructura típica, aunque no haya identidad de bien jurídico. Un primer caso es el de la STS de 19 de diciembre de 1997, Sala de lo Penal, ponente Martín Pallín (BDA, m. RJ 1997\8749), que trata de una acusación del MF por robo intentado con uso de armas, si bien después de celebrado el juicio oral, en calificaciones definitivas, sin modificar los hechos, consideró en forma alternativa que podían ser también constitutivos del delito de realización arbitraria del propio derecho. El Tribunal de instancia rechaza la posibilidad de condenar por este último delito, por impedirlo el principio acusatorio, absolviéndolo en definitiva de ambos delitos. Entonces recurrió el MF aduciendo como único motivo el artículo 849.1 de la LECrim. Reclamó la errónea aplicación del principio acusatorio, en razón de que este principio no impide el castigo por delito distinto al de la acusación, con tal que sean homogéneos. El TS constata que lo importante a efectos del principio acusatorio es la invariabilidad de los hechos durante todo el juicio oral, lo que en el caso se ha cumplido cabalmente. Con respecto a la homogeneidad estima que la clave la otorga la causación de indefensión y por ello, en su opinión, para juzgarla hay que estar a un concepto de homogeneidad estructural y no sistémica de ubicación del tipo en el CP (bien jurídico), por eso entiende que entre ambos delitos, a pesar de no estar ubicados en los mismos títulos del CP —robo con armas (delito contra el patrimonio) y la realización arbitraria del propio derecho (delito contra la administración de justicia)— hay homogeneidad estructural. Este tipo de homogeneidad mira a la valoración jurídica que hace el CP de los elementos fácticos, más que a su formal encasillamiento. En definitiva, concluye que no se le habría ocasionado ninguna indefensión al acusado si se le hubiera condenado por el otro delito: realización arbitraria del propio derecho, el que había sido sostenido alternativamente por el MF.

Otro caso se presenta en STS de 2 de julio de 1999, Sala de lo Penal, ponente Conde-Pumpido Tourón (BDA, m. RJ 1999\5807). Señala que hay homogeneidad entre homicidio tentado y lesiones. Homogeneidad estructural, que no homogeneidad sistemática. Utiliza el argumento de que el criterio para discernir si hay o no homogeneidad es la producción o no de indefensión, descartando el uso de criterios de sistemática penal, ya que lo relevante a fines procesales es que «el hecho que configure los tipos sea sustancialmente el mismo y que el acusado haya tenido ocasión de defenderse de todos los elementos fácticos y normativos, que integran el tipo delictivo objeto de condena».

Para tener una idea precisa de lo que es la homogeneidad delictiva con miras a proteger realmente el derecho de defensa y contradicción, habrá que atender no sólo al bien jurídico de los delitos, sino también y preferentemente a la estructura típica de ese delito. Es decir, atender preferentemente a los elementos fáctico-jurídicos que tiene en cuenta la norma para configurar el tipo⁵⁸². Por eso se podrá advertir que la jurisprudencia en ocasiones acude a una argumentación conjunta de la homogeneidad delictiva sobre la base de la identidad del bien jurídico y de los elementos típicos configuradores del delito, aunque el bien jurídico no sea más que un indicador relativo de lo realmente importante, cual es, la identidad parcial de los elementos típicos que dan lugar a la homogeneidad descendente de la calificación jurídica realizada en la sentencia.

Al respecto dice RUIZ VADILLO⁵⁸³ que «Cuando se trata de tipos penales homogéneos la columna en la que se asientan es la misma y sólo se diferencian unos de otros en lo que podemos llamar elementos complementarios o en los tramos de un mismo soporte (...) Una falta de hurto contempla la sustracción de un bien mueble sin violencia ni intimidación ni fuerzas en las cosas. Un poco más arriba en esa misma columna hay que situar el delito de hurto que es esa misma falta cuando el valor económico de lo sustraído supera las treinta mil pesetas. Si todavía subimos más encontramos el delito de hurto al que se adhieren determinadas circunstancias de agravación: si se trata de cosas destinadas a un servicio público, si se produjera una grave perturbación del servicio o de cosas de primera necesidad, si se produce una situación de desabastecimiento, cuando recaiga sobre cosas de valor histórico, cultural, artístico, cuando revista especial gravedad atendiendo al valor de los efectos sustraídos o se produzcan perjuicios de especial consideración y, por último, cuando coloque a la víctima o a su familia en grave situación económica o se haya realizado con abuso de superioridad en relación con circunstancias personales de la víctima. Elevándonos todavía más nos encontramos con el robo con fuerzas en las cosas y, eventualmente con el robo con violencia o intimidación en las personas».

⁵⁸² Vid. ANTOLISEI, Francesco, *Manual de Derecho penal*, Temis, Bogotá, 1988 (traducción de Guerrero, Jorge y Ayerra Redín, Marino), p. 126 y pp. 137-138. Este también es el criterio de la jurisprudencia española.

⁵⁸³ RUIZ VADILLO, Enrique, *El principio acusatorio...*, cit., p. 51. En términos muy parecidos se expresa CORDERO, Franco, *Procedura penale*, cit., p. 1184.

«Pues bien, si la acusación estima que el hecho punible constituye un delito de robo con fuerza en las cosas y describe hechos que considera probados, el tribunal de instancia puede, dentro de esa misma columna de tipos penales, dirigirse a zonas más benignas».

Esta forma de concebir la homogeneidad coincide plenamente con el concepto italiano de *degradazione*⁵⁸⁴ o *regressione*⁵⁸⁵ del tipo en uno más simple o más restringido, como consecuencia de la *riduzione del fatto*⁵⁸⁶, es decir, cuando la calificación deviene modificada porque el juez en su enjuiciamiento fáctico ha quitado (por no probados) elementos fáctico-jurídicos que conformaban un tipo más elevado en la progresión delictiva⁵⁸⁷. En este caso la prohibición de modificación de la imputación (acusación) no opera⁵⁸⁸, pudiendo el juzgador calificar de forma distinta a la acusación siempre que lo haga por un tipo penal más simple o restringido, es decir, «degradado» o «reducido» respecto del de la acusación, ya que al ser el tipo por el que se condena un tipo «degradado» respecto del de la acusación, asegura que los elementos fácticos y jurídicos del tipo tenidos en cuenta en la calificación jurídica de la sentencia estaban contemplados en el delito más complejo y amplio de la acusación, respecto del cual el acusado se defendió, de modo que dicha defensa en todo caso alcance, como mínimo, a todos los elementos necesarios para la subsunción regresiva de la sentencia.

Menos compleja se presenta la regresión delictiva (homogeneidad delictiva descendente) a una figura más atenuada, cuando obedece a una pura cuestión de interpretación y calificación jurídica en que el juzgador considera, sin modificar en

⁵⁸⁴ Vid. SANTORO, Arturo, *Imputazione. Novissimo Digesto italiano*, Unione Tipografica-Editrice Torinese, Torino, 1962, pp. 462-464.

⁵⁸⁵ CORDERO, Franco, «Considerazioni...», p. 941, y también *Procedura penale, cit.*, pp. 1184-1185; RAFARACI, Tommaso, *Le nuove...*, *cit.*, pp. 286-290.

⁵⁸⁶ RAFARACI, Tommaso, *Le nuove...*, *cit.*, pp. 287. En la doctrina precedente al Código de 1988 sostiene algo parecido LA ROCCA, Manlio, *Studi...*, *cit.*, p. 61, aunque llega a una conclusión totalmente contraria a la que sostiene la actual doctrina italiana.

⁵⁸⁷ Lo que la doctrina penal alemana, según hemos dicho, denomina como la relación de subordinación entre tipos penales distintos. Vid. MAURACH, Reinhart, GÖSSEL, Karl y ZIPF, Heinz, *Derecho penal, cit.*, tomo II, pp. 558-564.

⁵⁸⁸ Nótese que en este punto la doctrina italiana moderna sostiene lo contrario, de modo que ni siquiera en este caso le está permitido al juez apartarse de oficio del hecho imputado por la acusación, y hacer una calificación degradada. Vid. RAFARACI, Tommaso, *Le nuove...*, *cit.*, pp. 286-290.

absoluto los hechos de la acusación en su enjuiciamiento fáctico, que algún aspecto de la calificación jurídica de la acusación es improcedente, en cuyo caso se desciende en la progresión delictiva sin siquiera modificar el sustrato fáctico, supuesto en el que no existe riesgo de indefensión para el acusado (aunque sí podría haberlo para el acusador).

7.1.2. La homogeneidad delictiva descendente como presupuesto del poder de calificación jurídica del órgano jurisdiccional y forma de tutela del derecho de defensa del acusado respecto a la modificación de la calificación (con o sin modificación de hechos)

El reconocimiento de las facultades de calificación jurídica del órgano jurisdiccional y la protección prevista en los arts. 851.4 y 733, tanto al principio acusatorio como al derecho de defensa y contradicción, lleva a la conclusión de que el juez o tribunal puede calificar los hechos objeto de acusación bajo una figura delictiva distinta de la que se contenía en la acusación, incluso sin necesidad de uso de la «tesis», si la figura es igual o menos grave que la de la acusación.

El presupuesto de la potestad de calificación jurídica, según se ha puesto de relieve a lo largo de esta investigación, es la inmutabilidad sustancial del hecho⁵⁸⁹. Sin embargo, ya hemos explicado que esa inmutabilidad está referida al hecho procesalmente relevante para determinar la identidad del objeto del proceso desde el punto de vista normativo del hecho, de modo que ello no implica, tal cual se ha expuesto, que el juzgador no pueda realizar variadas modificaciones fácticas sin romper esa identidad. Por el contrario, son muchas las modificaciones fácticas permitidas dentro de la teoría normativa, y que son las que en definitiva suelen justificar los cambios de calificación jurídica.

Ahora bien, la modificación de la calificación jurídica, con o sin modificación de hechos, importa en sí misma un riesgo de indefensión para las partes respecto de esa modificación, producida por la calificación basada en una modificación fáctica, o por la pura modificación de la calificación. Por tal razón, la jurisprudencia ha desarrollado

⁵⁸⁹ Este punto se trata en los apartados I y II, Sección Segunda, Capítulo II, sobre la identificación del objeto del proceso.

como criterio copulativo al de la inmutabilidad del hecho punible, el de homogeneidad delictiva descendente⁵⁹⁰. Entonces, para que el órgano jurisdiccional pueda ejercitar sus poderes en la sentencia y calificar de un modo distinto a la acusación, se exige la inmutabilidad de los hechos (identidad de los hechos) y, además, que la nueva calificación sea homogénea y descendente respecto de la hecha en acusación. En otras palabras, que se trate de un delito igual o típicamente más simple⁵⁹¹.

Dada la identidad fáctico-normativa, la homogeneidad descendente como exigencia o presupuesto consiste en que la sentencia estime un delito cuya estructura típica sea la misma o más restringida que la de la acusación. La finalidad de este requisito de la homogeneidad estriba en que ello aseguraría que los elementos típicos valorados en la sentencia hayan estado previamente contenidos en la acusación, de modo que todos los elementos fácticos y jurídicos presentes en la sentencia lo estuvieran previamente en la acusación (que era igual o típicamente más amplia), por lo que lo debatido y probado

⁵⁹⁰ Este desarrollo se remonta a la jurisprudencia preconstitucional. Así, la STS de 30 de noviembre de 1971, ponente Díaz Palos (RJA, m. 1971\5273), y la STS de 14 de octubre de 1975, ponente Escudero del Corral (RJA, m. 1975\3641).

Tras la entrada en vigor de las garantías procesales del art. 24 CE y la consecuente vigorización del principio acusatorio y del derecho de defensa en el proceso español, la jurisprudencia desarrolla ampliamente la cuestión de la modificación de la calificación jurídica en la sentencia y el presupuesto de homogeneidad delictiva como exigencia copulativa a la inmutabilidad de los hechos. Sólo como ejemplo de la jurisprudencia más relevante sobre la materia *vid.* las siguientes SSTC: Sentencia de 10 de abril de 1981, Sala Primera, ponente Latorre Segura (BDA, m. RTC 1981\12); Sentencia de 17 de julio de 1986, Sala Primera, ponente Tomás y Valiente (BDA, m. RTC 1986\104); Sentencia de 22 de septiembre de 1995, Sala Primera (BDA, m. RTC 1995\244 Auto); Sentencia de 15 de diciembre de 1997, Sala Segunda, ponente Viver Pi-Sunyer (BDA, m. RTC 1997\225); Sentencia de 14 de enero de 2002, Sala Segunda, ponente Jiménez Sánchez (BDA, m. RTC 2002\4); Sentencia de 28 de enero de 2002, Sala Segunda (BDA, m. RTC 2002\6 Auto); Sentencia de 13 de febrero de 2003, Sala Primera, ponente Casas Baamonde (BDA, m. RTC 2003\33); Sentencia de 23 de abril de 2003, Sala Primera, ponente García-Calvo Montiel (BDA, m. RTC 2003\75); Sentencia de 22 de marzo de 2004, Sala Segunda (BDA, m. RTC 2004\86 Auto); Sentencia de 8 de marzo de 2004, Sala Primera, ponente Casas Baamonde (BDA, m. RTC 2004\35).

También el Tribunal Supremo ha tratado latamente la homogeneidad delictiva coincidiendo en lo fundamental con la doctrina del Tribunal Constitucional. Entre las últimas sentencias destacan las siguientes: Sentencia de 15 de febrero de 2003, Sala de lo Penal, ponente Martín Pallín (BDA, m. RJ 2003\1164); Sentencia de 9 de diciembre de 2003, Sala de lo Penal, ponente Martín Canivell (BDA, m. RJ 2003\2329); Sentencia de 17 de marzo de 2004, Sala de lo Penal, ponente Ramos Gancedo (BDA, m. RJ 2004\2809); Sentencia de 5 de abril de 2004, Sala de lo Penal, ponente Delgado García (BDA, m. RJ 2004\2975).

⁵⁹¹ *Vid.* al respecto a ORTELLS RAMOS, Manuel, «Principio acusatorio...», *cit.*, p. 778.

respecto de una de las figuras delictivas (la de la acusación) vale como defensa idónea también para la otra (para la de la condena), dejando en definitiva en manos del juez la posibilidad de verificar una modificación de la calificación como resultado de una modificación de los hechos típicos en la medida que sean más restringidos, impidiéndose así la indefensión⁵⁹². Esto es lo que hace innecesario el planteamiento de la tesis en la hipótesis de homogeneidad descendente.

En suma, la aplicación de los poderes de calificación jurídica del juez requiere de los siguientes presupuestos:

1) Primero, que el hecho punible permanezca inalterable. La modificación de la calificación jurídica supone la inmutabilidad del objeto del proceso. Sin embargo, eso no quiere decir que se impida cualquier cambio fáctico no sustancial, sino todo lo contrario, ya que justamente los cambios o modificaciones (sustracciones) fácticas de hechos no sustanciales —pero que sean elementos típicos— serán los que por regla general permitan hacer nuevas calificaciones típicas degradadas⁵⁹³.

2) Segundo, requiere que la modificación de calificación jurídica estimada en sentencia sea de estructura típica igual o más restringida que la de la acusación (homogeneidad descendente). Si la homogeneidad es ascendente, porque se presenta con un delito de estructura típica mayor que el de la acusación, será necesario el uso de la tesis para el sometimiento a debate del tipo homogéneo ascendente.

⁵⁹² Cabe destacar que para parte de la doctrina el desarrollo jurisprudencial en esta dirección encuentra soporte normativo en la LO 7/1988, que incorporó la disposición del artículo 794.3 de la LECrim (actual art. 789.3), la que establece que no se puede «condenar por delito distinto cuando éste conlleve una diversidad de bien jurídico o mutación sustancial del hecho enjuiciado». En la parte de la norma que prohíbe condenar por delito cuando conlleve una diversidad de bien jurídico, se ha visto el reconocimiento legal a la doctrina de la homogeneidad delictiva, lo cual a nuestro juicio no es exacto porque aquí lo que hay es una definición precisa del objeto normativo en aquellos casos que el hecho punible no sirve para determinar el objeto del proceso. Pero en caso alguno ha de entenderse que esto es igual a la homogeneidad delictiva que se exige en ciertos supuestos para condenar sin necesidad de tesis. *Vid.* como ejemplo de la doctrina criticada a ASENSIO MELLADO, José María, *Principio acusatorio...*, cit., p. 79; MORENO CATENA, Víctor *El Proceso Penal*, cit., tomo III, pp. 2404 y ss.

⁵⁹³ *Vid.* LA ROCCA, Manlio, *Studi...*, cit., p. 61; VERGER GRAU, Joan, *La defensa del imputado...*, cit., pp. 147-152; RAFARACI, Tommaso, *Le nuove...*, cit., pp. 286-290; CORDERO, Franco, *Procedura penale*, cit., pp. 1184-1185; CUCARELLA GALIANA, Luis, *La correlación...*, cit., pp. 150-153.

Para demostrar lo que hemos dicho, analizaremos la jurisprudencia que ha señalado cuáles serían los casos en que habría homogeneidad, estableciendo su naturaleza y su finalidad.

7.1.3. Modificaciones de calificación jurídica en hipótesis de homogeneidad descendente. Análisis de la jurisprudencia

La entrada en vigor de las garantías procesales de la CE produjo un desarrollo importante acerca de la justificación del ejercicio de la potestad de calificación del órgano jurisdiccional y de las situaciones que implicaban infracciones al derecho de defensa y al principio de contradicción.

Son muchísimas las sentencias del TC y del TS que tratan sobre el distinto título de condena y la homogeneidad con posterioridad a la promulgación de la CE⁵⁹⁴, por ello trataremos sólo algunas de las que consideramos más importantes en la materia, y que han desarrollado la exigencia de homogeneidad delictiva sobre la base de la identidad del bien jurídico y, sobre todo, de la identidad de los elementos fáctico-típicos, estableciendo casuísticamente cuando hay o no hay homogeneidad.

La primera sentencia del período constitucional es la STC de 10 de abril de 1981 (BDA, m. RTC 1981\12). Ésta inicia el desarrollo doctrinal de la homogeneidad

⁵⁹⁴ En la jurisprudencia preconstitucional ya había antecedentes del concepto de homogeneidad para discernir el quiebre (equivocadamente planteado) del «principio acusatorio y de la correlación en los casos de condenas por delitos distintos de los de la acusación sin el uso de la tesis». Así, por ejemplo, en la STS de 30 de noviembre de 1971, ponente Díaz Palos (RJA, m. 1971\5273), se plantea un recurso de casación conforme al art. 851.4, reclamando que se había impuesto condena por un delito de mayor gravedad sin haberse hecho uso del art. 733. Se acusa por el delito de manifestación no pacífica y se condena por el de propaganda ilegal. El TS desestima que se haya impuesto condena de mayor gravedad. Dice que si se pena por un delito que no es más grave no es necesario el uso de la tesis, si se trata de delitos con un mismo bien jurídico protegido, sujetos intervinientes y modalidades típicas de ejecución, como son el delito de manifestación no pacífica y el de propaganda ilegal (este es un caso característico de fundamentación conjunta del bien jurídico y de la modalidad típica de los delitos).

Otro caso es el de la STS de 14 de octubre de 1975, ponente Escudero del Corral (RJA, m. 1975\3641), que trata de un acusado de violación que es condenado por estupro, sin planteamiento de la tesis. El TS establece que no es necesario usar la tesis del art. 733 cuando los delitos son distintos pero homogéneos, invocando el bien jurídico y la menor gravedad (como es el caso que se le somete) como argumentos en que se apoyaría la homogeneidad descendente. A su juicio hay un uso correcto del *iura novit curia* que no produce quebranto de la defensa por el cambio de punto de vista jurídico, y que no requiere de nuevo debate.

delictiva tras la entrada en vigor de la CE, estableciendo que la homogeneidad ha de ser descendente (presupuesto) para sancionar por delito distinto, pero igual o menos grave que el de la acusación (sin planteamiento de tesis). Deja claramente establecido que así se impide la vulneración del derecho de defensa o provocación de indefensión, con lo cual se logra compatibilizar, sin planteamiento de tesis, el *iura novit curia* al admitir los posibles cambios de calificación y el derecho de defensa del acusado⁵⁹⁵.

En esta sentencia se halla presente el sentido de garantía para la defensa que tiene la homogeneidad, en cuanto permitiría que la defensa desplegada sobre el delito de la acusación tenga la misma relevancia y efectos respecto del delito por el que se condena, ya que al ser homogéneos habrían de contener los mismos elementos con la misma trascendencia jurídica, con lo cual todas las pruebas de descargo, defensas, alegaciones y consideraciones jurídicas de la defensa sobre el delito de la acusación valen del mismo modo para el delito de la condena. Respecto de este punto, la sentencia en comento dijo: «Basta con señalar que si el condenado tuvo ocasión de defenderse de todos y cada uno de los elementos que componen el tipo de delito señalado en la sentencia de casación no existe indefensión, ya que ningún elemento nuevo sirve de base a la calificación que considera correcta el Tribunal Supremo, ni esta calificación modifica la pena impuesta por el Tribunal de Instancia»⁵⁹⁶⁻⁵⁹⁷.

⁵⁹⁵ STC de 10 de abril de 1981, Sala Primera, ponente Latorre Segura (BDA, m. RTC 1981\12): «3 (...) Pero en virtud del principio «iura novit curia», de esta práctica usual cabe apartarse dentro de ciertos límites. El Tribunal Supremo así lo ha entendido al considerar, en relación con el juicio de instancia, que se puede condenar por un delito distinto del apreciado en los escritos de calificación, siempre que la condena sea por un delito de igual o menor gravedad que los señalados en dichos escritos, cuando, sin variar los hechos objeto de la acusación, tengan los delitos considerados la misma naturaleza o sean homogéneos, aunque constituyan distintas, pero cercanas modalidades dentro de la tipicidad penal. Tratándose de delito de mayor gravedad, el Tribunal no puede condenar por él sin pedir a las partes que le ilustren sobre esa posibilidad, haciendo uso de la facultad que le confiere el artículo 733 LECrim. [STS 15 de diciembre de 1951 -(RJ 1951\2485)-, con doctrina confirmada por otras más recientes, como las de 8 de febrero, 16 de abril, 16 de noviembre y 26 de diciembre de 1979 (RJ 1979\414, RJ 1979\1641, RJ 1979\4248 y RJ 1979\4647)]».

⁵⁹⁶ STC de 10 de abril de 1981, Sala Primera, ponente Latorre Segura (BDA, m. RTC 1981\12): «3 (...) En lo que aquí interesa, o sea, en relación con los derechos de la defensa procede destacar que esta doctrina es aplicable en la medida en que se den dos condiciones: una es la identidad del hecho punible, de forma que el mismo hecho señalado por la acusación, que se debatió en el juicio contradictorio y que se declaró probado en la sentencia de Instancia, constituya el supuesto fáctico de la nueva calificación. La segunda condición es que ambos delitos, el sentado en la sentencia recurrida y el considerado como el más correcto por el Tribunal Supremo, sean «homogéneos», es decir, tengan la misma naturaleza, porque el hecho que configura los tipos correspondientes sea sustancialmente el

Esta sentencia del TC consideró, en el caso concreto, que los delitos de violación y rapto eran homogéneos, por lo cual desestimó el recurso de amparo que invocaba la infracción del art. 24.1 de la CE por supuesta provocación de indefensión por el cambio de calificación en sentencia.

Un segundo caso en la jurisprudencia constitucional es el del ATC de 22 de septiembre de 1995 (BDA, m. RTC 1995\244)⁵⁹⁸. Estima que hay homogeneidad entre rapto y detención ilegal, razón por la que señala que el juzgador puede calificar de detención ilegal los hechos que habían sido objeto de acusación por rapto.

En cuanto al significado de la homogeneidad, el ATC señala que dos delitos son homogéneos en la medida que «constituyan modalidades distintas pero cercanas dentro de la tipicidad penal, de tal suerte que, estando contenidos todos los elementos del segundo tipo en el tipo delictivo objeto de la acusación, no haya en la condena ningún elemento nuevo del que el acusado no haya podido defenderse»⁵⁹⁹⁻⁶⁰⁰. Como se ve, en

mismo, sin que sea necesario entrar aquí en las discusiones doctrinales suscitadas por el principio de correlación entre la acusación y la sentencia. Basta con señalar que si el condenado tuvo ocasión de defenderse de todos y cada uno de los elementos que componen el tipo de delito señalado en la sentencia de casación no existe indefensión, ya que ningún elemento nuevo sirve de base a la calificación que considera correcta el Tribunal Supremo, ni esta calificación modifica la pena impuesta por el Tribunal de Instancia».

⁵⁹⁷ *Vid.* ATC de 22 de septiembre de 1995, Sala Primera (BDA, m. RTC 1995\244), y la STC de 15 de diciembre de 1997, Sala Segunda, ponente Viver Pi-Sunyer (BDA, m. RTC 1997\225), que señalan explícitamente este punto.

⁵⁹⁸ ATC de 22 de septiembre de 1995, Sala Primera (BDA, m. RTC 1995\244).

⁵⁹⁹ ATC de 22 de diciembre de 1995, Sala Primera (BDA, m. RTC 1995\244): «3. Por lo que se refiere a la infracción del principio acusatorio que se reprocha a la Sentencia dictada en sede de casación, ha de recordarse que, según ya ha declarado este Tribunal en similares ocasiones, la posibilidad de que quien ha sido acusado en un proceso penal por un determinado delito o falta sea luego condenado por otro, tanto si se produce el cambio de calificación jurídica en apelación como si se produce, como aquí sucede, en casación, no vulnera los derechos a conocer la acusación y a la defensa siempre y cuando: 1) se dé una identidad del hecho punible entre el señalado por la acusación y el que es objeto de la nueva calificación jurídica; 2) ambos delitos o faltas sean «generalmente homogéneos» o de una misma naturaleza, esto es, constituyan modalidades distintas pero cercanas dentro de la tipicidad penal, de tal suerte que, estando contenidos todos los elementos del segundo tipo en el tipo delictivo objeto de la acusación, no haya en la condena ningún elemento nuevo del que el acusado no haya podido defenderse; y 3) la condena sea por delito de igual o menor gravedad que los señalados en los escritos de calificación (...)»

«Trasladada la anterior doctrina al caso de autos, resulta indudable, a la vista de que la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo arranca de los hechos declarados probados en la Sentencia de instancia, que el primero de los requisitos apuntados se ha visto cumplido. También puede estimarse

esta definición de homogeneidad se expresa su fin, consistente en tutelar el derecho de defensa frente a la facultad judicial de calificación que habilita al juzgador para apartarse de la calificación hecha en la acusación, sin necesidad de uso de la tesis cuando se trate de un delito de igual o menor gravedad⁶⁰¹.

Últimamente la jurisprudencia constitucional, en ATC de 28 de enero de 2002 (BDA, m. RTC 2002\6 Auto)⁶⁰², ha vuelto a insistir sobre esta forma de entender la homogeneidad, estimando homogénea la falta del art. 631 CP del dueño o encargado de animales feroces o dañinos con la falta del art. 621 CP de imprudencia grave.

También la jurisprudencia del TS se ha referido a la homogeneidad delictiva. Un ejemplo es el de la STS de 29 de marzo de 1999 (BDA, m. RJ 1999\3128). Estima que hay homogeneidad descendente entre violación, agresión sexual y estupro. Esta sentencia viene a repetir los fundamentos anteriores en el sentido de señalar a la homogeneidad como el presupuesto destinado a tutelar el derecho de defensa, en cuanto garantiza que el cambio de calificación no produce indefensión en la medida que la homogeneidad asegura que lo debatido en el juicio recae sobre todos los «puntos claves de la sentencia», a pesar de que ésta cambie de calificación sin planteamiento de tesis⁶⁰³, como aconteció en el caso específico.

concurrente el segundo, habida cuenta de que un sector importante de la doctrina penal entiende que los delitos de detención ilegal y de raptó, si bien están ubicados en distintos lugares del Código penal, afectan a un mismo bien jurídico, distinguiéndose únicamente por la exigencia de un especial elemento subjetivo del injusto en este último, consistente en la finalidad de atentar contra la libertad sexual de la raptada».

⁶⁰⁰ Últimamente esta doctrina sentada en el Auto del TC citado, ha sido recogida literalmente en la STC de 8 de marzo de 2004, Sala Primera, ponente Casas Baamonde (BDA, m. RTC 2004\35).

⁶⁰¹ Este mismo criterio ya se expresaba en la STC de 10 de abril de 1981, Sala Primera, ponente Latorre Segura (BDA, m. RTC 1981\12), y se vuelve a repetir como argumento *obiter dicta* en la STC de 15 de diciembre de 1997, Sala Segunda, ponente Viver Pi-Sunyer (BDA, m. RTC 1997\225), y en STS de 2 de julio de 1999, Sala de lo Penal, ponente Conde-Pumpido Tourón (BDA, m. RJ 1999\5807).

⁶⁰² ATC de 28 de enero de 2002, Sala Segunda (BDA, m. RTC 2002\6 Auto).

⁶⁰³ STS de 29 de marzo de 1999, Sala de lo Penal, ponente Puerta Luis (BDA, m. RJ 1999\3128): «SEGUNDO.- (...) La correlación entre la acusación y la sentencia afecta esencialmente a dos elementos: los hechos objeto de acusación y la calificación jurídica de los mismos. La determinación de los hechos constituye la clave de la bóveda de todo el sistema acusatorio (v. Sentencia de 15 de julio de 1991...), hasta el punto de que el órgano jurisdiccional no puede introducir en la sentencia ningún hecho nuevo en perjuicio del reo que antes no figurase en la acusación. Podrá, sin duda, ampliar detalles o circunstancias, conforme al resultado de la prueba, pero en modo alguno podrá

Otro ejemplo muy claro de homogeneidad descendente es el que se da en la STS de 9 de junio de 1999 (BDA, m. RJ 1999\5422). Considera que hay homogeneidad entre delito de abandono de menores del art. 229.1 del CP y el abandono temporal de menores, art. 230 CP (homogeneidad descendente). Y establece que habiendo homogeneidad entre ambos delitos y siendo el delito de la condena de igual o menor gravedad que el de la acusación, la calificación delictiva distinta en sentencia sin el uso de la tesis no ocasiona ninguna indefensión, como aconteció en el caso de la sentencia, ya que al haber homogeneidad descendente permite que «todos los elementos del segundo estén contenidos en el tipo delictivo objeto de acusación, por cuanto siendo así no hay ningún elemento nuevo en la condena del que el acusado no haya podido defenderse»⁶⁰⁴.

incorporar al relato fáctico de su resolución, de modo sorpresivo, extremos o circunstancias de hecho que pudieran significar una posible agravación de la responsabilidad penal del acusado, respecto de los que no haya tenido la oportunidad de defenderse (...). La calificación jurídica de tales hechos constituye el otro elemento esencial del principio acusatorio. No se puede condenar por delito distinto del que haya sido objeto de acusación, o apreciar un grado de perfección o de participación más grave, ni apreciar circunstancias de agravación no instadas por las partes acusadoras, salvo que exista una indudable homogeneidad entre lo solicitado por las acusaciones y lo resuelto por el Tribunal, de tal modo que no haya posibilidad de indefensión, al haber podido ser debatidos -por estar contenidos en la acusación- todos los puntos claves de la sentencia (...).

«En el presente caso, el Tribunal de instancia ha examinado esta cuestión y justifica la calificación jurídica aceptada en la Sentencia recurrida (delito continuado de estupro de prevalimiento, partiendo de unas acusaciones por delitos de agresión sexual y de violaciones), como un típico supuesto de «homogeneidad descendente entre el delito de violación con intimidación y el de estupro con prevalimiento, al igual que sucede (...) entre el asesinato y el homicidio o entre las agravantes de alevosía y abuso de superioridad» (...).

«Al haberse respetado, por tanto, la identidad sustancial de los hechos objeto de acusación, y considerar el Tribunal de instancia que los mismos no pueden ser calificados como constitutivos de sendos delitos de violación, por entender que en ellos no ha concurrido la fuerza o intimidación precisas para ello (pues tal circunstancia «no consta con el rigor exigido a la prueba de cargo»), si bien aprecia un ataque a la libertad sexual de la joven, al haberse conseguido el acceso carnal con la misma por existir una situación de superioridad sobre ella, es lógico concluir que la calificación jurídica asumida por aquél es la ajustada a derecho y no vulnera el principio acusatorio dada la indudable homogeneidad existente entre los dos tipos penales (el objeto de acusación y el objeto de condena).

⁶⁰⁴ STS de 9 de junio de 1999, Sala de lo Penal, ponente Jiménez Villarejo (BDA, m. RJ 1999\5422): «PRIMERO.- (...) El principio acusatorio, según tiene declarado esta Sala, se reconduce, en esencia, a un problema de proscripción de la indefensión (Sentencia de 30 de abril de 1990...), y, en último término, se basa en dos parámetros fundamentales: 1) que el Tribunal no puede condenar por delito más grave que el que fue objeto de acusación sin hacer uso de la tesis prevista en el art. 733 de la LECrim, salvo que exista una verdadera homogeneidad entre el delito acusado y el condenado; y 2) que la defensa tenga perfecto conocimiento del hecho que se le imputa y de su calificación jurídica, de

Hay infinidad de otros supuestos resueltos por el TS acerca de la homogeneidad descendente. Sólo con fin ilustrativo podemos mencionar algunas hipótesis que han sido específicamente tratadas. Con respecto al delito de robo y sus circunstancias, se puede citar la STS de 25 de mayo de 1998 (BDA, m. RJ 1998\4434)⁶⁰⁵, la cual desestima que haya incongruencia en la condena de robo con fuerza, mediante forzamiento de cerradura, cuando se acusaba por robo con fuerza mediante fractura de puerta. Utiliza el argumento de que la bóveda del sistema acusatorio son los hechos. Estima además que las circunstancias de forzamiento de cerradura y fractura de puerta son homogéneas, con lo cual considera que no se ha vulnerado el derecho de defensa, ya que el juzgador se mantuvo dentro de los hechos acusados condenando por delito homogéneo, sin considerar ningún elemento del cual no se haya tenido oportunidad de debatir y contradecir.

modo que el juzgador penal no podrá pronunciarse sobre los hechos no aportados al proceso ni objeto de acusación, ni podrá calificar esos hechos de forma más grave que la definida por la acusación (...) En suma, no le es dado al Tribunal sentenciador desviarse de los términos de la acusación, salvo en los casos excepcionales de identidad del hecho, inequívoca homogeneidad delictiva y pena igual o menos grave (...) O, como dice la Sentencia de 19 de septiembre de 1989 (...), que la pena impuesta no supere la gravedad de la solicitada por la acusación, no se varíen los hechos que son objeto de la misma, y el delito por el que se condene guarde una relación de homogeneidad con el acusado. Así, recuerda la Sentencia de 21 de junio de 1991 (...), que el principio no impide condenar por delito distinto, cuando el calificado en la acusación y el calificado en la sentencia sean «generalmente homogéneos», de tal modo que todos los elementos del segundo estén contenidos en el tipo delictivo objeto de acusación, por cuanto siendo así no hay ningún elemento nuevo en la condena del que el acusado no haya podido defenderse (...).

«En el presente caso, el Ministerio Fiscal calificó los hechos, entre otros, como un delito de abandono de menor de edad realizado por los padres, tipificado en el art. 229.1 y 2 del Código Penal, que son los acusados, solicitando una pena de dos años de prisión para cada uno de ellos, mientras que el Tribunal de instancia condenó a los acusados por un delito de abandono temporal de menor de edad tipificado en el art. 230 del Código Penal a la pena de doce meses de prisión y cuatro años de inhabilitación especial para ejercer la patria potestad para el padre, y a la pena de nueve meses de prisión y cuatro de inhabilitación para la madre».

«La homogeneidad entre ambos delitos resulta evidente. En ambos casos se castiga la conducta de abandonar a un menor de edad, siendo de menos gravedad el delito por el que condena la Sala de instancia al calificar el abandono de «temporal» y, en su virtud, impone una pena menor que la solicitada por la acusación».

⁶⁰⁵ STS de 25 de mayo de 1998, Sala de lo Penal, ponente Puerta Luis (BDA, m. RJ 1998\4434).

Por otra parte, la STS 12 de febrero de 1999 (BDA, m. RJ 1999\2394)⁶⁰⁶, desestimó la incongruencia en caso que condenaba por delito de homicidio con abuso de superioridad cuando se acusaba por asesinato con alevosía al apreciar homogeneidad entre los mismos.

Otro ejemplo nos lo ofrece la STS de 13 de noviembre de 1999 (BDA, m. RJ 1999\8710)⁶⁰⁷, que considera que hay homogeneidad entre abuso sexual con acceso carnal y abuso sexual sin acceso, rechazando el argumento de la heterogeneidad por diversa dinámica comisiva marcada por el acceso bucal, anal o vaginal, y el ánimo de yacer. Descartó la relevancia de la distinta forma comisiva y se apoyó en que ambas figuras delictivas suponen vulneración de un mismo bien jurídico aunque en distintos «niveles de lesión del bien jurídico». Creemos que en este caso bastaba con un argumento mucho más sencillo, como habría sido argumentar que el juez, al pasar de abuso con acceso a abuso sin acceso, lo que estaba haciendo era quitar un elemento fáctico jurídico de la sentencia que venía a simplificar el hecho típico y a degradar la calificación, con lo cual era imposible poder causar indefensión al acusado.

Por su parte, la STS de 23 de marzo de 2000 (BDA, m. RJ 2000\1482)⁶⁰⁸ ha sostenido que existe homogeneidad descendente entre el delito de robo con fuerza en las cosas en grado de tentativa y el allanamiento de morada. Ha esgrimido como argumento principal la identidad fáctico-típica (parcial) entre ambas figuras. Respecto a la diferencia que existe en el aspecto subjetivo típico del robo donde se exige ánimo de lucro, intención que no ha de concurrir en la violación de morada, la sentencia explica que dicho cambio fáctico-típico no produce indefensión al acusado, ya que no se introduce elemento alguno que no estuviese en el hecho de la acusación, sino, al contrario, el juzgador, al modificar la calificación jurídica de robo tentado a allanamiento de morada, quita o suprime del *factum* el ánimo delictivo específico del robo.

⁶⁰⁶ STS de 12 de febrero de 1999, Sala de lo Penal, ponente García Ancos (BDA, m. RJ 1999\2394).

⁶⁰⁷ STS de 13 de noviembre de 1999, Sala de lo Penal, ponente Bacigalupo Zapater (BDA, m. RJ 1999\8710).

⁶⁰⁸ STS de 23 de marzo de 2000, Sala de lo Penal, ponente Jiménez Villarejo (BDA, m. RJ 2000\1482).

Argumento análogo es el que ha utilizado la STS de 17 de marzo de 2004 (BDA, m. RJ 2004\2809)⁶⁰⁹ al valorar la homogeneidad descendente entre homicidio en grado de tentativa y lesiones graves, en cuanto ambas figuras comportarían los mismos elementos fácticos objetivos, estableciendo que el *animus necandi* (dolo de matar) propio del homicidio, que no debe concurrir en las lesiones, es irrelevante a efectos de homogeneidad. En realidad la Sentencia debería haber dicho que la modificación del aspecto subjetivo de la figura del homicidio es irrelevante, porque justamente la sentencia acaba desestimando la concurrencia de ese ánimo específico de matar, constatando únicamente una intención dolosa de lesionar, más leve que la de matar. Podríamos decir que aquí se opera la degradación típica precisamente sobre el aspecto subjetivo del tipo penal.

7.1.4. La homogeneidad delictiva ascendente y su doble causa

Hemos señalado que el juzgador puede calificar en sentencia conforme a una figura delictiva cuya estructura típica sea igual o más restringida que la estructura típica de la figura delictiva de la acusación (homogeneidad descendente). Decíamos que el juzgador al apreciar una figura menor respecto de la contenida en la acusación descendía en la columna de progresión delictiva: se producía una regresión delictiva⁶¹⁰, regresión que al suponer un repliegue de la misma estructura típica, se limitaba a prescindir de elementos típicos de la consideración jurídico-penal inicial, a causa del resultado probatorio, de tal manera que lo que quedaba después de ese repliegue había sido conocido por las partes, pudiendo éstas debatir y probar sobre cada uno de los extremos fácticos en los que se viene a fundar la sentencia. Por tal razón no cabía duda sobre la no indefensión a causa del cambio de calificación.

Por supuesto, y como hemos dicho, la homogeneidad descendente se puede deber (también) a una pura cuestión de valoración jurídica de los hechos sostenidos en la

⁶⁰⁹ STS de 17 de marzo de 2004, Sala de lo Penal, ponente Ramos Gancedo (BDA, m. RJ 2004\2809).

⁶¹⁰ Es evidente que hemos tenido muy en cuenta las consideraciones teóricas de RANIERI, Silvio, «Reato progresivo...», *cit.*, pp. 309-318; *Manuale...*, *cit.*, pp. 98-100, y *Sui reati di progressione*, *cit.*, pp. 135-255. *Vid.* también CORDERO, Franco, «Considerazioni...», p. 941, y también *Procedura penale*, *cit.*, pp. 1184-1185; RAFARACI, Tommaso, *Le nuove...*, *cit.*, pp. 286-290.

acusación, de modo que, permaneciendo intactos los mismos hechos, el juez valore que son subsumibles en una figura penal regresiva respecto de la contenida en la acusación, considerando que alguna parte de los hechos alegados por la acusación no produce el efecto jurídico deducido por ésta.

Ahora bien, este mismo fenómeno puede presentarse en el sentido inverso, es decir, que el juzgador considere que procede la estimación de una figura delictiva que se halla más arriba en la progresión delictiva que la figura delictiva que se contiene en la acusación, situación en que estaremos ante la homogeneidad delictiva ascendente.

La causa de la homogeneidad ascendente, del mismo modo que en la descendente, puede deberse a una pura cuestión de valoración jurídica, cuando el juez estime que exactamente los mismos hechos de la acusación encuentran encaje en una figura mayor que la invocada en ésta. Lo anterior sucederá en aquellas hipótesis en que el acusador no alegue un efecto calificador preciso de una parte de los hechos que él mismo ha introducido y que el juzgador considera suficiente para producirlo.

La práctica nos demuestra, sin embargo, que será más común que la homogeneidad ascendente se asiente en una ampliación fáctico-típica resultante de la prueba, es decir, del añadido de un elemento fáctico que surte un efecto típico que se traduce en la modificación de la calificación; en definitiva, de una progresión delictiva. Así sucederá, por regla general, cuando se aprecie la concurrencia de un subtipo agravado respecto del tipo base sostenido en la acusación, o sencillamente de un tipo distinto más grave, como cuando se pasa de hurto a robo.

7.1.5. (Continuación) La homogeneidad ascendente apreciada en sentencia. El uso de la tesis

La homogeneidad ascendente cuando trae causa en la ampliación de la imputación fáctica produce la necesidad de atender a ciertas cuestiones técnicas que ya hemos puesto de manifiesto, pero que aquí nuevamente resurgen, y que por lo tanto ameritan ser puestas de relieve. Nos referimos al efecto que se deriva del concepto normativo de hecho que la doctrina española suele defender, y sobre el cual se establecía el deber de correlación objetiva.

En la doctrina del objeto normativo, como hemos visto, el hecho se identifica por la actividad de ejecución típica, siendo posible que en sentencia se operen modificaciones a los hechos de la acusación con tal que no se modifique la conducta sustancial enjuiciada (el núcleo), pero pudiendo diferir en hechos o elementos accidentales.

El objeto del proceso definido con base en el criterio del objeto normativo distingue el hecho procesalmente relevante atendiendo al concepto de acción (o conducta), es decir, a los actos típicos de ejecución descritos por la ley penal, estimando que existe identidad normativa del hecho de la acusación con el de la condena, cuando, al menos, se da una coincidencia parcial entre el hecho de la acusación y el supuesto fáctico típico de la norma penal aplicada en la sentencia condenatoria.

Decíamos que según esta doctrina se quedan fuera de la consideración del objeto normativo una cierta cantidad de hechos (los denominados accidentales) que desde un punto de vista procesal del hecho son irrelevantes, con lo cual los elementos accidentales que son valorados por el órgano jurisdiccional no suponen un cambio de objeto, y, por lo tanto, son irrelevantes también para la valoración de lo que ha de ser la correlación objetiva.

La aplicación de esta teoría tiene como consecuencia que pese a la modificación de los «hechos accidentales» en sentencia se puede predicar la invariabilidad del objeto normativo. En suma, todo lo que queda fuera del objeto normativo es irrelevante como elemento de identificación del objeto procesal, y no ha de ser valorado a efectos de correlación objetiva en sentido estricto, estando el juez autorizado para apreciar modificaciones en estos aspectos fácticos, añadiendo o quitando hechos, como consecuencia del resultado de la prueba.

Con ocasión del estudio de la identidad del hecho, preveíamos que los hechos «irrelevantes» respecto del objeto normativo podían tener efectos jurídico-penales (más o menos importantes), razón por la cual decíamos que las modificaciones fácticas emergían y recobraban su importancia en la calificación jurídica, cuando actuaban como sustrato de una modificación de la calificación jurídica en la sentencia. Así se explicaba que buena parte de los problemas de modificación de la calificación en realidad tenían como base la modificación del relato fáctico de la acusación que en sentencia se reducía, o se complejizaba o se extendía objetivamente a un hecho, que hacía ascender o agravar la calificación.

Parte del desarrollo del concepto de homogeneidad delictiva (ascendente y descendente) y de la necesidad de la tesis obedecen a esta razón. La jurisprudencia advirtió que detrás de la modificación de la calificación a menudo había una parte del hecho de la acusación que se modificaba o al que se añadían o quitaban hechos no sustanciales, pero que producían un efecto jurídico-penal preciso⁶¹¹.

Concluíamos en su momento que la cuestión que se suscitaba estribaba en que la teoría del objeto normativo no acababa de resolver el problema de la modificación no sustancial del hecho o de la introducción de hechos accidentales en cuanto a sus efectos jurídicos en relación a las repercusiones que ello puede tener para el derecho de defensa, al verse afectado con la modificación de la calificación jurídica. Es por tal motivo que resurge en sede de calificación jurídica aquello que no se resolvía en sede de hecho punible, vinculado ahora al derecho de defensa de las partes. La cuestión entonces consistía en establecer un criterio que pudiera servir para determinar cuándo esas modificaciones en la calificación jurídica en la sentencia podían ser consentidas y bajo qué requisitos o presupuestos.

Como se ha visto, la jurisprudencia ha dicho que es legítimo que el juzgador pueda apreciar de oficio modificaciones a las calificaciones jurídicas de la acusación, sin uso de la tesis, siempre que ellas sean descendentes, esto es, bajo el requisito de que la calificación de la sentencia se realice a raíz de una degradación típica que considere igual o menos elementos fáctico-típicos.

Por el contrario, en caso que la modificación de la calificación sea ascendente — homogeneidad ascendente—, es decir, que implique que sobre la misma conducta de la acusación, sin modificación de hechos sustanciales, se añadan hechos o elementos fácticos que produzcan una agravación de la consecuencia jurídica, no procederá la estimación de oficio de forma incondicionada.

Aquí resurge el interés por considerar que tal vez el problema más evidente de la teoría del objeto normativo radique en la escasa especificación y determinación que otorga a la precisa imputación fáctica que se acaba subsumiendo, pues ésta, como lo permite la doctrina normativa, puede sufrir cambios importantes resultantes de la

⁶¹¹ Aunque a la jurisprudencia le cueste reconocer frontalmente la cuestión de la modificación fáctica. Muchas veces alude a la pura modificación de la calificación, omitiendo la base fáctica.

prueba y que acaban siendo introducidos por el juzgador. Según advertíamos, en un sistema procesal acusatorio depurado⁶¹², donde existe una refinada separación de la función acusadora de las que son propiamente enjuiciadoras, se requiere que la imputación fáctica sea efectivamente una imputación completa que ofrezca un buen grado de especificación de lo que sea la cuestión sometida a enjuiciamiento, con lo cual no basta con identificaciones más o menos abstractas o generales referidas a núcleos normativos, como son la identidad parcial de la acción típica y/o del bien jurídico, puesto que estas formas de identificación a la postre soportan dentro de ellas una amplia gama de contenidos específicos y concretos, alternativos entre sí⁶¹³, esfumándose la garantía del conocimiento previo de la acusación, de limitación de los poderes de decisión del juzgador, y, sobre todo, esfumándose la separación precisa de las funciones de acusación de las de enjuiciamiento⁶¹⁴. En definitiva, las concepciones más o menos abstractas como las normativas buscan dotar al juez de la potestad de completar o precisar la formulación acusatoria más o menos abstracta previamente formulada por el acusador, o, dicho en negativo, persiguen que el juez quede lo menos constreñido posible por la acusación a la hora de valorar e introducir hechos no

⁶¹² En oposición a los sistemas mixtos donde subsisten ciertos rasgos inquisitivos y una cierta confusión de roles entre el acusador y el juez, al menos desde la perspectiva de los sistemas acusatorios más modernos.

⁶¹³ CORDERO, Franco, *Procedura penale*, cit., p. 444, como ya habíamos dicho, califica de fantasmas legales a las definiciones del hecho con base en criterios normativos. Dice: «Non basta nemmeno dire che N abbia ucciso P: è omicidio ogni morte causata da qualcuno (art. 575 c.p.), ma fantasmi legali e imputazione appartengono a piani diversi; al processo servono ipotesi storiche, magari alternative, purché fissino un thema decidendum (troppo vago, quindi inidoneo, sel'asserita causazione letale fosse così descritta: veleno o arma de taglio o proiettili esplosi o spaventati micidiali su cuori deboli o mecí ignoti)». El mismo autor ya en el año 1958 había manifestado la ambigüedad de la determinación del hecho con base en criterios solamente normativos en «Considerazioni...», cit., pp. 935-941; También pone de relieve la insuficiencia del concepto normativo del hecho RAFARACI, Tommaso, *Le nuove...*, cit., pp. 17-24.

Particularmente agudas resultan las observaciones de LA ROCCA, Manlio, *Studi...*, cit., pp. 42-50, acerca de las distintas versiones de la teoría normativa del hecho y de la ambigüedad que ella supone a la hora de determinar precisamente qué es el objeto procesal.

⁶¹⁴ Vid. sobretudo a CORDERO, Franco, «Considerazioni...», cit., pp. 935-941, también en *Procedura penale*, cit., pp.449-453, se refiere a la función *storico-tipologica*; RAFARACI, Tommaso, *Le nuove...*, cit., *passim*, y especialmente pp. 1-31, 251-259, 305-316. En sentido parecido GIARDA, Angelo y SPANGHER, Giorgio, *Codice...*, cit., pp. 1465-1466.

alegados por la acusación, siendo el juez en definitiva quien establece cuál es la «precisa imputación» que se da por probada (o no) y se califica en la sentencia⁶¹⁵.

La jurisprudencia del TS ha tenido en cuenta, al pronunciarse sobre aquellas hipótesis en que el juzgador de oficio aprecia una modificación ascendente de la calificación jurídica, consideraciones muy parecidas a las expuestas. En efecto, cuando al TS se le ha sometido la cuestión de la homogeneidad ascendente basada en la estimación de elementos fáctico-típicos no introducidos por la acusación, ha argumentado que ello supone que el juez asuma la función acusadora⁶¹⁶, y en consonancia con esto, cuando se trata de definir los poderes de calificación del juzgador ha dejado en claro que estos se ejercen legítimamente siempre que se respete la inmutabilidad sustancial de los hechos, pero para valorar la inmutabilidad sustancial ya no acude a una definición normativa en los términos que a lo largo de este trabajo hemos explicado, sino que utiliza un concepto de trascendencia jurídico penal sustantiva, consistente en que el juez no puede apreciar de oficio ninguna circunstancia fáctica que pueda tener trascendencia jurídica agravatoria. En consecuencia, no se puede estimar ninguna calificación homogénea ascendente, como los subtipos agravados (la más común), basados en la ampliación de la imputación fáctica, introduciendo elementos típicos no previstos en la acusación, aunque no quepa duda que estamos hablando de elementos fácticos que no alteran en absoluto la identidad del objeto proceso (normativo)⁶¹⁷.

⁶¹⁵ Concluye en esta línea RAFARACI, Tommaso, *Le nuove...*, *cit.*, p. 30. Antes en un sentido parecido CORDERO, Franco, «Considerazioni...», *cit.*, pp. 935-941.

⁶¹⁶ *Vid.* la STS de 26 de septiembre de 2000, Sala de lo Penal, ponente Sánchez Melgar (BDA, m. RJ 2000\10668). En términos menos precisos y más generales, la STS de 27 de marzo de 2000, Sala de lo Penal, ponente Sánchez Melgar (BDA, m. RJ 2000\3480), y STS de 13 de noviembre de 2003, Sala de lo Penal, ponente Andrés Ibáñez (BDA, m. RJ 2003\8746).

⁶¹⁷ La sentencia más clara es la STS de 22 de diciembre de 2003, Sala de lo Penal, ponente Giménez García (BDA, m. RJ 2003\9342), que en su Fundamento de Derecho segundo dice: «El principio acusatorio exige o presupone el derecho a que el acusado sea informado de la acusación en términos que pueden permitir su defensa en juicio, y ello supone el conocimiento de los hechos, tanto de los nucleares como de aquellos otros que puedan suponer una agravación de la responsabilidad, bien por tratarse de tipo agravado o por referirse a la concurrencia de circunstancias de agravación genérica, así como también abarca el conocimiento a la calificación jurídica de los hechos que efectúa la acusación. Sólo el previo conocimiento de ambos extremos, fáctico y jurídico, permite articular una cabal defensa por el acusado (...) el principio acusatorio admite y presupone el derecho de defensa del imputado y, consecuentemente, la posibilidad de contestación o rechazo de la acusación —o de

Llegados a este punto corresponde plantearse si la tesis puede ser utilizada como medio para proponer la introducción de un elemento fáctico-típico no incluido en la acusación y sobre el cual se asienta una calificación ascendente. Está claro que la tesis es procedente cuando se trata de proponer pura y simplemente calificaciones más graves, como se verá, pero el problema suscitado es parcialmente distinto, y consiste en saber si, junto a lo anterior, es posible que la tesis sea usada para proponer calificaciones más graves con ampliación de imputación fáctica. La jurisprudencia tiende a eludir el problema y a referirse directamente a la necesidad de la tesis cuando se plantean situaciones de modificación de la calificación con efecto agravatorio, evitando pronunciarse sobre si ello admite que mediante esa tesis se introduzca una ampliación del soporte fáctico, que es lo que en definitiva suele dar sustento a las calificaciones ascendentes⁶¹⁸. La doctrina, en cambio, sí se ha pronunciado sobre la

aceptación de la misma—. Por ello, si el conocimiento de los hechos y/o de su calificación jurídica no es completo, el derecho de defensa queda severamente lesionado y la sentencia que se exceda en su condena ya condenando por un subtipo agravado o solicitado (sic) una agravante no pedida expresamente ni contemplado en el relato de hechos de la calificación efectuada, resulta incongruente por exceso al no existir correlación entre acusación y el fallo».

También STS de 26 de septiembre de 2000, Sala de lo Penal, ponente Sánchez Melgar (BDA, m. RJ 2000\10668); STS de 29 de enero de 2003, Sala de lo Penal, ponente Conde-Pumpido Tourón (BDA, m. RJ 2003\2019); STS de 30 de abril de 2003, Sala de lo Penal, ponente Sánchez Melgar (BDA, m. RJ 2003\4052).

⁶¹⁸ Algunas sentencias del TS, sin embargo, parecen insinuar del contexto de sus argumentos que la tesis es la vía para introducir una ampliación de la imputación fáctica que sirva de base a la apreciación de un subtipo agravado, pero no acaban de decirlo frontalmente, sino que siguen haciendo una argumentación ambigua.

En primer lugar, la STS de 28 de junio de 1999, Sala de lo Penal, ponente De Vega Ruiz (BDA, m. RJ 1999\6112), se refiere a un supuesto en que la acusación calificaba de tráfico de estupefacientes que no causan grave daño, y la sentencia condena por tráfico de estupefacientes que sí causan grave daño: «TERCERO.- (...) D) Tampoco está permitida la apreciación de circunstancias agravantes, o subtipos agravados, si no han sido invocadas en juicio, lo que ha de hacerse extensivo al supuesto en el que la instancia agrave la pena no por la concreta apreciación de alguna circunstancia agravante sino porque, rechazando las circunstancias modificativas alegadas por el Fiscal (incluso aceptadas por la defensa), asuma en cambio otras que llevan a penas superiores en grado a las solicitadas».

«Abundando en la línea de lo expuesto, es evidente que sin haberlo solicitado la acusación, la sentencia no puede introducir un elemento «contra reo» de cualquier clase que sea, pues si así lo hiciera condenaría sin haber permitido a la defensa del imputado alegar lo pertinente en orden a un extremo del que antes no había tenido conocimiento (Sentencia de 18 de marzo de 1992 [RJ 1992\2369]). (...) Por tanto si la acusación habla de unos hechos como no gravemente perjudiciales a la salud, no pueden los Jueces asumir un tipo penal distinto, y más grave, que lógicamente sorprende al acusado, desconocedor de esa imputación que sólo nace ahora de la propia resolución judicial. No se

cuestión, y guardando coherencia con planteamientos normativos del hecho (en la concepción dominante en España) ha sostenido que la tesis es una vía mediante la cual se pueden introducir calificaciones ascendentes con su respectivo soporte fáctico⁶¹⁹. Esta doctrina se vería, además, respaldada por el tenor literal del art. 788.3 y 4, que

olvide, por último, que la consideración del carácter de la droga intervenida forma parte del hecho en sí».

«CUARTO.- (...) De ahí que, por una y otra razón, el motivo, apoyado que ha sido por el Fiscal, haya de ser estimado. Dicho motivo ha venido interpuesto a través del artículo 851.4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por vulneración del principio acusatorio y no haberse respetado el artículo 733 de igual Ley (...)».

Otra sentencia en el mismo sentido que la anterior es la STS de 27 de marzo de 2000, Sala de lo Penal, ponente Sánchez Melgar (BDA, m. RJ 2000\3480). En este caso la parte acusadora pide la agravante genérica de abuso de confianza, pero se condena por la circunstancia específica de abuso de relaciones personales entre víctima y defraudador que dio lugar a la estimación del delito de estafa agravada del art. 250.7ª del CP, que es un subtipo agravado de estafa, sin hacer uso de la tesis del art. 733. «SEGUNDO.- (...) Conocida es la doctrina de esta Sala en torno a los límites del principio acusatorio. De tales límites destacan, a los efectos de este recurso, dos: 1º no puede condenarse por delito distinto al que sea objeto de acusación, al menos que exista entre ellos una patente homogeneidad, la gravedad de ambos sea idéntica y los hechos no sean sustancialmente modificados; y 2º no se puede apreciar una circunstancia de agravación no pedida (...) Como dice la Sentencia de esta Sala de 12 de noviembre de 1991 (RJ 1991\8058), en todo caso, cualquier subtipo agravado aunque proceda, como su nombre indica, del tipo delictivo matriz en cuanto éste es definidor genérico del delito, la realidad es que tiene vida independiente por sus especiales características y su mayor sanción, de ahí que para poder ser apreciado por la Sala sentenciadora se necesita como requisito previo e imprescindible que haya sido objeto de calificación específica por la parte o partes acusadoras, de forma que si su existencia no se alegó en el trámite procesal adecuado y, sin embargo, el tribunal lo acepta y condena en base a él, estamos en presencia de una evidente causa de indefensión del imputado al quebrar un principio tan esencial dentro del proceso penal como es el acusatorio, pues entender lo contrario sería, de una parte, dejar inerte al encausado frente a unas alegaciones que no han sido formuladas, y, de otra, conceder a los Tribunales una competencia (la acusadora) que de forma alguna le corresponde. Y como acertadamente dice la parte recurrente, no es lo mismo la apreciación de la circunstancia agravante genérica de abuso de confianza, que el subtipo agravado definido en el art. 250.7ª CP/1995 (RCL 1995\3170 y RCL 1996, 777), no solamente ya por la expresada vulneración del principio acusatorio, que transmutaría de oficio el título de imputación, sino por la trascendencia penológica de la aplicación del mismo. Procede, pues, acoger este motivo de censura casacional, porque se vulneró tanto el principio acusatorio como el derecho de defensa del acusado, pues nadie puede defenderse con eficacia si no conoce todos los aspectos fácticos y jurídicos de la acusación -en este sentido se pronuncian el art. 6.3 a) y b) de la Convención Europea de Derechos del Hombre (RCL 1979\2421 y ApNDL 3627), el art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (RCL 1977\893 y ApNDL 3630), la doctrina de esta Sala, antes citada, y reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional-».

⁶¹⁹ Vid. GÓMEZ ORBANEJA, Emilio, *Comentarios...*, cit., tomo II, p. 315; SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, *Información...*, cit., p. 786; VERGER GRAU, Joan, *La defensa del imputado...*, cit., pp. 143-147. También en los apartados dedicados a la tutela del derecho de defensa y al principio de contradicción en el art. 733.

contienen el equivalente de la tesis en el procedimiento abreviado, y del cual se deduce inequívocamente que el juzgador puede proponer a las partes cuestiones fácticas y jurídicas, y que de esas proposiciones pueden derivarse calificaciones jurídicas ascendentes o agravadas en cualquiera de sus aspectos. De ahí la necesidad de aplazamiento y de prueba, en su caso.

Desde un punto de vista funcional es innegable que el juez acaba teniendo la potestad de proponer y ampliar la específica imputación fáctica que se ha de subsumir. El argumento de que esto no es cierto, ya que la tesis debe ser en todo caso asumida por la acusación, no deja de ser un argumento más retórico que real, puesto que una vez formulado el elemento fáctico con trascendencia jurídica, las probabilidades de que el acusador público la recoja y asuma son bastante elevadas, y qué decir del acusador particular.

A nuestro juicio, estas son las cuestiones que deben obedecer a previas definiciones ideológicas del sistema procesal penal: precisar con qué grado de pureza se produce el reparto de funciones acusadoras y enjuiciadoras, y si se le reserva al juez una cierta potestad de proponer de oficio en el último momento del juicio una ampliación de la imputación fáctica (con su efecto jurídico) de la acusación. No descartamos la legitimidad y corrección técnica de la opción favorable a esta posibilidad, pero no hay que desconocer que al menos desde un punto de vista funcional no es perfectamente acusatorio un sistema de esta naturaleza⁶²⁰.

Un problema añadido en este caso, el cual no hay que eludir, es el de la imparcialidad objetiva del juez que después de propuesta la ampliación de la imputación con su trascendencia jurídica debe proceder a enjuiciarla. Correspondería plantearse seriamente que el juez que propone tesis se halla prevenido, perdiendo la debida imparcialidad objetiva respecto de la imputación fáctica modificada y ampliada que él mismo ha propuesto mediante la tesis y que debe juzgar en sentencia⁶²¹.

⁶²⁰ Ya hemos expresado nuestra opinión al respecto a propósito de la tesis superadora de las concepciones naturalista y normativa del hecho, por lo tanto, nos remitimos al apartado correspondiente para un examen más acabado de los argumentos ahí expuestos con respecto a la separación de funciones y la imputación fáctica como consecuencia de las definiciones normativas del hecho.

⁶²¹ La cuestión fue planteada y resuelta en Derecho italiano, pero respecto a la transmisión de actuaciones al MP cuando el Tribunal considera que de la prueba se desprende un hecho diverso (art.

Por último, cabe precisar que no es igual la situación antes descrita que la de la tesis cuando se utiliza para plantear una pura cuestión de calificación ascendente o más grave en cualquiera de sus aspectos, sin modificación de la imputación fáctica, ya que en dicho caso la cuestión se ciñe realmente a una cuestión de valoración jurídica y de la correcta aplicación del Derecho penal, que en principio ciertamente es una potestad que corresponde al juzgador, aún en un sistema acusatorio depurado, de modo que la tesis no se formularía sino para discutir una perspectiva jurídica diversa y nada más. Es más, creemos que en este caso, en contra de lo que sostiene el TS, no hay necesidad alguna de que el acusador deba asumir la calificación ascendente o más grave, puesto que basta con que las partes hayan tenido la posibilidad de alegar y defenderse de la nueva perspectiva jurídica, debiendo quedar en definitiva la potestad de subsunción en manos del juez, y no limitada por la asunción de la misma por el acusador, acto que incluso podría llegar a impedir aplicar la norma penal correcta (en opinión del juez) por una pura decisión de voluntad del acusador⁶²².

7.1.6. La heterogeneidad delictiva: desviación parcial de la estructura típica de la calificación (sin modificación del objeto normativo)

La jurisprudencia ha desarrollado el concepto de heterogeneidad junto al de homogeneidad delictiva, puesto que la valoración judicial estriba en determinar si hay homogeneidad o heterogeneidad en la modificación de la calificación jurídica en sentencia. En principio, aquellas calificaciones que no cumplan con los requisitos de homogeneidad son heterogéneas. Sin embargo, la cosa enunciada en estos términos, sin más, puede inducir a error. La tentación en que se puede incurrir es que cada vez que

516 CPPi). La *Corte Costituzionale* declaró que ese Tribunal no podía enjuiciar la nueva acusación que fuera propuesta por el acusador. El juez del primer juicio queda inhabilitado para enjuiciar la segunda acusación, ya que se hallaría «prevenido». En efecto, hemos consignado en las páginas precedentes que la Corte Constitucional en sentencia de 30 de diciembre de 1994, N° 455, declaró constitucionalmente ilegítimo el art. 34, *comma* 2, del Código, que contempla las incompatibilidades de funciones en la parte que no prevé la incompatibilidad de la función de enjuiciamiento del juez que, conforme al resultado de la prueba del anterior juicio, y respecto del mismo hecho atribuido al mismo imputado, ordenó la transmisión de actuaciones al PM.

⁶²² Creemos que una y otra situación en el uso de la tesis no ha sido bien diferenciada por la jurisprudencia del TS, lo cual ha inducido argumentaciones confusas y generalizadoras, cuando las situaciones son bien distintas y con distintas repercusiones, tal como hemos explicado.

no concurra homogeneidad en la modificación de la calificación jurídica operada en sentencia se argumente que ella es heterogénea, conclusión que encierra una dosis de ambigüedad conceptual.

En efecto, al estudiar la casuística se advertirá que hay supuestos en que detrás de una modificación de la calificación lo que hay en realidad es un cambio sustancial del hecho enjuiciado, de modo tal que el problema en este caso no es acerca del poder del juez de estimar de oficio modificaciones parciales y accidentales a los hechos de la acusación sobre la cual se funda una nueva calificación, sino que se trata de la modificación sustancial del hecho punible mismo. En consecuencia, no cabe plantearse la homogeneidad o heterogeneidad de la modificación de la calificación, sino sencillamente la infracción de la correlación objetiva por mutación sustancial del hecho enjuiciado. Sin embargo, la jurisprudencia, a veces, ante una situación de esta especie argumenta la heterogeneidad de la calificación, sin advertir que el problema no es éste, sino la encubierta modificación del hecho punible en términos sustanciales. Es ésta la cuestión que subyace en la «modificación de calificación» desde robo en acusación a receptación en sentencia⁶²³, o cuando se pasa desde robo con intimidación en la acusación a estafa en sentencia⁶²⁴ o, peor, desde falta de daños a malos tratos⁶²⁵. El cambio de calificación en estos supuestos en realidad está revelando que el juez ha realizado un cambio tan profundo del hecho punible que la conducta contemplada en la sentencia es sustancialmente otra, diversa respecto de la que había en la acusación. Aquí no cabe otra cosa que declarar la infracción al deber de correlación objetiva por condena por hecho diverso.

⁶²³ Situación planteada últimamente en SAP de Granada de 14 de diciembre de 2003, Sección 2ª, ponente Rodríguez Cano (BDA, m. JUR 2003\82473), en la cual se establece que robo y receptación son delitos heterogéneos. En nuestra opinión, empero, lo que hay no es un problema de heterogeneidad de calificaciones, sino sencillamente un problema de hechos distintos encubiertos detrás de la modificación de la calificación jurídica.

⁶²⁴ También en este supuesto es claro que detrás de la modificación de la calificación jurídica se esconde en realidad un cambio sustancial de hecho. Sin embargo, la STS de 15 de octubre de 2001, Sala de lo Penal, ponente Martín Canivell (BDA, m. RJ 2001\9469), utiliza el argumento de la heterogeneidad de las calificaciones de robo con intimidación y estafa. Creemos que no cabe plantearse la homogeneidad-heterogeneidad.

⁶²⁵ Nos remitimos a los argumentos precedentes. Sin embargo, la SAP de Madrid de 6 de septiembre de 2000, Sección 16ª, ponente Lamela Díaz (BDA, m. JUR 2000\307448), se centra en el análisis de la homogeneidad-heterogeneidad de las calificaciones de falta de daños y malos tratos.

En cambio, la correcta valoración de la homogeneidad-heterogeneidad del hecho parte del supuesto de que detrás de la modificación de la calificación jurídica no haya un cambio sustancial del hecho, es decir, que no haya una modificación de la conducta o actividad de ejecución típica en su aspecto nuclear. Puede, y normalmente así será, haber modificación del hecho típico pero sin llegar a subvertir ese núcleo. A nuestro entender el concepto de heterogeneidad también obedece a la necesidad de solventar los problemas que plantea la identidad del hecho desde un punto de vista normativo, identidad que soporta incluso una modificación parcial de la actividad de ejecución típica, de modo que el grado de especificación concreta de la imputación impone asumir aquellos supuestos en que la imputación fáctica de la acusación (estructura típica objetiva y subjetiva) sufre en sentencia una desviación parcial, que no siendo lo suficientemente profunda no llega a afectar al objeto procesal (normativo, según la doctrina española), pero que es lo bastante importante como para afectar el derecho de defensa.

Resulta útil y correcto plantearse la valoración de homogeneidad-heterogeneidad cuando en la modificación se producen cambios a los hechos de la acusación accidentales, que pueden provocar situaciones de infracción al derecho a ser informado de la acusación y al derecho de defensa, en caso de que ciertos elementos fáctico-jurídicos que no estaban presentes en la acusación, puedan producir efectos penales.

La cuestión todavía requiere de un segundo acotamiento, consistente en señalar que la heterogeneidad no puede solaparse a las situaciones de homogeneidad ascendente, que es aquella homogeneidad que sube en la progresión penal en aquellos supuestos de modificación de la calificación que han podido ser el resultado de que al hecho punible de la acusación (misma conducta) se le han añadido elementos fácticos que le han hecho ascender en la progresión delictiva, o le han calificado o agravado respecto de la figura base de la acusación. La heterogeneidad debiera ser valorada separadamente de los casos de homogeneidad ascendente, como aquellas hipótesis en que, si bien se mantiene intacto el hecho desde el punto de vista del objeto normativo, y no concurriendo una situación de homogeneidad descendente-ascendente, añadiendo o quitando elementos fáctico-jurídicos a la misma conducta, en realidad se produce una desviación parcial de la estructura típica prevista en la acusación, al sostener unos elementos parcialmente diversos que no sean la agregación o remoción de elementos

sobre la misma conducta base (homogeneidad ascendente-descendente), sino la desviación parcial de la estructura típica (objetiva o subjetiva)⁶²⁶.

Tal vez el ejemplo más claro de lo que se viene diciendo esté representado por la modificación de tipos dolosos a culposos, y viceversa, supuestos en que aunque no se pueda proclamar la modificación sustancial del hecho enjuiciado desde el punto de vista normativo (sostenido en la doctrina española), si cabe sostener, como mínimo, una desviación parcial en la estructura típica del delito (modificación del tipo subjetivo)⁶²⁷, que no es subsumible en hipótesis de homogeneidad ascendente-descendente, ya que en realidad no es que se haya añadido o quitado algún elemento, sino que se ha operado una modificación en el tipo subjetivo. No cabe aceptar en este caso el argumento de que el paso de delito doloso a culposo sea una pura degradación, ya que no se puede entender comprendido el elemento culpa en el dolo, como si fuera un grado de la misma (como se ha pretendido)⁶²⁸. Desde el punto de vista procesal el que se defiende de dolo no se ha defendido de culpa, y viceversa. Por tal razón

⁶²⁶ Cierta doctrina alemana, como hemos consignado, se refiere a las relaciones que se pueden presentar entre diversos tipos respecto de una misma acción, y señala que las relaciones de los tipos pueden ser de identidad, de subordinación o de interferencia.

La relación de identidad se presenta cuando una misma acción lesiona a personas distintas, pero con infracción del mismo bien jurídico y de la misma norma, con lo cual se produce una situación de concurso ideal.

La relación de subordinación se da entre varios tipos distintos, pero que guardan entre sí una relación de comprensión de uno en el otro. En esta relación hay un tipo más amplio que contiene al más restringido. Se daría una relación análoga a la que denominamos progresión delictiva producida entre varios tipos.

En fin, la relación de interferencia es aquella que se produce entre dos tipos distintos, que no estando en relación de subordinación, se entrecruzan parcialmente, de modo que una misma acción podría realizar ambos tipos. Esta relación de interferencia como entrecruzamiento parcial de tipos vendría a estar muy próxima a lo que denominamos heterogeneidad delictiva. *Vid.* MAURACH, Reinhart; GÖSSEL, Karl y ZIPF, Heinz, *Derecho penal, cit.*, tomo II, pp. 558-564. Desde una perspectiva general LARENZ, Karl, *Metodología de la ciencia del Derecho, cit.*, pp. 260-271.

⁶²⁷ LA ROCCA, Manlio, *Studi...*, *cit.*, pp. 43-45, critica a la teoría normativa de la actividad de ejecución típica, entre otras razones, porque no resuelve adecuadamente las modificaciones de hechos en su aspecto subjetivo o psicológico (dolo y culpa) al predicar su identidad pese al cambio del elemento subjetivo.

ROXIN, Claus, *Derecho procesal penal, cit.*, p. 417, es partidario justamente de esta teoría criticada, pues afirma que el juez puede apreciar delito culposo cuando se acusa por delito doloso, sosteniendo que se trata de una cuestión jurídica.

⁶²⁸ Visto lo expuesto a propósito del criterio subjetivo en la teoría naturalista del hecho.

consideramos que la jurisprudencia ha acertado cuando ha declarado la heterogeneidad entre delitos dolosos y culposos⁶²⁹.

Otra hipótesis de heterogeneidad correctamente interpretada es la que se da entre delito de estafa y apropiación indebida, en cuanto desde un punto de vista normativo no se puede llegar a afirmar que ambas figuras se refieran en todo caso a hechos que han de ser sustancialmente diversos, sin embargo, el paso de una figura a otra supone una desviación parcial de la estructura típica. En efecto, si bien ambas figuras son construcciones típicas próximas, que aluden a supuestos concretos que pueden ser similares, lo cierto es que se diferencian en lo que la jurisprudencia denomina el «requisito subjetivo». Así, en la estafa el «engaño», en la apropiación «el abuso de confianza»⁶³⁰. Son elementos típicos que no se pueden entender contenidos el uno en el otro, ni tampoco se puede entender una relación de progresión-regresión construida sobre la base de una misma conducta.

Respecto a la causa de la heterogeneidad delictiva, no descartamos la posibilidad de que, desde el punto de vista procesal, se presente en el caso concreto como una

⁶²⁹ Así la STS de 12 de abril de 1999, Sala de lo Penal, ponente Ramos Gancedo (BDA, m. RJ 1999\3113), que estima incongruente la sentencia que condena por delito imprudente (culposo) de obstrucción a la justicia, cuando se acusaba por delito doloso de obstrucción a la justicia. Se establece la falta de homogeneidad entre los tipos dolosos y culposos (doctrina mayoritaria), con lo cual se considera que la sentencia de instancia ocasionó indefensión al calificar por el delito heterogéneo y sin hacer uso de la tesis del art. 733.

Sin embargo, hay otra sentencia del mismo año 1999, que sostiene la homogeneidad de la estafa dolosa y culposa. STS de 25 de junio de 1999, Sala de lo Penal, ponente Marañón Chávarri (BDA, m. RJ 1999\5989).

⁶³⁰ La jurisprudencia no ha sido uniforme en este supuesto. A veces ha sostenido la homogeneidad y en otras ocasiones la heterogeneidad. Tal vez esta ambigüedad se deba a la no distinción de qué es lo que se juzga cuando se habla de homogeneidad-heterogeneidad, partiendo de la base de la inmutabilidad del hecho sustancial. En ciertas sentencias se suele hablar de homogeneidad como sinónimo de inalteridad del hecho sustancial, cuestión que no es objeto de discusión. De lo que se trata en este caso es de apreciar si hay o no una desviación parcial de la estructura típica que no estaba contenida en la calificación de la acusación, y que pueda producir una situación de indefensión en algún aspecto, y lo cierto es que el paso de una figura a otra supone que se contemplen elementos típicos no previstos en el otro, como ya hemos indicado: el engaño en la estafa y el abuso de confianza en la apropiación. La mayoría de la jurisprudencia así parece entenderlo (correctamente). *Vid.* por todas, las siguientes SSTs: Sentencia de 17 de septiembre de 1999, Sala de lo Penal, ponente Prego de Oliver (BDA, m. RJ 1999\7191); Sentencia de 3 de mayo de 2000, Sala de lo Penal, ponente García Ancos (BDA, m. RJ 2000\3448); Sentencia de 15 de febrero de 2002, Sala de lo Penal, ponente Saavedra Ruiz (BDA, m. RJ 2002\2603).

cuestión puramente jurídica, sin su vertiente de modificación fáctica, lo cual acontecerá cuando en sentencia, sin modificación de la imputación fáctica de la acusación, se estima una calificación delictiva que no guarda homogeneidad con la figura propuesta en la acusación. La situación, en abstracto, puede parecer bastante más improbable que las hipótesis de homogeneidad ascendente-descendente, pero en definitiva la cuestión estriba en valoraciones jurídicas y en el conocimiento dogmático del Derecho penal que posean acusador y juez, con lo cual no se puede desechar la posibilidad apuntada. Nótese que en esta misma investigación citamos dos casos de evidentes valoraciones tan manifiestamente equivocadas que llevaron a la valoración de figuras heterogéneas respecto de la que en realidad concurrían (se calificaba de homicidio imprudente aquello que evidentemente constituía homicidio doloso), sin que hubiera un problema de hechos modificados. Nos referimos a dos casos en que un Magistrado-Presidente condenaba conforme al veredicto del Jurado que calificaba de «homicidio por imprudencia» siendo patente que la calificación correcta era la de «homicidio doloso»⁶³¹. También se ha presentado algún supuesto en que el juzgador ha calificado de estafa cuando se acusaba de apropiación indebida, sin modificar el relato fáctico de la acusación. A partir del mismo relato el juzgador ha considerado que la conducta era más de «engaño», el elemento de la estafa, que no de «abuso de confianza», que es el elemento de la apropiación indebida⁶³².

⁶³¹ El primer caso se refería a una muerte producida por el condenado que le propinó a la víctima a lo menos seis cuchilladas en órganos vitales con un cuchillo que tenía una hoja de más de 40 centímetros de longitud, además de propinarle un fuerte golpe en la cabeza que le hundió el parietal (art. 142 CP, homicidio imprudente, art. 138 CP, homicidio doloso). Afortunadamente la STS de 26 de julio de 2000, Sala de lo Penal, ponente Conde-Pumpido Tourón (BDA, m. RJ 2000\7921), corrigió el error.

El segundo caso trata de un Magistrado-Presidente (Audiencia Provincial de Cádiz) que recogía la calificación jurídica del veredicto que calificaba de homicidio imprudente una muerte producida por el acusado que le asestó a la víctima una cuchillada en el corazón, nada menos que con un cuchillo de cocina. También el error fue corregido en STSJ de Andalucía de 21 de septiembre de 2001, Sala de lo Civil y de lo Penal, ponente Gavín Ojeda (BDA, m. JUR 2002\47530).

⁶³² Caso de la STS de 15 de febrero de 2002, Sala de lo Penal, ponente Saavedra Ruiz (BDA, m. RJ 2002\2603).

7.1.7. La heterogeneidad delictiva y el uso de la tesis

La jurisprudencia ha dicho que el juez no puede modificar la calificación jurídica y apreciar en sentencia una figura delictiva heterogénea respecto de la contenida en la acusación, ya que las figuras heterogéneas suponen la consideración de algún elemento típico no previsto en la acusación, con lo cual no se produce debate, y prueba, en su caso, respecto del extremo fáctico y/o jurídico que supone la parcial desviación típica del delito heterogéneo.

Ahora bien, establecido que los delitos heterogéneos no conllevan un cambio de hecho desde el punto de vista normativo, sino sólo la parcial desviación típica, como acontece con las figuras dolosas y culposas, o con las figuras de estafa y apropiación indebida, no vemos inconveniente en que se haga uso de la tesis para introducir a debate contradictorio aquella modificación de la calificación, con o sin sustrato fáctico. La situación vendría a ser análoga a la de la homogeneidad ascendente, salvo en el aspecto de agravación de la consecuencia penal. Por lo tanto, nos remitimos a las consideraciones realizadas a propósito de la homogeneidad ascendente y al uso de la tesis en ese caso.

En cambio, en aquellos supuestos en que la jurisprudencia habla incorrectamente de heterogeneidad delictiva, cuando en nuestra opinión detrás del cambio de calificación jurídica se encubre un cambio sustancial del hecho enjuiciado, es más que evidente que no se debe aceptar el uso de la tesis, ya que a través de ella se estaría introduciendo un hecho sustancialmente diverso. Casos de este tipo serían, como ya dijimos, la «modificación de calificación» desde robo en acusación a receptación en sentencia⁶³³, o

⁶³³ Según pusimos de relieve, este caso fue planteado últimamente en SAP de Granada de 14 de diciembre de 2003, Sección 2ª, ponente Rodríguez Cano (BDA, m. JUR 2003\82473), en la cual se establece que robo y receptación son delitos heterogéneos, cuando en nuestra opinión lo que hay no es un problema de heterogeneidad de calificaciones, sino sencillamente un problema de hechos distintos encubiertos detrás de la modificación de la calificación.

cuando se pasa desde robo con intimidación en la acusación a estafa en sentencia⁶³⁴, o desde falta de daños a malos tratos⁶³⁵.

7.2. *El uso de la tesis (en otros supuestos distintos de la homogeneidad ascendente y heterogeneidad)*

En las páginas precedentes hemos visto cómo mediante la exigencia de homogeneidad delictiva descendente se tutela el derecho de defensa y se compatibiliza con el *iura novit curia* del juzgador, cuando no se plantea la tesis.

Ahora bien, en los demás casos de cambio de calificación en sentencia definitiva, principalmente agravatoria de la consecuencia penal pedida en la acusación⁶³⁶, el art. 733 «exige» (su interpretación jurisprudencial) la formulación de tesis, siendo presupuesto de eficacia para que el juzgador pueda calificar conforme a la misma en la sentencia definitiva, apartándose de la acusación. Este es el otro medio de protección del derecho de defensa y debate contradictorio frente al reconocimiento de que el *iura novit curia* corresponde al órgano jurisdiccional⁶³⁷ y significa «poder» para apartarse de la calificación del hecho punible realizado por la parte acusadora.

El deber de formulación de la tesis presupone lo siguiente:

1) Que el hecho punible mantenga su identidad, igual como acontece en la homogeneidad-heterogeneidad delictiva, lo que implica que la calificación jurídica, en este caso sometida a debate, no importe cambio del objeto del proceso. Con todo, esto no quiere decir, según ya hemos señalado, que se prohíba cualquier cambio fáctico,

⁶³⁴ La STS de 15 de octubre de 2001, Sala de lo Penal, ponente Martín Canivell (BDA, m. RJ 2001\9469), utiliza el argumento de la heterogeneidad de la calificación de robo con intimidación con la de estafa. Creemos que no cabe plantearse la homogeneidad-heterogeneidad.

⁶³⁵ La SAP de Madrid de 6 de septiembre de 2000, Sección 16ª, ponente Lamela Díaz (BDA, m. JUR 2000\307448), se centra en el análisis de la homogeneidad-heterogeneidad de las calificaciones de falta de daños y de malos tratos.

⁶³⁶ Aunque no exclusivamente, porque a nuestro juicio la tesis debiera usarse en hipótesis de *favor rei*.

⁶³⁷ GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Eduardo, «La correlación...», *cit.*, p. 519; ORTELLS RAMOS, Manuel, «Principio acusatorio...», *cit.*, p. 783.

sino todo lo contrario. La tesis tendrá a menudo un sustrato fáctico sobre el cual se apoya la calificación⁶³⁸.

2) Que no sea aplicable la homogeneidad delictiva descendente⁶³⁹, porque se trata de una calificación delictiva agravatoria (homogeneidad ascendente), o de una calificación por figura delictiva heterogénea, o de una calificación de mayor grado de ejecución o de forma de participación más grave, o de una calificación de alguna circunstancia modificativa o eximente que se basa en un hecho que nada tiene que ver con el tipo delictivo.

Previamente nos hemos referido a la necesidad de planteamiento de la tesis en los casos de homogeneidad ascendente y en los supuestos de heterogeneidad delictiva, y a los problemas que se pueden plantear en cuanto a su uso, y a las objeciones teóricas que se pueden hacer respecto a su utilización (ampliación de la imputación fáctica). Pero también, como hemos anunciado, la jurisprudencia ha establecido que la tesis es el cauce necesario para someter a las partes otras posibles modificaciones agravatorias (y en nuestra opinión, lo mismo debería exigirse en ciertos supuestos de modificaciones *favor rei*). Veremos a continuación, aparte los supuestos ya tratados de homogeneidad delictiva ascendente y de heterogeneidad, cómo la jurisprudencia ha venido desarrollando los otros supuestos de modificaciones de calificación jurídica que requieren del previo uso de tesis.

Las hipótesis de uso de la tesis no siempre fueron las mismas. La necesidad de su formulación se ha venido ampliando desde la entrada en vigor de las garantías de la defensa del artículo 24 de la CE. La jurisprudencia del TC y TS entiende que dicho artículo es de aplicación directa en el proceso penal y que viene a derogar normas

⁶³⁸ Vid. GÓMEZ ORBANEJA, Emilio, *Comentarios...*, cit., tomo II, p. 315; SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, *Información...*, cit., p. 786; VERGER GRAU, Joan, *La defensa del imputado...*, cit., pp. 143-147. También los apartados dedicados a la tutela del derecho de defensa y del principio de contradicción.

⁶³⁹ Sin embargo, nada impide que el juzgador, en caso de estimar posible la calificación por un delito homogéneo descendente, pueda plantear la tesis.

procesales o a modificar radicalmente las interpretaciones del art. 733, especialmente la del párrafo 3⁶⁴⁰, que parece restringir su uso.

La clásica interpretación jurisprudencial de los arts. 733 y 851.4 fue, en un principio, que el uso de la tesis procedía en caso de que el juez o tribunal estimara que los hechos constituían un delito más grave (castigado con pena mayor por la ley), considerando que en los demás casos el juzgador se hallaba desvinculado *ab initio*, pudiendo calificar libremente.

Con esta interpretación la jurisprudencia invertía el genuino sentido del art. 733. En efecto, esta disposición partía del supuesto de la máxima vinculación del tribunal con las calificaciones de las partes, y sólo excepcionalmente permitía al tribunal

⁶⁴⁰ Desde la STS de 4 de noviembre de 1986, Sala de lo Penal, ponente Soto Nieto (BDA, m. RJ 1986\6241), que concluye que el art. 24 de la CE deroga el art. 733, párrafo 3. Léanse los Fundamentos jurídicos 5 y 6: «5. (...) La jurisprudencia del Tribunal Constitucional reconoce que la peculiaridad de las Leyes preconstitucionales consiste en que la Constitución es una Ley superior -criterio jerárquico- y posterior -criterio temporal- y la coincidencia de este doble criterio de lugar, de una parte, a la inconstitucionalidad sobrevenida y consiguiente invalidez, de las que se opongan a la Constitución y -de otra- a su pérdida de vigencia a partir de la misma para regular situaciones futuras, es decir, a su derogación -sentencia de 2 de febrero de 1981 (RTC 1981\4)-; inconstitucionalidad sobrevenida que afecta a la validez de la norma y que produce efectos de significación retroactiva mucho más intensos que los derivados de la mera derogación -sentencia de 31 de marzo de 1981 (RTC 1981\9)-. Conllevando todo ello el dictado de actual pérdida de vigencia de la referencia contenida en el penúltimo párrafo del artículo contenida en el penúltimo párrafo del artículo 733 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal a las circunstancias agravantes».

«6. En las conclusiones provisionales formuladas por el Ministerio Fiscal, tras la calificación del hecho como constitutivo de un delito de robo con intimidación de los artículos 500 y 501, número 5.º y último párrafo, y 503, y por remisión de los artículos 505, 506, números 1.º, 2.º y 8.º, todos del Código Penal, se consigna como concurrente la agravante de astucia del número 7.º del artículo 10, sin hacer mención alguna de las circunstancias de premeditación y nocturnidad de los números 6.º y 13.º, más tarde aplicadas en su sentencia por la Sala de instancia, sin haberse hecho por la misma uso de la facultad de propuesta de la tesis, cual autoriza el artículo 733 de la Ley procesal penal; habiendo determinado ello la imposición de la pena de doce años de prisión mayor. La indefensión causada a los procesados con semejante solución ha sido manifiesta, al privárseles de oportunidad impugnatoria alguna respecto de la concurrencia de las acogidas circunstancias agravantes, de las que han sido noticiosos al conocer la sentencia y frente a las cuales nada han podido argumentar al no existir vestigio alguno de ellas en los escritos de calificación. En razón a todo lo expuesto, y por estimarse derogada la referencia contenida en el penúltimo párrafo del artículo 733 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal a las circunstancias agravantes por la Constitución de 1978, procede la estimación del primero de los motivos articulados por el recurrente, al igual que el segundo en el que, también por la vía del número 1.º del artículo 849, se aduce vulneración, por aplicación indebida, de las agravantes referidas de los apartados 6.º y 13.º del artículo 10 del Código Penal. Estimación de sendos motivos que han de aprovechar al coprocesado Jesús Antonio H. B., no recurrente, a tenor de lo prevenido en el artículo 903 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal».

desvincularse previo planteamiento de tesis. Las excepciones eran únicamente dos: distinto delito o la apreciación de eximente de responsabilidad. En lo demás, se impedía el planteamiento de la tesis, debiendo concluirse que, literalmente al menos, la norma imponía vinculación absoluta sobre las circunstancias modificativas de responsabilidad (atenuantes y agravantes), sobre la forma de participación y sobre el grado de ejecución.

Sin embargo, según hemos advertido, la pobre cobertura casacional que se otorgaba en el art. 851.4, restringida exclusivamente a la condena por delito más grave, cuando no se haya hecho uso de la tesis del art. 733, dejando fuera de los motivos de casación las demás hipótesis de infracción de la correlación e incluso aquellas que el mismo art. 733 contemplaba —distinto delito, independiente de su gravedad o la apreciación de eximente de responsabilidad penal⁶⁴¹—, originó la interpretación restrictiva del art. 733, a la par que la amplia desvinculación a la calificación de los hechos, cuando el sentido gramatical del art. 733 era justamente el contrario.

El problema se centra, de consiguiente, en determinar la amplitud del planteamiento de la tesis como técnica de tutela del derecho de defensa. Seguidamente veremos cómo y en qué casos se ha planteado la necesidad de uso de la tesis, incluso más allá del texto del art. 733, y en qué otros se podría plantear haciendo una interpretación extensiva de la norma a otros supuestos no previstos en la disposición legal ni en su exégesis judicial.

7.2.1. Las circunstancias agravantes

Para la apreciación de circunstancias agravantes el juzgador debe plantear previamente la tesis, cuando no han sido alegadas por la acusación.

Sentó esta doctrina la STS de 4 de noviembre de 1986 (BDA, m. RJ 1986\6241), que vino a modificar la antigua interpretación del art. 733, que sostenía que el juez podía apreciar circunstancias agravatorias de oficio, sin necesidad de tesis, la cual era necesaria sólo para estimar un delito más grave.

⁶⁴¹ Vid. GÓMEZ ORBANEJA, Emilio, *Comentarios...*, cit., tomo II, pp. 289-290; ORTELLS RAMOS, Manuel, «Principio acusatorio...», cit., p. 785.

Esta sentencia trata en concreto de un caso en que se acusó por robo con intimidación y se condenó por el mismo delito, pero apreciando las agravantes de premeditación y nocturnidad sin hacer uso de la tesis del art. 733. El TS considera que se causó indefensión por la no aplicación del planteamiento de tesis, al privársele al acusado de la posibilidad impugnatoria de tales circunstancias, estimando en definitiva el motivo del recurso que los acusados articularon invocando la infracción del art. 24.1 (indefensión), basado en el argumento de que entendían que la mencionada norma de la CE venía a derogar el párrafo tercero del art. 733, que, conforme a la interpretación del TS hasta esa época, no obligaba al planteamiento de la tesis para la apreciación de una agravante⁶⁴² —como tampoco para apreciar atenuantes, formas de participación o grados de ejecución— no incluida en la acusación.

Otro caso se presenta en la STS de 9 de marzo de 2000 (BDA, m. RJ 2000\1184)⁶⁴³, en que se estima vulnerado el principio acusatorio, el derecho a un proceso con todas las garantías y derecho a ser informado de la acusación, porque la sentencia de instancia impuso una agravante de reincidencia no pedida por el MF, única parte acusadora⁶⁴⁴.

⁶⁴² La STS de 4 de noviembre de 1986, Sala de lo Penal, ponente Soto Nieto (BDA, m. RJ 1986\6241), establece que: «6. En las conclusiones provisionales formuladas por el Ministerio Fiscal, tras la calificación del hecho como constitutivo de un delito de robo con intimidación de los artículos 500 y 501, número 5.º y último párrafo, y 503, y por remisión de los artículos 505, 506, números 1.º, 2.º y 8.º, todos del Código Penal, se consigna como concurrente la agravante de astucia del número 7.º del artículo 10, sin hacer mención alguna de las circunstancias de premeditación y nocturnidad de los números 6.º y 13.º, más tarde aplicadas en su sentencia por la Sala de instancia, sin haberse hecho por la misma uso de la facultad de propuesta de la tesis, cual autoriza el artículo 733 de la Ley procesal penal; habiendo determinado ello la imposición de la pena de doce años de prisión mayor. La indefensión causada a los procesados con semejante solución ha sido manifiesta, al privárseles de oportunidad impugnatoria alguna respecto de la concurrencia de las acogidas circunstancias agravantes, de las que han sido noticiosos al conocer la sentencia y frente a las cuales nada han podido argumentar al no existir vestigio alguno de ellas en los escritos de calificación. En razón a todo lo expuesto, y por estimarse derogada la referencia contenida en el penúltimo párrafo del artículo 733 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal a las circunstancias agravantes por la Constitución de 1978 (...)».

⁶⁴³ STS de 9 de marzo de 2000, Sala de lo Penal, ponente Marañón Chávarri (BDA, m. RJ 2000\1184).

⁶⁴⁴ Otras sentencias referidas al uso de la tesis para la estimación de circunstancias agravatorias son: STS de 7 de diciembre de 1996, Sala de lo Penal, ponente Delgado García (BDA, m. RJ 1996\8925), que establece la doctrina de que no se puede apreciar en la sentencia un grado de participación mayor ni circunstancias de agravación; STS de 4 de marzo de 1999, Sala de lo Penal, ponente Martínez-Pereda Rodríguez (BDA, m. RJ 1999\1948), que estima un recurso de casación del MF en que pide

7.2.2. Mayor grado de ejecución y forma de participación más grave

El juzgador debe plantear la tesis para poder condenar por igual título de condena, pero por un mayor grado de ejecución o forma de participación más grave que la que se afirma en la acusación.

Con respecto a la participación, a modo de referencia citamos la STS de 15 de febrero de 1991 (BDA, m. RJ 1991\1064). El caso consiste en que la sentencia de instancia condenó al acusado como autor de un delito de tráfico de drogas, agravado por la introducción de sustancia a establecimiento penitenciario, concurriendo la agravante genérica de reincidencia, a la pena de seis años y un día de prisión mayor.

Contra la anterior resolución, el acusado recurrió en casación alegando el motivo del art. 851.4, por haber sido condenado por un delito más grave que el que había sido objeto de acusación, sin el uso del art. 733. Alegó que se le condenó por el delito en grado de consumación cuando había sido acusado por el delito en grado de tentativa, sin el uso de la tesis, lo cual constituye una infracción al principio acusatorio establecido en la disposición invocada.

El TS declara haber lugar al primer motivo del recurso, pero entiende que en correcta técnica procesal lo que motivó el recurso fue una infracción al principio acusatorio, derecho de defensa (indefensión) y contradicción, consagrado como un complejo de garantías en el art. 24.2 de la CE, de manera que lo que realmente estima

casación por el art. 849.1, porque se acusó por un delito de robo con fuerza en las cosas con la agravante de ser perpetrado en casa habitada, pero por error el MF citó una norma no referida al robo con fuerza sino al robo con violencia o intimidación, aun cuando todos los hechos que narra dan lugar a entender que es un robo con fuerza en las cosas, así además lo dice, y también se deduce de su alegación de la agravante de «casa habitada». Entiende el TS que corresponde sancionar por robo con fuerza con agravante de casa habitada, anula la sentencia y condena por esto; STS de 9 de marzo de 1999, Sala de lo Penal, ponente Jiménez Villarejo (BDA, m. RJ 1999\1956), que desestima que la apreciación de una circunstancia agravante pedida por la acusación (el monto de lo defraudado) lo sea como «muy calificada». Calificación que no fue pedida por la acusación y que conlleva los correspondientes efectos penológicos. Se argumenta que el juez puede calificar siempre que eso no signifique modificar los hechos o introducir hechos respecto de los cuales no se ha debatido; STS de 23 de abril de 1999, Sala de lo Penal, ponente García-Calvo y Montiel (BDA, m. RJ 1999\4125), que desestima la incongruencia por exceso alegada. La reincidencia que no había sido pedida por el MF (acusador), aunque no se le considera como agravante, se valora para la regulación de la pena dentro del grado que corresponde, lo cual, según el TS, no constituye cuestión de incongruencia ni infracción de principio acusatorio. A nuestro juicio la solución es muy dudosa, porque de todos modos la reincidencia, que es una circunstancia no alegada por la acusación, al ser tenida en cuenta para regular la pena a imponer, produce de igual forma que la agravante un efecto agravatorio.

infringido es el precepto constitucional⁶⁴⁵. En concreto, considera el TS que estas garantías prohíben la introducción de cualquier elemento agravatorio sin dar posibilidades de defensa y contradicción, de modo que la calificación de los hechos acusados como constitutivos de delito consumado cuando la acusación los calificaba de tentados, sin haber realizado el juzgador planteamiento de tesis, supuso la infracción indicada, al penar por un delito más grave que el que había sido objeto de acusación, pues el TS concluye que todo delito consumado configura un ilícito penal más grave que el mismo pero en grado de tentativa.

Por estos fundamentos estima el recurso y dicta segunda sentencia⁶⁴⁶ en la que condena al acusado como autor de un delito de tráfico de drogas, agravado por la introducción de sustancias en establecimiento penitenciario, pero en grado de tentativa,

⁶⁴⁵ Vid. STS de 15 de febrero de 1991, Sala de lo Penal, ponente Puerta Luis (BDA, m. RJ 1991\1064): «PRIMERO.- (...) Al examinar el contenido y alcance del art. 24 de la Constitución, y por lo que concierne al principio acusatorio contemplado en el mismo, el Tribunal Constitucional ha declarado que el referido artículo establece un sistema complejo de garantías íntimamente vinculadas entre sí -principio acusatorio y de contradicción y defensa y prohibición de la indefensión- que en el proceso penal se traduce en la exigencia de que, entre la acusación y la sentencia, exista una relación de identidad del hecho punible, de forma tal que la condena recaiga sobre los hechos que se imputan al acusado, como configuradores de ilicitud, punibilidad y responsabilidad criminales, puesto que el debate procesal vincula al Juzgador impidiéndole excederse de los términos en que viene formulada la acusación o apreciar hechos o circunstancias que no han sido objeto de consideración de la misma, ni sobre las cuales, por lo tanto el acusado ha tenido ocasión de defenderse a no ser que el Tribunal sentenciador los ponga de manifiesto, introduciéndolos en el debate por el cauce que, al efecto previene el art. 733 de la Ley de Enjuiciamiento criminal (...) En suma, la condena no puede ir más lejos de lo que fueron las acusaciones en ninguno de los extremos (...) En el presente caso, el Ministerio Fiscal -única parte acusadora-, en sus conclusiones definitivas, calificó los hechos como constitutivos de un delito contra la salud pública, en grado de tentativa, del art. 344, en relación con el art. 344 bis a) 1.º del Código Penal, concurriendo la agravante del n.º 15 del art. 10 del mismo cuerpo legal. En tanto, que la sentencia recurrida condena al procesado como autor del mismo delito en grado de consumación. Es visto, pues, que, independientemente de las penas solicitadas por el Fiscal en aquellas conclusiones, el Tribunal de instancia ha desconocido las exigencias propias del principio acusatorio, penando al acusado por un delito más grave del que había sido acusado; por cuanto la consumación de cualquier tipo delictivo constituye una infracción penal más grave que la mera tentativa del mismo delito, lo cual tiene su correspondiente trascendencia desde el punto de vista penológico (vid. art. 52 del Código Penal)».

⁶⁴⁶ El TS, cuando estima que hay infracción de precepto constitucional (art. 5.4 LOPJ), asume que se trata de un caso en que se debe aplicar la norma del art. 902 tomando el recurso de casación naturaleza rescisoria y, por lo tanto, debiendo dictarse sentencia de reemplazo por él mismo. Vid. LUZÓN CUESTA, José María, *El recurso de casación penal*, Colex, Madrid, 1993, pp. 134-135.

concurriendo la agravante de reincidencia, a la pena de tres años de prisión menor y trescientas mil pesetas de multa.

Con relación a la forma de participación más grave, si bien la jurisprudencia que la desarrolla no es nutrida en el tratamiento particular de la misma, podemos citar la STS de 7 de diciembre de 1996⁶⁴⁷. Otra sentencia que se refiere específicamente a la condena por más grave forma de participación es la STS de 27 de febrero de 1985 (BDA, m. RJ 1985\1551)⁶⁴⁸. En ambas se declara en términos generales que la más grave forma de participación ha de ser sometida a debate para que el juzgador la pueda estimar en sentencia, ya que una forma de participación más grave produce la agravación de la consecuencia penal.

7.2.3. Concurso medial y real. Arts 75, 76, 77 del CP

Estos supuestos presentan un problema doble, razón por la cual se requiere de una previa aclaración conceptual. De una parte está la cuestión de la calificación jurídica que se puede suscitar cuando la acusación imputa un delito en concurso medial (ideal desde el punto de vista penológico) y se condena separadamente por varios delitos, como concurso real, o viceversa, debiendo dilucidarse si el juzgador tiene o no libertad para hacer una calificación u otra y si ello puede involucrar una infracción al principio acusatorio y/o derecho de defensa.

Pero aparte de lo anterior, también se puede suscitar el problema del concepto de la identidad del hecho por el que se define el objeto del proceso, esto es, si nos hallamos frente a un hecho o a varios desde el punto de vista procesal, cuestión que tiene

⁶⁴⁷ Citada por MORENO CATENA, Víctor, *El proceso penal, cit.*, tomo III, p. 2412. La STS razona así: «La clase de delito, si este fue o no consumado, el grado de participación del acusado y las circunstancias agravantes han de estar recogidas en la acusación, de modo que en la sentencia no puede condenarse más gravemente que lo que por ley corresponda conforme a todos esos elementos concretados por los acusadores. No se puede condenar por un delito distinto, ni se puede apreciar en la sentencia un grado de perfeccionamiento o de participación más grave, ni apreciar una circunstancia de agravación no pedida, salvo supuestos de homogeneidad entre lo solicitado por las acusaciones y lo recogido por el Tribunal, que supongan tal semejanza que impida la posibilidad de indefensión, porque todos los puntos de la sentencia pudieron ser debatidos al haber sido contenidos en la sentencia».

⁶⁴⁸ STS de 27 de febrero de 1985, Sala de lo Criminal, ponente Rodríguez López (BDA, m. RJ 1985\1551).

evidente interés para determinar la exigencia de inmutabilidad del objeto del proceso. Este segundo punto ya lo hemos tratado precedentemente⁶⁴⁹, razón por la que en este apartado nos centraremos fundamentalmente en la primera cuestión que es la que nos interesa con relación a los poderes de calificación y el uso de la tesis.

Respecto a la acusación por concurso medial que en sentencia se sanciona como concurso real⁶⁵⁰, se puede citar, en primer lugar, la STS de 20 de septiembre de 1999 (BDA, m. RJ 1999\7384). Trata de una acusación por los delitos de asesinato y robo con intimidación en concurso medial, pero que el juzgador sancionó como delitos en concurso real. El acusado recurrió en casación por infracción de ley porque consideró infringido el art. 77 del CP que regula el concurso medial, y también invocó la infracción del art. 24 de la CE (acusatorio, defensa y contradicción).

⁶⁴⁹ *Vid.* los apartados 2 y 3, II, Sección Segunda, Capítulo II.

⁶⁵⁰ El concurso medial no es otra cosa que un concurso real, pero asimilado en cuanto a su tratamiento penológico al concurso ideal. *Vid.* GARCÍA ALBERO, Ramón, *Comentarios...*, *cit.*, pp. 418-432.

Sin embargo, el TS⁶⁵¹ es claro al desestimar el recurso al considerar que no se puede hacer ninguna objeción a la sentencia recurrida en cuanto ésta se mantuvo dentro del objeto del proceso conformado por los hechos exclusivamente. Sostiene que entre acusación y sentencia se ha mantenido la inalterabilidad de los hechos. Y además agrega que la defensa tuvo perfecto conocimiento de los hechos y de la calificación hecha por la acusación que no dista sustancialmente de la realizada en sentencia, de modo que tampoco tiene sustento alegar la infracción al derecho de defensa y contradicción.

Lo que se plantea sobre el cambio de calificación desde concurso medial (art. 77 del CP) en la acusación a concurso real en la sentencia, es que no produce ningún problema con respecto al derecho de defensa y la necesidad del uso de la tesis, porque

⁶⁵¹ STS de 20 de septiembre de 1999, Sala de lo Penal, ponente Martínez-Pereda Rodríguez (BDA, m. RJ 1999\7384), establece: «TERCERO.- (...) Como destacó ya la Sentencia de 24 de noviembre de 1992 (RJ 1992\9511), el sentido general de la jurisprudencia tanto de esta Sala como del Tribunal Constitucional es la interdicción de que se introduzcan «hechos nuevos» no aducidos por la acusación y que varíen esencialmente la subsunción; sea en mayor entidad, lo sea en menor punitivamente, pues en ambos casos se habrá originado indefensión. Por su parte la Sentencia 172/1993, de 8 de febrero (RJ 1993\939) manifiesta que constituye una constante y pacífica doctrina del Tribunal Constitucional (...) que si bien la acusación ha de ser precisa respecto del hecho delictivo por el que se formula la pretensión punitiva y la sentencia tiene que ser congruente con tal calificación activa, sin la introducción de ningún nuevo elemento del que no existiera posibilidad de defensa, ello no supone, en modo alguno, que todos los elementos contenidos en el escrito de conclusiones provisionales, conforme al artículo 650 de la Ordenanza procesal penal, o las modificaciones producidas en el juicio oral, con las calificaciones definitivas, tengan que ser igual de vinculantes para el órgano sentenciador, ya que de tales complejos elementos sólo dos son los que ostentan verdadera eficacia delimitadora del proceso y virtualidad vinculatoria de la correlación acusación-condena y, en definitiva, de la congruencia de la sentencia penal: a) Un elemento objetivo, el hecho por el que se acusa, o lo que es lo mismo, el conjunto o complejo de elementos fácticos que sustentan la realidad de la existencia de la concreta y pasada infracción delictiva, en vida y perfección, con sus circunstancias modificativas. b) Un elemento subjetivo, consistente en la participación del acusado o acusados en tal hecho, lo que les ha conferido la legitimación pasiva. Esta plural configuración objetivo-subjetiva viene a identificarse con el propio objeto del proceso penal, que en el período del plenario, pasada ya la fase de investigación previa, cautelar y aseguratoria, gira en torno a unos hechos o en la alegación de otros enervadores o neutralizadores de aquéllos, lo que quiere decir, que el juicio versa sobre un elemento que se apoya u opone por las partes y que fundamenta una pretensión pluralmente con base fáctica y jurídica. Ciertamente que la base fáctica de la acusación constriñe al Tribunal, que no puede introducir en su sentencia ningún nuevo hecho que sea perjudicial para el acusado, que no figurara previamente en el escrito de imputación, pero ello no puede implicar, en modo alguno, que el relato de hechos probados de la resolución final tenga que circunscribirse al mismo descrito por las acusaciones, ya que la Sala de instancia puede ampliar detalles o datos para hacer más completo y comprensivo el relato, de conformidad con las pruebas practicadas en el juicio y con la finalidad material y la mejor reproducción de la pasada realidad».

el cambio de calificación no supuso una exasperación de la consecuencia penal para el recurrente, de modo que todo se limita a una pura cuestión de encasillamiento jurídico de los hechos en la figura del concurso medial o real. La consideración de la exasperación o agravación de la consecuencia penal, como se verá en el siguiente caso, es fundamental a la hora de decidir sobre la estimación o no de la impugnación por el no uso de la tesis del art. 733.

En efecto, la STS de 8 de octubre de 1999 (BDA, m. RJ 1999\8118) sostiene el mismo criterio de la agravación de pena. Trata de una acusación por varios delitos en concurso medial, pero con condena por los mismos en concurso real. El acusado recurrió en casación y denunció una supuesta infracción del principio acusatorio (defensa y contradictorio), con base en el art. 24.2 de la CE.

El TS estima el recurso de casación por la supuesta infracción del acusatorio. Sus fundamentos están motivados esencialmente en que la sentencia recurrida al penalizar por delitos en concurso real impone una pena sustancialmente superior a la pedida por la acusación, sin hacer uso de la tesis del art. 733.

La STS⁶⁵² señala en apoyo de su decisión que todo elemento de calificación, como lo es la apreciación de un concurso medial o de concurso real, es vinculante para el

⁶⁵² STS de 8 de octubre de 1999, Sala de lo Penal, ponente Ramos Gancedo (BDA, m. RJ 1999\8118): «SEPTIMO.- (...) Y son numerosas las Sentencias de esta Sala que han consolidado el criterio de que la calificación jurídica engloba a las pretensiones efectuadas por el Fiscal respecto a la clase de delito, el nivel de perfeccionamiento de éste, el grado de participación del acusado y las circunstancias agravantes («ad exemplum», SSTS de 5 de mayo de 1997 [RJ 1997\3625] y 22 de septiembre de 1998) en cuanto que de ellos depende la específica responsabilidad penal que se imputa y todos ellos emanan de los hechos de los que se acusa».

«En nuestro caso, y a tenor de esta doctrina, no parece aventurado integrar también en el ámbito de esa calificación jurídica que debe respetar el Tribunal Sentenciador, la conceptualización efectuada por el Fiscal de la instancia de que los delitos imputados están relacionados entre sí por el vínculo instrumental y, por eso, constituyen una figura de concurso medial prevista y regulada en el art. 77 CP. (...) Del mismo modo que cuando la acusación califica los hechos imputados como constitutivos de delito continuado, considera esta Sala que el principio acusatorio impone al Tribunal ceñirse a esa calificación y no le estará permitido modificarla sancionando individualizadamente cada una de las ilícitas conductas que supondría una exacerbación de la pena en notorio perjuicio del encausado; y ello es así porque, en tal caso, el Tribunal no se limitaría a aplicar las reglas especiales para la aplicación de las penas de la Sección 2ª, del Capítulo II, del Título III del CP, que son disposiciones a observar una vez sentadas las bases fácticas y jurídicas sobre las que dichas reglas operan, sino que habría alterado sustancialmente esas bases ya preestablecidas en el debate procesal a las que debe atenerse sin introducir nuevos aspectos jurídico-penales en perjuicio del acusado».

juzgador, sobre todo cuando ese cambio calificadorio supone una agravación de la consecuencia penal, siendo el sometimiento de la tesis el medio por el cual el juzgador se puede desvincular.

En consecuencia, la tesis de la STS es que, en caso que la sentencia cambie de apreciación de concurso, desde delitos en concurso medial a uno en concurso real y ello tenga efectos de agravación de la consecuencia penal, deberá ser considerada una cuestión de calificación como las demás —subtipo agravado, participación más grave, grado de perfeccionamiento mayor, agravante—, lo cual obligaría al uso de la tesis del art. 733 para que el juzgador pueda estimarla en definitiva. De no hacerlo se produciría una infracción al «principio acusatorio» en su contenido de proscripción de la indefensión.

Aunque ello no sea precisamente una infracción del principio acusatorio, como pretende la STS, consideramos acertada la solución en el sentido de estimar necesario el uso de la tesis para que el juzgador pueda acoger en sentencia un delito en concurso real cuando en la acusación se acusaba por concurso medial. Consecuentemente, y en esta misma línea, discrepamos del criterio sostenido en la STS de 14 de mayo de 1984 (BDA, m. RJ 1984\2607)⁶⁵³, en la cual se utilizó un criterio distinto al precedente (que

«Porque es que, además, y sobre todo, el Tribunal «a quo», al rechazar la concurrencia del concurso ideal de delitos pretendida por la acusación y al calificar los hechos como concurso real, penándolos por separado, quebranta una de las reglas básicas que conforman el principio acusatorio: la prohibición de imponer pena que exceda a la más grave de las acusaciones. Según se ha señalado anteriormente, el Fiscal solicitó una pena total de doce años de prisión, la máxima posible a tenor de las sanciones establecidas por la ley para los ilícitos cometidos, y la regla penológica del art. 77 CP (...)).»

«Por último, significar que el Tribunal Sentenciador ni siquiera hizo uso del art. 733 LECrim, que le permite plantear la tesis y es en la Sentencia donde se rechaza la concurrencia del concurso instrumental aducida por el Fiscal con la consiguiente e inevitable repercusión penológica que tal decisión implica, privando de esta manera al acusado de la posibilidad de alegar en contra de la construcción jurídica introducida por el Tribunal y de defenderse de la misma, que se plantea en términos decisorios de una manera novedosa, sorpresiva y con inequívoca y perjudicial relevancia en la sanción que finalmente se establece por el juzgador».

⁶⁵³ STS de 14 de mayo de 1984, Sala de lo Criminal, ponente Moyna Ménguez (BDA, m. RJ 1984\2607): «CONSIDERANDO:- (...) razonando en sus Considerandos segundo y tercero el carácter continuado del delito de falsificación y la inexistencia de relación medial o antecedente de la falsedad respecto de la apropiación indebida, rechazaba -respectivamente- la aplicación del art. 71, y estimaba un delito continuado de falsificación, condenando concretamente a las penas de seis años y un día por la apropiación indebida y de dos años, cuatro meses y un día por la falsificación; y de esta confrontación entre el acta definitiva de acusación y la sentencia dictada se desprende que la Sala ha

compartimos) y entendió que había un puro problema de calificación —de subsunción— y que conforme al acusatorio lo que se prohíbe es penalizar por delito distinto más grave, que no es el caso porque aquí se penaliza por los mismos delitos, pero separadamente, considerando innecesario el uso del art. 733.

La sentencia en comento parece olvidar que la apreciación de concurso medial o real, según sea el caso, exige una calificación jurídica autónoma sobre los tipos bases en los que se aplica la valoración extra de la estimación de concurrencia o no concurrencia de la asimilación jurídico-penológica al concurso ideal, sobre la base de la apreciación o no de una relación medial. Es decir, de que una infracción sea el medio necesario para la comisión de la otra, lo que justifica la calificación de delitos en concurso medial⁶⁵⁴ y su consecuente castigo como concurso ideal, y no como real. Entonces, a nuestro juicio, no se puede hablar con propiedad de que son los «mismos delitos» sin más, despreciando la construcción jurídica especial del concurso medial.

Pero, además, creemos que el uso de la tesis no sólo se justifica en el caso de que el cambio de medial a real en la sentencia lleve aparejada una consecuencia jurídico penal en perjuicio del acusado (agravatoria), sino también al revés, esto es, de real a medial, lo que debiera producir, normalmente, una consecuencia jurídico penal a favor del acusado. A nuestro juicio, la necesidad de previa formulación de tesis debiera ser

respetado -cualitativamente- el «títulos condemnationis» de las conclusiones del Ministerio Público, salvo la continuidad delictiva predicada de los delitos de falsificación de documentos y sellos -perfectamente admisible sin mengua para el principio acusatorio- -S. de 5 de noviembre 1957 ([RJ 1957/2945](#)), sin perjuicio de que -cuantitativamente-, al no aceptar el concurso ideal entre ambos delitos, los sancionara separadamente bajo el régimen de acumulación material o matemática de penas, resultando una pena mayor que es la suma de las correspondientes a cada uno de ellos; ante la realidad procesal precedentemente expuesta, el acusado ha renunciado a impugnar el criterio de la sentencia al hacer aplicación al caso de las normas penológicas del concurso real, y opta, en el primer motivo de su recurso, a redargüir(la) la nulidad con base en el núm. 4.º del art. 851 de la L. E. Crim., sin advertir que en el enjuiciamiento penal vigente la libertad calificadora del Tribunal de instancia es amplísima siempre que no se condene por «delitos más graves» que los que fueron objeto de acusación, aunque las penas impuestas fueren superiores a las solicitadas por las partes acusadoras, si bien dentro de los límites de las que correspondan legalmente, y este criterio, que deriva directamente del art. 733 y 851 4.º de la L. Procesal, viene siendo afirmado por una doctrina jurisprudencial inveterada y no ha sido violentado en este caso por cuanto se ha respetado la calificación delictiva, y, al aceptarse otro punto de vista sobre el concurso de delitos con trascendencia sobre la aplicación de las penas y haciendo subsunción en la norma legal pertinente -inciso final de párr. 2.º del art. 528-, no se ha infringido el principio acusatorio (...)).»

⁶⁵⁴ Vid. COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás, *Derecho penal*, cit., pp. 769-780.

ineludible, basándose tal conclusión en el deber de tutelar en el proceso el derecho de defensa y debate contradictorio sobre todos los elementos jurídicos y fácticos que tengan relevancia penal, derecho que pertenece a las partes en igualdad procesal.

7.2.4. Planteamiento de la tesis en casos favor rei, que no supongan regresión delictiva (homogeneidad descendente)

Particularmente importante es este punto con el fin de establecer que la estimación de oficio de un elemento *favor rei* ocasiona indefensión al acusador en caso de no formularse previa tesis, ya que se estimaría en sentencia definitiva un elemento favorable al acusado, pero con falta de debate contradictorio sobre el mismo, justo lo que pretende tutelar la «tesis», según se desprende de la acertada interpretación del artículo 733.

Si se guarda coherencia con lo sostenido acerca de la homogeneidad descendente, habría que mantener la necesidad de formular la tesis fuera del caso de la modificación descendente del título de condena (homogeneidad descendente). Hemos dicho que en el supuesto de homogeneidad descendente no es necesario el uso de la tesis, ya que en el fondo se ha debatido sobre todos y cada uno de los elementos fácticos y jurídicos introducidos por la acusación, limitándose la sentencia a quitar algún elemento fáctico-jurídico o puramente jurídico, haciendo una calificación jurídica descendente.

El planteamiento de la tesis, en cambio, parece plenamente justificado cuando se trata de valorar en sentencia un elemento fáctico ajeno al hecho típico, pero que tenga algún efecto jurídico sobre el mismo. Nos referimos, por ejemplo, a algún hecho atenuatorio, que no estando introducido en la acusación ni en la defensa, pueda desprenderse de la práctica de la prueba, en cuyo caso su consideración jurídica podría ocasionar un efecto jurídico-penal.

Lo mismo habría que concluir respecto a algún elemento que diera lugar a una eximente o eximente incompleta no alegada. Por lo demás, en el supuesto de la eximente la misma norma del art. 733 contempla expresamente la necesidad de tesis.

La jurisprudencia, sin embargo, se ha negado a hacer esta interpretación, como muy claramente lo han puesto de manifiesto GÓMEZ ORBANEJA⁶⁵⁵, ORTELLS RAMOS⁶⁵⁶ y DE LA OLIVA SANTOS⁶⁵⁷. No obstante, citamos una sentencia que nos parece puede servir como fundamento *obiter dicta* en apoyo a la doctrina del uso del art. 733 para poder estimar un elemento que favorezca al acusado, aunque no se refiera precisamente a nuestro tema.

Nos referimos a la STC de 29 de noviembre de 1999 (BDA, m. RTC 1999\215). Se trata de una sentencia de apelación que estimó el recurso interpuesto por el acusado-recurrente en contra de la sentencia de primera instancia, pero por un motivo distinto del invocado por éste.

El acusador particular recurrió en amparo alegando la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 de la CE) en razón de que la sentencia recurrida resolvió apartándose del debate contradictorio, ocasionando la consiguiente indefensión.

El TC considera que la sentencia de apelación, al haber estimado el recurso de apelación por un motivo distinto del que dedujo el apelante, privó a la parte apelada (el acusador) de poder debatir y le ocasionó «indefensión material». Establece además que si el tribunal deseaba apreciar un motivo distinto del planteado por el recurrente podría haber ordenado la vista y sometido en ella la cuestión a las partes —como la tesis— conforme al art. 795.6 (actual art. 791.1).

A nuestro juicio, aun con la especificidad que supone la correlación de la sentencia en segunda instancia por las diferencias que hay con la forma de delimitación del objeto del proceso (objeto del recurso), lo que queda claro en esta STC⁶⁵⁸ es que el

⁶⁵⁵ GÓMEZ ORBANEJA, Emilio (con Herce Quemada), *Derecho procesal penal*, Artes Gráficas y Ediciones, décima edición, Madrid, 1984, p. 412.

⁶⁵⁶ ORTELLS RAMOS, Manuel, «Correlación...», *cit.*, pp. 549-550; y del mismo autor «Principio acusatorio...», p. 786.

⁶⁵⁷ DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, «Disponibilidad del objeto...», *cit.*, p. 9898.

⁶⁵⁸ STC de 29 de noviembre de 1999, Sala Segunda, ponente Conde Martín de Hijas (BDA, m. RTC 1999\215), establece: «5. Esta incongruencia supuso la introducción de un elemento en el debate procesal sobre el que la parte apelada no tuvo oportunidad de defenderse; pues, de un lado, ni la apelación del condenado penalmente ni la de la responsable civil suscitaron esta pretensión; y, de otro,

derecho de defensa procesal corresponde a las partes dentro del proceso penal y que la estimación de oficio de una cuestión jurídica a favor del acusado (que en este caso plantea un recurso) puede generar situaciones de indefensión por falta de conocimiento y debate de la misma. Ésta sería una razón por la que podríamos concluir nosotros (la sentencia no llega a ello, sin embargo da pie para concluirlo) la igual necesidad de uso de tesis del art. 733 en casos de calificaciones de oficio *favor rei* en primera instancia.

7.3. *La asunción de la tesis por las partes como requisito añadido para poder ejercer el poder de calificación jurídica*

Casi toda la jurisprudencia que se ha venido citando desde la STC de 4 de octubre de 1985 (BDA, m. RTC 1985\104) ha optado por acoger la doctrina de «ampliación del acusatorio», incluyendo en el principio acusatorio al derecho de defensa y a la proscripción de la indefensión⁶⁵⁹, a partir de una especial interpretación del mismo y de la tesis del art. 733, basada en el art. 24 CE. No obstante, parte de esa misma jurisprudencia seguía reconociendo que los tribunales gozaban de la facultad de

fue introducida en la Sentencia por el Juez de apelación, cuando ya no era posible alegar adecuadamente en su contra. Por tanto, la incongruencia ocasionó la indefensión material del recurrente. Todo ello derivó en la causación de efectivos perjuicios para la parte apelada, pues la absolución del condenado penalmente y la anulación de la Sentencia de primera instancia en la que se había declarado la responsabilidad civil directa tanto del acusado como de la entidad aseguradora FIATC, tuvo como consecuencia obligada la revocación de dicho pronunciamiento y la ausencia de una nueva declaración sobre la responsabilidad civil en segunda instancia. Por tanto, la parte apelada, y recurrente en amparo, se vio privada de su derecho a la indemnización que había sido declarado en primera instancia».

«Frente a todo ello no puede sostenerse, en primer lugar, que al ser la apelación un nuevo juicio el Tribunal carece de límites en la revisión instada, pues en todo caso ésta «debe encuadrarse dentro de las pretensiones ejercitadas en la segunda instancia» (STC 19/1992 [RTC 1992\19], fundamento jurídico 2º), ni puede alegarse el principio «iura novit curia», pues la incongruencia producida no constituye un mero desajuste respecto de las alegaciones o argumentos sobre la aplicación de las normas jurídicas, sino que la decidida es una pretensión distinta de la formulada por el recurrente en apelación, variando así, sin debate contradictorio, el objeto del proceso».

«En segundo lugar, tampoco se trata de uno de los supuestos en los que el Tribunal puede pronunciarse de oficio. De manera que si el Tribunal tuvo dudas sobre la declaración de hechos probados, pudo haber acordado la celebración de vista oral (art. 795.6 LECrim) y en ella someter a las partes la cuestión, dando oportunidad, así, a la apelada para sostener la efectiva concurrencia de tratamiento médico -a partir de los informes médicos obrantes en autos- y, por tanto, pudiendo mantener, en su caso, el fallo condenatorio previa rectificación de los hechos probados».

⁶⁵⁹ Vid. en esta línea a MARTÍNEZ ARRIETA, Andrés, *La nueva concepción...*, cit., pp. 61-75.

calificación jurídica y que el objeto del proceso estaba configurado por el hecho punible (en su concepción normativa), sin concluir otra cosa que la necesidad de planteamiento de la tesis a las partes, ampliando el debate contradictorio. Sin embargo, otra jurisprudencia, específicamente del TS⁶⁶⁰, comienza a extraer la consecuencia lógica, aunque no plenamente acertada, que estaba latente en dicha interpretación del acusatorio y del art. 733.

Esta jurisprudencia considera que el planteamiento de la tesis por el juez no basta para que éste acoja en la sentencia calificaciones jurídicas más graves que las pedidas en la acusación, sino que además requiere que la tesis sea asumida por una de las partes (acusadoras), porque en caso contrario se considera que el órgano jurisdiccional asume funciones acusadoras⁶⁶¹. Es decir, el art. 733 contiene en opinión de esta jurisprudencia, una «acusación» que el tribunal le presenta a las partes en forma de «tesis»⁶⁶². Luego, esa «tesis-acusación» tiene que ser asumida por una parte para que el juez pueda estimarla en definitiva. De lo contrario, el juzgador estaría erigiéndose en acusador y juez. Así se puede colegir, por ejemplo, de la STS de 23 de mayo de 1990 (BDA, m. RJ 1990\4413)⁶⁶³.

⁶⁶⁰ Vid. GIMENO SENDRA, Vicente, *Derecho Procesal Penal*, cit., segunda edición, pp. 214-215.

⁶⁶¹ También hay autores que así lo entienden, por ejemplo, IBÁÑEZ Y GARCIA-VELASCO, Miguel, *Curso...*, cit., pp. 11-12; RUIZ VADILLO, *El principio acusatorio...*, cit., pp. 203-204.

⁶⁶² Vid. DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, «Disponibilidad del objeto...», cit., pp. 9892-9899. También en *Derecho procesal penal*, cit., pp. 564-572.

⁶⁶³ STS de 23 de mayo de 1990, Sala de lo Penal, ponente Ruiz Vadillo (BDA, m. RJ 1990\4413): «SEGUNDO. (...) La doctrina de esta Sala respecto al principio acusatorio, y a su incidencia en él del artículo 733 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, es bien conocida. La Sala no puede condenar por delito distinto al que fue objeto de acusación, ni aun siendo menos grave, salvo que sea homogéneo, ni puede establecer grado distinto de perfeccionamiento ni de participación ni establecer, por último, circunstancias de agravación no invocadas por la acusación. En definitiva, el acusado tiene derecho a conocer la acusación que contra él se formula, en circunstancias idóneas para defenderse de ella, sin que el Tribunal juzgador pueda extravasar estos límites ni siquiera cuando, haciendo uso de las facultades excepcionales que le atribuye el artículo 733 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la acusación no asuma la calificación más grave que en forma de tesis ofrece el juzgador a quienes acusan, porque de hacerlo se infringiría el derecho de defensa rectamente entendido, conforme a nuestra Constitución ([RCL 1978\2836](#) y [ApNDL 1975-85, 2875](#)) y el principio esencial de «quien acusa no puede juzgar y el que juzga no puede acusar, y no cabe duda que si el Ministerio Fiscal u otra parte acusadora no es receptiva a la invitación del Tribunal juzgador de construir una calificación más agravada respecto a la que por propia iniciativa mantiene en esa zona que extravasa el contenido de las

Con una argumentación similar las siguientes SSTs⁶⁶⁴: Sentencia de 1 de diciembre de 1987 (BDA, m. RJ 1987\9515); Sentencia de 3 de noviembre de 1988 (BDA, m. RJ 1988\8959); Sentencia de 25 de octubre de 1989 (BDA, m. RJ 1989\8477); Sentencia de 11 de diciembre de 1989 (BDA, m. RJ 1989\9520); Sentencia de 7 de febrero de 1990 (BDA, m. RJ 1990\1290); Sentencia de 21 de septiembre de 1990 (BDA, m. RJ 1990\7208); Sentencia de 6 de noviembre de 1990 (BDA, m. RJ 1990\8673); Sentencia de 30 de diciembre de 1990 (BDA, m. RJ 1990\9410); Sentencia de 4 de abril de 1997 (BDA, m. RJ 1997\2699); Sentencia de 24 de junio de 2002 (BDA, m. RJ 2002\8422).

Resulta curioso que la jurisprudencia, llegando a la conclusión de que la tesis tiene naturaleza de acusación⁶⁶⁵, y de la consecuente necesidad de que sea asumida por alguna parte acusadora para poder estimarla en sentencia, no se haya cuestionado en absoluto el problema que eso significa para la debida imparcialidad objetiva que debe tener el juez en aquello que ha de resolver, puesto que no se ve cómo el juez puede proponer una acusación y después resolver sobre la misma sin que eso afecte su imparcialidad objetiva. Y lo peor de todo, es que no se ve tampoco que esa pérdida de imparcialidad objetiva al proponer la tesis se subsane porque el acusador la asuma como propia⁶⁶⁶.

calificaciones formales de la acusación, sería el juzgador quien sostendría la acusación más grave, lo que no es constitucionalmente correcto (...)).

⁶⁶⁴ Vid. el análisis particularizado de ORTELLS RAMOS, Manuel, «Correlación...», *cit.*, pp. 535-548.

⁶⁶⁵ En el último tiempo el Tribunal Supremo se ha pronunciado señalando directamente que la calificación jurídica más grave realizada por el juzgador supone que éste asuma la función acusadora. Vid. las STS de 26 de septiembre de 2000, Sala de lo Penal, ponente Sánchez Melgar (BDA, m. RJ 2000\10668). En términos más generales, la STS de 27 de marzo de 2000, Sala de lo Penal, ponente Sánchez Melgar (BDA, m. RJ 2000\3480); STS de 13 de noviembre de 2003, Sala de lo Penal, ponente Andrés Ibáñez (BDA, m. RJ 2003\8746).

⁶⁶⁶ Reiteramos que la cuestión fue planteada y resuelta en Derecho italiano, pero respecto a la transmisión de actuaciones al MP cuando el Tribunal considera que de la prueba se desprende un hecho diverso (art. 516 CPPi). Como dijimos, la *Corte Costituzionale* declaró que ese Tribunal no podía enjuiciar la nueva acusación que fuera propuesta por el acusador. El juez del primer juicio queda inhabilitado para enjuiciar la segunda acusación, ya que se hallaría «prevenido». En efecto, la Corte Constitucional en sentencia de 30 de diciembre de 1994, N° 455, declaró constitucionalmente ilegítimo el art. 34, *comma* 2 del Código, que contempla las incompatibilidades de funciones, en la parte que no prevé la incompatibilidad de la función de enjuiciamiento del juez que, conforme al resultado de la prueba del anterior juicio, y respecto del mismo hecho atribuido al mismo imputado, ordenó la transmisión de actuaciones al PM.

A nuestro juicio, sin embargo, no siempre la tesis puede ser considerada acusación. Ello dependerá de si la calificación jurídica más grave formulada en la tesis se asienta en una ampliación de la imputación fáctica, o si sólo se limita a una cuestión de pura valoración jurídica.

La situación de la tesis de agravación basada en la ampliación de la imputación, es un supuesto en que el juez realiza objetivamente una actividad que en principio le está encomendada al acusador, como es la actividad de determinar precisamente la imputación fáctica que se ha de subsumir.

Con ocasión de la homogeneidad ascendente nos hemos referido a la posibilidad de la formulación de la tesis como una vía para introducir una calificación más grave basada en una ampliación de la imputación fáctica. Dijimos que la jurisprudencia no se pronunciaba con claridad al respecto⁶⁶⁷, mientras que la doctrina sí lo había hecho, y en coherencia con planteamientos normativos del hecho sostenía que efectivamente era posible, a través de la tesis, introducir calificaciones jurídicas más graves con su respectivo soporte fáctico⁶⁶⁸. Dijimos también que esta doctrina se veía, a mayor

⁶⁶⁷ Dentro de la última jurisprudencia del TS hay una sentencia que expresamente se refiere a la ampliación de la imputación fáctica como soporte de una modificación de la calificación jurídica agravatoria, y llega a la conclusión de que la agravación de la calificación jurídica constituye infracción del principio acusatorio. Lamentablemente nada dice de la posibilidad de introducir esas modificaciones a través de la formulación de la previa tesis. Nos referimos a la ya citada STS de 22 de diciembre de 2003, Sala de lo Penal, ponente Giménez García (BDA, m. RJ 2003\9342). Reproducimos nuevamente parte de su Fundamento de Derecho segundo, que dice: «El principio acusatorio exige o presupone el derecho a que el acusado sea informado de la acusación en términos que pueden permitir su defensa en juicio, y ello supone el conocimiento de los hechos, tanto de los nucleares como de aquellos otros que puedan suponer una agravación de la responsabilidad, bien por tratarse de tipo agravado o por referirse a la concurrencia de circunstancias de agravación genérica, así como también abarca el conocimiento a la calificación jurídica de los hechos que efectúa la acusación. Sólo el previo conocimiento de ambos extremos, fáctico y jurídico, permite articular una cabal defensa por el acusado (...) el principio acusatorio admite y presupone el derecho de defensa del imputado y, consecuentemente, la posibilidad de contestación o rechazo de la acusación —o de aceptación de la misma—. Por ello, si el conocimiento de los hechos y/o de su calificación jurídica no es completo, el derecho de defensa queda severamente lesionado y la sentencia que se exceda en su condena ya condenando por un subtipo agravado o solicitado (sic) una agravante no pedida expresamente ni contemplado en el relato de hechos de la calificación efectuada, resulta incongruente por exceso al no existir correlación entre acusación y el fallo».

⁶⁶⁸ Vid. GÓMEZ ORBANEJA, Emilio, *Comentarios...*, cit., tomo II, p. 315; SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, «Información...», cit., p. 786; VERGER GRAU, Joan, *La defensa del imputado...*, cit., pp. 143-147. También en el apartado «Déficit de la tutela del derecho de defensa y del principio de contradicción en el art. 733».

abundamiento, respaldada por el tenor literal del art. 788.3 y 4, que contienen el equivalente de la tesis en el procedimiento abreviado, y del cual se deduce inequívocamente que el juzgador puede proponerle a las partes cuestiones fácticas y jurídicas, y que de esas proposiciones pueden derivarse calificaciones jurídicas ascendentes o agravadas en cualquiera de sus aspectos. De ahí la necesidad de aplazamiento y de prueba, en su caso.

Si esto es efectivo, es innegable que el juez, a través de la tesis, acaba teniendo la potestad de proponer y ampliar la específica imputación fáctica que se ha de subsumir. El juez posee la potestad de valorar una parcial ampliación de los hechos y estimar un mayor grado de ejecución o de participación, o puede estimar una circunstancia fáctica no incluida en la acusación y considerar su efecto de agravante.

Hemos señalado que, a nuestro modesto entender, estas son las cuestiones que deben obedecer a previas definiciones ideológicas del sistema procesal penal: precisar con qué grado de pureza se produce el reparto de funciones acusadoras y enjuiciadoras, y si se le reserva al juez una cierta potestad de proponer de oficio en el último momento del juicio una ampliación de la imputación fáctica (con su efecto jurídico) de la acusación. Creemos que adoptada una decisión consciente sobre este extremo no se puede descartar la legitimidad y corrección técnica de la opción favorable a esta posibilidad, y asumir sin complejos la falta de pureza acusatoria de un sistema, en el sentido de la no tajante separación de la función de imputación (acusación) y de enjuiciamiento⁶⁶⁹.

Alguien podría intentar justificar la perfecta coherencia acusatoria de la tesis en razón de que no es el juez el que en definitiva formula la ampliación, sino el acusador, ya que es él quien debe asumir la tesis para que el juez pueda condenar conforme a la misma. Creemos, sin embargo, que el argumento jurisprudencial de la asunción de la tesis por el acusador es engañoso, y no obedece a la realidad de las cosas, puesto que lo único cierto es que no deja de ser el juez quien propone la calificación agravatoria

⁶⁶⁹ Ya hemos expresado nuestra opinión al respecto a propósito de la tesis superadora de las concepciones naturalista y normativa del hecho, por lo tanto, nos remitimos al apartado correspondiente para un examen más acabado de los argumentos ahí expuestos con respecto a la separación de funciones y la imputación fáctica como consecuencia de las definiciones normativas del hecho.

basada en la ampliación fáctica, y resulta bastante evidente que ante una proposición de este tipo la tesis opera para el acusador como un llamamiento a «adherir» a esa proposición, y todavía más si en el proceso existe acusador particular.

Distinto es el supuesto de la tesis cuando a través de ella se plantea una calificación jurídica más grave sin ampliación de la imputación fáctica. La tesis en este caso no es otra cosa que la vía a través de la cual el juez previene a las partes que, en el legítimo ejercicio de su potestad de aplicar la norma jurídico-penal más correcta, estima posible una calificación más grave que se aparta de las realizadas por las partes, y les abre la posibilidad de debate al respecto, previo a la decisión que podría provocar una cierta indefensión al no haberse debatido la calificación jurídica más grave. Como hemos dicho, la cuestión se ciñe realmente a una cuestión de valoración jurídica y de la correcta aplicación del Derecho penal, que en principio sí es una potestad que corresponde al juzgador, incluso en un sistema acusatorio depurado. La tesis no se formularía sino para discutir una perspectiva jurídica diversa exclusivamente.

En este supuesto, en contra de lo que sostiene indiscriminadamente el TS, no hay necesidad alguna de que el acusador deba asumir la calificación ascendente o más grave, puesto que basta con que las partes hayan tenido la posibilidad de alegar y defenderse de la nueva perspectiva jurídica, debiendo quedar en definitiva la potestad de subsunción en manos del juez, y no limitada por la asunción de la misma por el acusador, acto que incluso podría llegar a impedir aplicar la norma penal correcta (en opinión del juez) por una pura decisión de voluntad del acusador⁶⁷⁰.

7.4. (Continuación) El juez no puede rebasar la petición del acusador en ejercicio de la potestad de aplicar el Derecho penal. Colisión con el principio de legalidad penal

La jurisprudencia que parece sostener la asunción de la tesis sin distinguir supuestos diversos (con o sin ampliación de imputación fáctica), no sólo se apoya en una aparente necesidad de impedir que el juez asuma la función acusadora, manteniendo la

⁶⁷⁰ Tal como hemos dicho, una y otra situación en el uso de la tesis no ha sido bien diferenciada por la jurisprudencia del TS, lo cual ha inducido argumentaciones confusas y generalizadoras, cuando las situaciones son bien distintas y con distintas repercusiones jurídicas.

pureza acusatoria, sino que además esgrime un argumento que nos parece distinto, y que de alguna manera viene a otorgar un punto de apoyo diferente a la teoría del TS, produciendo otros efectos con relación a la calificación jurídica más grave. Nos referimos a la reformulación del derecho de defensa y la proscripción de la indefensión. En la doctrina del TS el derecho de defensa y la proscripción de la indefensión deja de ser una garantía procesal que actúa como un presupuesto para la calificación jurídica del juez, pasando a ser el elemento definidor o, mejor dicho, limitador de las facultades jurisdiccionales con respecto a la aplicación del *ius puniendi*. La garantía de la defensa ya no se satisface sólo con la existencia de oportunidad de debate contradictorio, sino que además se proyecta al ámbito penal sustantivo adoptando la forma de prohibición de agravación punitiva. En esta reformulación está latente la idea de que el poder de calificación ejercido de oficio por el tribunal jamás puede agravar la situación punitiva del acusado más allá de lo que «pretende» el acusador⁶⁷¹. De esta teoría se desprendería una doble limitación en la aplicación del *ius puniendi*. En primer lugar, la limitación legal que se concreta en el pleno sometimiento de todas las facultades punitivas a la ley penal, y, en segundo lugar, junto con la limitación impuesta por la ley, se establecería una segunda esfera de limitaciones todavía más precisa y restrictiva, consistente en la prohibición de rebase (o de agravación penal) de la acusación. Resulta que con este argumento ya no vale distinguir entre supuestos de calificaciones jurídicas más graves, con o sin ampliación de imputación fáctica, pues ya no se trata de impedir la confusión del rol acusatorio con el enjuiciador, sino que se trata de que por una especial formulación del derecho de defensa y de la proscripción de la indefensión se produce una limitación sobre los poderes del juez, que opera estableciendo un límite más allá del legal, o mejor dicho, dentro del legal, que aún acota más el poder punitivo jurisdiccional.

Esta teoría opera con independencia de la causa de la calificación jurídica más grave: sea por ampliación de la imputación fáctica, sea por una pura valoración jurídica, el juez no puede sobrepasar el límite punitivo acusatorio.

⁶⁷¹ Esto explicaría la nula preocupación del TS frente a la cuestión del debate contradictorio respecto de los elementos *favor rei* que de oficio puede apreciar el tribunal.

Son muchas las sentencias del TS que vienen confirmando que el principio acusatorio en su vertiente de la proscripción de la indefensión impide sobrepasar la «pretensión» de la acusación⁶⁷².

Un caso concreto que se ha presentado es el de la STS de 8 de octubre de 1999 (BDA, m. RJ 1999\8118)⁶⁷³. La acusación pedía un concurso medial de varios delitos (que se castiga como ideal), pero el juez estimó los mismos delitos de la acusación pero en concurso real, penándolos por separado, con lo cual impuso pena más grave. El TS estimó que la sentencia recurrida infringió el principio acusatorio entendido como proscripción de la indefensión que prohíbe condenar más gravemente que lo pedido por la acusación.

En el mismo sentido la STS de 18 de febrero de 1999 (BDA, m. RJ 1999\1175), que frente a una petición de atenuante del MF (único acusador) que no fue acogida por la sentencia de instancia, estimó que se había infringido el principio acusatorio, el derecho de defensa y se había ocasionado indefensión. Su argumento fue que el juzgador no podía agravar más la consecuencia penal que lo pedido por la acusación. Según el TS, el poder punitivo del juzgador se ve limitado por el límite máximo de la acusación⁶⁷⁴.

⁶⁷² Entre muchas, se pueden citar las siguientes SSTs: Sentencia de 18 de febrero de 1999, Sala de lo Penal, ponente Granados Pérez (BDA, m. RJ 1999\1175); Sentencia de 10 de mayo de 1999, Sala de lo Penal, ponente Conde-Pumpido Tourón (BDA, m. RJ 1999\3803); Sentencia de 8 de octubre de 1999, Sala de lo Penal, ponente Ramos Gancedo (BDA, m. RJ 1999\8118); Sentencia de 9 de julio de 2003, Sala de lo Penal, ponente Marañón Chávarri (BDA, m. RJ 2003\6897).

⁶⁷³ STS de 8 de octubre de 1999, Sala de lo Penal, ponente Ramos Gancedo (BDA, m. RJ 1999\8118).

⁶⁷⁴ STS de 18 de febrero de 1999, Sala de lo Penal, ponente Granados Pérez (BDA, m. RJ 1999\1175): «SEGUNDO.- (...) La efectividad y vigencia del principio acusatorio exigen, para evitar la prohibida indefensión, una correlación estricta entre el contenido de la acusación y el fallo de la sentencia. El Tribunal sentenciador tiene limitado su poder jurisdiccional a los términos de la acusación que no pueden ser superados en perjuicio del reo y se desbordaría ese límite infranqueable si se desatendiese la apreciación de una eximente incompleta o una circunstancia atenuante, como sucede en este caso, solicitada por la única parte acusadora. No es suficiente que la pena no supere la pedida por la acusación, lo que tampoco sucede en este caso, resulta obligado, igualmente, la apreciación de la atenuante por drogadicción que solicitó la acusación y cuya aplicación determina una pena inferior a la impuesta por el Tribunal sentenciador. Se ha vulnerado la necesaria correlación que debe existir entre acusación y fallo y el restablecimiento de la vigencia del principio acusatorio y la proscripción de toda indefensión exigen que, con estimación de este motivo, se anule la sentencia de instancia, apreciándose la atenuante por drogodependencia, cuya aplicación no resulta irrelevante en cuanto obliga a reducir la

Como se ve, no nos hallamos en estos supuestos ante un problema de calificaciones jurídicas más graves basadas en la ampliación de una imputación fáctica, ni ante el argumento de separación de las funciones acusadoras y enjuiciadoras, sino ante un argumento parcialmente distinto, que el TS ha venido esgrimiendo, y que consiste en que el juez no puede rebasar los límites de agravación que se piden en la acusación, de modo que la desestimación de la concurrencia de una relación medial entre varios delitos o la desestimación de una atenuante es contraria al principio acusatorio en su vertiente de derecho de defensa y proscripción de la indefensión, que impide la superación de la pretensión acusadora.

Sorprende que el TS no se cuestione la correcta aplicación del Derecho penal y el principio de legalidad penal ante, por ejemplo, la petición del MF de relación medial de varios delitos o de una atenuante que no sean procedentes (en opinión del juez, claro está), o basadas en una circunstancia fáctica que puede ser dada por no probada por el juez. ¿Qué pasa en esos casos? El TS nada ha dicho al respecto, sin embargo, tal como están las cosas habría que sostener que prima el criterio de no superación de la pretensión acusadora, aunque ello suponga la errada aplicación del Derecho penal (en el convencimiento del juez), debiendo estimar la relación medial de delitos (donde hay concurso real) o aplicar una atenuante inexistente⁶⁷⁵.

Últimamente el Tribunal Supremo ha reiterado el argumento de que el «principio acusatorio» impone la prohibición de superar la pretensión acusadora en STS de 28 de diciembre de 2000 (BDA, m. RJ 2001\257)⁶⁷⁶, en STS de 22 de junio de 2001 (BDA,

pena impuesta. Criterio que es acorde con el mantenido por esta Sala como son exponentes las Sentencias de 22 de octubre de 1993 (RJ 1993\7949), 26 de febrero y 17 de junio de 1994 (RJ 1994\5981)».

⁶⁷⁵ *Vid.* NOBILI, Massimo, «Principio di legalità e processo penale», *cit.*, pp. 648-660, que evidencia la tendencia a la desnaturalización del Derecho penal sustantivo, especialmente en su principal fundamento, el principio de legalidad, situación provocada por las nuevas tendencias procesales propiciadoras de una más amplia aplicación de la oportunidad y de la discrecionalidad.

⁶⁷⁶ STS de 28 de diciembre de 2000, Sala de lo Penal, ponente Puerta Luis (BDA, m. RJ 2001\257).

m. RJ 2001\5666)⁶⁷⁷, en STS de 4 de julio de 2001 (BDA, m. RJ 2001\6364)⁶⁷⁸, y en STS de 13 de noviembre de 2003 (BDA, m. RJ 2003\8746)⁶⁷⁹.

7.5. (Continuación) ¿Vinculación a la petición de atenuantes por la acusación o sólo la necesidad de planteamiento de tesis?

A partir de lo dicho en el apartado anterior sobre el doble límite del poder punitivo del juzgador (límite punitivo legal y además el no rebase del máximo acusatorio) y del sentido del derecho de defensa como límite absoluto de los poderes de calificación, se pueden analizar las hipótesis de las atenuantes pedidas por el acusador, dando lugar a una situación especial con relación a los poderes de calificación del juzgador ejercidos en sentencia definitiva y sobre la vinculación o no a las calificaciones jurídicas del acusador.

En la práctica jurisprudencial un primer caso, como hemos indicado, es el de la STS de 18 de febrero de 1999 (BDA, m. RJ 1999\1175), sentencia en la cual queda clara la concepción que el juzgador tiene del principio acusatorio (ampliado, incluyendo el derecho de defensa) y del efecto limitador del *iura novit curia* y del *ius puniendi* que se le atribuye, en el sentido de que el órgano jurisdiccional no estaría habilitado, en el legítimo ejercicio de la mejor aplicación del Derecho, para rebasar las consecuencias penales contra reo que se han establecido en la acusación.

Veamos el asunto. La AP de Valencia dictó sentencia que impuso una pena mayor que la solicitada por la acusación, porque no acogió la atenuante solicitada por el MF. Frente a esto los condenados recurren en casación por vulneración del art. 24, por supuesta infracción del principio acusatorio, al proceso con las debidas garantías, a la tutela judicial efectiva y proscripción de toda indefensión.

El TS estima el recurso atendiendo a que estas garantías imponen al juzgador la necesidad de ajustarse a una estricta congruencia con la acusación, de modo que si ésta

⁶⁷⁷ STS de 22 de junio de 2001, Sala de lo Penal, ponente Martín Canivell (BDA, m. RJ 2001\5666).

⁶⁷⁸ STS de 4 de julio de 2001, Sala de lo Penal, ponente García Ancos (BDA, m. RJ 2001\6364).

⁶⁷⁹ STS de 13 de noviembre de 2003, Sala de lo Penal, ponente Andrés Ibáñez (BDA, m. RJ 2003\8746).

estimó la concurrencia de una atenuante, el tribunal no puede desestimarla. Se produce, según el TS, una limitación de facultades jurisdiccionales a los términos de la acusación que no se puede rebasar, porque de otro modo se ocasionaría indefensión⁶⁸⁰.

Esta doctrina ha sido confirmada en muchas otras sentencias. Así, por ejemplo, en la STS de 28 de diciembre de 2000 (BDA, m. RJ 2001\257)⁶⁸¹, en STS de 22 de junio de 2001 (BDA, m. RJ 2001\5666), en STS de 4 de julio de 2001 (BDA, m. RJ 2001\6364), y en STS de 9 de julio de 2003 (BDA, m. RJ 2003\6897)⁶⁸².

La última sentencia citada (de 2003) trata de un caso en que el MF pide dos atenuantes en la acusación, reparación del daño (art. 21.5ª CP) y la analógica de confesión (art. 21.6ª CP), pero el juez sólo estimó concurrente la primera y descarta la aplicación de la segunda. El TS estima la infracción del principio acusatorio que «exige una correlación estricta entre el contenido de la acusación y el fallo de la sentencia», ya que la sentencia al no haber apreciado las dos atenuantes pedidas por el Fiscal infringió dicho principio, el cual «constituye una de las garantías esenciales del proceso penal con rango de derecho fundamental en cuanto la doctrina del Tribunal Constitucional y de esta Sala lo considera implícito en el derecho a un proceso con todas las garantías, a la tutela judicial efectiva, y a la proscripción de toda indefensión, consagrados en el art. 24 de la CE, junto con el derecho que tiene todo acusado de ser informado de la acusación formulada contra él». Y concluye que «Los términos de la acusación no pueden ser superados en perjuicio del reo y se desbordaría ese límite infranqueable si se desatendiera la apreciación de una circunstancia atenuante solicitada por la única parte acusadora».

Hay otras dos sentencias en esta misma línea: la STS de 26 de febrero de 1994 (BDA, m. RJ 1994\1127)⁶⁸³, que estima incongruente una sentencia que no acogió una

⁶⁸⁰ Nuevamente a este respecto resulta oportuno tener en cuenta el citado Fundamento Segundo de la STS de 18 de febrero de 1999, Sala de lo Penal, ponente Granados Pérez (BDA, m. RJ 1999\1175), que consagra esta doctrina.

⁶⁸¹ STS de 28 de diciembre de 2000, Sala de lo Penal, ponente Puerta Luis (BDA, m. RJ 2001\257).

⁶⁸² STS de 9 de julio de 2003, Sala de lo Penal, ponente Marañón Chávarri (BDA, m. RJ 2003\6897). Fundamento de Derecho Segundo.

⁶⁸³ STS de 26 de febrero de 1994, Sala de lo Penal, ponente De Vega Ruiz (BDA, m. RJ 1994\1127).

eximente incompleta pedida por el MF y con la conformidad del acusado, aceptando sólo una atenuante analógica. Según el TS, se produjo indefensión y se vulneró el principio acusatorio porque se impuso pena superior a los 6 años solicitados por el MF. La otra Sentencia es la de 22 de octubre de 1993 (BDA, m. RJ 1993\7949)⁶⁸⁴, que estima incongruente la sentencia que no acogió una atenuante pedida por la acusación y aceptada por la defensa. También se argumenta que se vulnera el derecho a defensa.

A nuestro juicio, la solución a este problema también viene dada por el planteamiento de tesis como el medio y la técnica adecuada para compatibilizar la tutela del derecho de defensa y contradicción con el poder del juez de aplicar el Derecho. Las otras soluciones posibles nos parecen incorrectas: el no planteamiento de tesis con mantención de las facultades de calificación jurídica, produciría probablemente indefensión frente a una calificación desestimatoria de la atenuante pedida por la propia acusación, al no poder las partes alegar lo pertinente en contra de dicha desestimación no pedida por ninguna parte. A su turno, la otra solución, esto es, la vinculación del juzgador a la petición de atenuante implicaría el exceso contrario de dejación o abandono de la propia función jurisdiccional en manos del acusador, que podría obligar o forzar la estimación de la atenuación, aun en contra del criterio jurídico del juzgador de lo que sea legalmente procedente, constituyendo la completa negación del *iura novit curia* y del principio de legalidad penal, como ya hemos indicado.

Hemos encontrado un solo caso en la jurisprudencia que parece sostener un criterio parecido sobre la necesidad de plantear la tesis para desestimar en sentencia una circunstancia atenuante pedida por la acusación. Se trata de la STS de 13 de febrero de 1987 (BDA, m. RJ 1987\1249)⁶⁸⁵. El MF pidió una eximente incompleta de enajenación mental que el juzgador sin previo planteamiento de tesis desestimó, sólo considerando la concurrencia de una atenuante analógica; cambio de calificación que condujo a la agravación de la pena, lo cual según el TS produjo la indefensión del

⁶⁸⁴ STS de 22 de octubre de 1993, Sala de lo Penal, ponente Conde-Pumpido Ferreiro (BDA, m. RJ 1993\7949).

⁶⁸⁵ STS de 13 de febrero de 1987, Sala de lo Penal, ponente Vivas Marzal (BDA, m. RJ 1987\1249).

acusado que no pudo conocer la calificación recogida en la sentencia ni pudo rebatirla⁶⁸⁶.

V. EL PETITUM DE PENA Y EL DEBER DE CORRELACIÓN: NO HAY VINCULACIÓN CUANTITATIVA (QUANTUM) A LA PENA PEDIDA EN ACUSACIÓN

Previamente hemos tratado acerca de las cuestiones relativas a los poderes de calificación jurídica del juzgador y la limitación impuesta a estos por los términos en que se plantea la acusación (vinculación a la calificación jurídica de la acusación). En general, concluíamos que el juez posee poderes de calificación jurídica y que, por tanto, puede desvincularse de los términos en que se formula la acusación. No obstante, paulatinamente la jurisprudencia ha venido sometiendo a requisitos muy restrictivos la potestad jurisdiccional. Se puede afirmar que, dada la invariabilidad del objeto del proceso (hecho y acusado), sólo son posibles modificaciones a la calificación jurídica de la acusación de naturaleza atenuatoria o descendente, prohibiéndose todo tipo de modificación agravatoria. La única y excepcional posibilidad que se abre en el sentido agravatorio es la que ofrece la tesis, aunque en el estado actual de la jurisprudencia se exija que ella sea asumida por alguno de los acusadores para recogerla en sentencia. De alguna manera podría decirse que la calificación jurídica de la acusación produce el efecto de vincular a la sentencia, en cuanto límite máximo. Nosotros, empero, hemos realizado matices y críticas a esta conclusión.

⁶⁸⁶ STS de 13 de febrero de 1987 (BDA, m. RJ 1987\1249): «**CUARTO.-** En el caso presente, y como ya se ha dicho, el Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas, resumidas viciosamente en el acta del juicio oral, apreció la concurrencia de la eximente incompleta de enajenación mental, solicitando se impusiera, al acusado, la pena de seis años de **prisión menor**, pero, la Audiencia de origen, sin hacer uso de la facultad que le concede el artículo 733 de la Ley Procesal penal, y reservándose «in pectore», la propia calificación, la que, por lo tanto, no pudo ser conocida por el acusado, ni objetada ni rebatida por él, estimando que no concurría la eximente incompleta de enajenación mental y sí la atenuante analógica 10.^a del artículo 9 del Código Penal, le impuso la pena de ocho años de **prisión mayor**. Y como ello no era jurídicamente posible a la luz de los preceptos constitucionales citados y de la interpretación que, emanando de los mismos, se proyecta sobre la Ley de Enjuiciamiento Criminal, procede estimar el segundo motivo del presente recurso inspirado en el núm. 1 del artículo 849 de la Ley Rituaria por vulneración de los preceptos adjetivos que explícitamente se citan y del artículo 24 de la Constitución vigente...».

Dicho lo anterior, corresponde ahora estudiar el eventual efecto vinculante del otro contenido acusatorio fundamental, cual es la petición de pena.

Cuando nos referimos a la pena lo hacemos en términos técnicos, entendida como la consecuencia jurídica que se deriva del delito y que tiene por función dar tutela jurídica a determinados bienes o intereses⁶⁸⁷. El delito también tiene, aparte de la pena, otras consecuencias jurídicas que no siendo propiamente penas, igualmente se derivan de él. Son las denominadas consecuencias accesorias. Aludiremos a ellas separadamente, pues presentan ciertas peculiaridades.

La pena y las consecuencias jurídicas del delito son cuestiones jurídicas del mismo modo que lo son aquellas que hemos denominado precisamente cuestiones de calificación jurídica. Sin embargo, la pena y las consecuencias del delito se diferencian en que, además de cuestiones jurídicas, son el resultado legal efecto de la determinada calificación jurídica. Así, tras una determinada incardinación jurídica del hecho en todos sus aspectos la operación concluye arrojando un resultado, que es la consecuencia punitiva⁶⁸⁸. La previa incardinación o subsunción jurídica del hecho ha de ser completa, es decir, debe contemplar el título delictivo, la forma de participación, el grado de ejecución y la concurrencia de posibles circunstancias modificativas. Sólo después de esta operación calificatoria es posible proceder a la individualización de la pena en tanto consecuencia jurídica concreta de la particular subsunción realizada por el juez. Asimismo, la pena pedida por el acusador es el resultado de esta misma operación que él realiza y propone al juzgador. Pues bien, el problema de la correlación con el *petitum* de pena se refiere a la pena concreta pedida por el acusador como resultado de la completa calificación jurídica del hecho objeto de acusación: de qué manera puede determinar ésta el contenido concreto de la pena impuesta en la sentencia.

⁶⁸⁷ Vid. COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás, *Derecho penal, cit*, pp. 795 y ss.

⁶⁸⁸ Se entiende que esa incardinación jurídica ha de ser incriminatoria, ya que en caso contrario la consecuencia jurídica no será punitiva sino absolutoria.

La doctrina⁶⁸⁹ y la jurisprudencia de los últimos años⁶⁹⁰⁻⁶⁹¹ concuerdan al establecer la no vinculación del órgano jurisdiccional al *quantum* de pena pedida, al menos en el procedimiento ordinario por delitos. En cuanto al procedimiento abreviado, si bien la jurisprudencia ha sido casi unánime en el mismo sentido, como veremos en el apartado correspondiente, la solución es bastante más discutible al tenor de lo dispuesto por el art. 789.3 de la LECrim.

Las principales argumentaciones en favor de la no vinculación giran en torno al principio de legalidad de la pena y de las facultades de individualización de la misma que corresponden al juzgador.

En cuanto al principio de legalidad se suele decir que la consecuencia penal por la comisión de un delito está prevista en la ley y es a ésta a la que se debe atener el juzgador a la hora de imponer la pena, y no a los actos de pretensión del acusador. La legalidad de la pena se expresa en que la medida de la misma encuentra su limitación máxima en la ley, y no en actos de «pretensión penal».

Íntimamente vinculado a lo anterior se halla la regulación legal de la potestad de individualización de la pena; potestad que la misma Ley penal encarga su ejercicio al juzgador, y no al acusador (arts. 4.3 y 65 a 72 del CP), lo cual demuestra que la

⁶⁸⁹ Vid. SOTO NIETO, Francisco, *Correlación entre acusación y sentencia*, Montecorvo, Madrid, 1979, pp. 159-179; GALDANA PÉREZ MORALES, Mónica, *Correlación...*, cit., pp. 159 y ss; CUCARELLA GALIANA, Luis, *La correlación...*, cit., pp. 241 y ss.

⁶⁹⁰ Son muchas las sentencias que así lo establecen, entre ellas podemos mencionar algunas importantes SSTs: Sentencia de 6 de junio de 1988, Sala de lo Penal, ponente Vivas Marzal (BDA, m. RJ 1988\4432); Sentencia de 11 de junio de 1994, Sala de lo Penal, ponente García Ancos (BDA, m. RJ 1994\4945); Sentencia de 31 de enero de 2000, Sala de lo Penal, ponente García Ancos (BDA, m. RJ 2000\727); Sentencia de 11 de junio de 2002, Sala de lo Penal, ponente Giménez García (BDA, m. RJ 2002\6849); Sentencia de 14 de febrero de 2003, Sala de lo Penal, ponente Delgado García (BDA, m. RJ 2003\2496); Sentencia de 26 de junio de 2003, Sala de lo Penal, ponente Colmenero Menéndez de Lúcar (BDA, m. RJ 2003\6249). También hay muchas SSTC, por ejemplo, las siguientes: Sentencia de 16 de febrero de 1988, Sala Segunda, ponente López Guerra (BDA, m. RTC 1988\17); Sentencia de 17 de octubre de 1988, Sala Segunda, ponente Latorre Segura (BDA, m. RTC 1988\189); Sentencia de 10 de marzo de 1997, Sala Segunda, ponente González Campos (BDA, m. RTC 1997\43); Auto de 29 de septiembre de 1998, Sala Primera (BDA, m. RTC 1998\202 AUTO).

⁶⁹¹ Para el estudio de la jurisprudencia anterior al año 1980, vid. SOTO NIETO, Francisco, *Correlación...*, cit., pp. 159-179. En general, se establecía la misma doctrina de la no vinculación al *petitum*.

voluntad del legislador hasta el momento ha sido entregar la función individualizadora de la pena exclusivamente al juez⁶⁹².

A partir de la premisa anterior se concluye que las consecuencias penales han de ser extraídas del hecho punible (tantas y) en la medida que lo prevea la ley y que esa función es privativa del juez. Cuestión que calza además con la tradicional forma de comprender el *iura novit curia* en materia penal.

Establecer lo contrario, es decir, el sometimiento del juez o tribunal al *petitum*, implicaría construir un sistema procesal penal en el cual la determinación del *ius puniendi* ya no fuere una cuestión puramente estatal-jurisdiccional, sino también estatal-administrativa o incluso privada, a través del traspaso de facultades desde el juzgador al acusador. La jurisprudencia ha expresado esta idea señalando que los jueces «no tienen, ni deben quedar “encorsetados” por el “quantum” de la pena solicitada, pues ello sería hacer defección o abandono de su propia competencia juzgadora, con sometimiento automático a lo pedido por una de las partes»⁶⁹³. La

⁶⁹² Cuestión que podría ser distinta, pero mientras no se adopte otro criterio por el legislador no cabe hacer interpretaciones al margen de la legalidad. Por tal motivo discrepamos de cierta doctrina y corriente jurisprudencial que pretende concluir, dentro del actual orden legal, que la acusación produce un efecto de fijación del máximo de pena acotador de las potestades del juez.

La mayoría de la jurisprudencia tiene claro que con la legalidad penal vigente no corresponde llegar a esa conclusión. *Vid.* las sentencias dictadas *supra* que se refieren explícitamente a la cuestión.

⁶⁹³ Este argumento se halla presente en la STS de 11 de junio de 1994, Sala de lo Penal, ponente García Ancos (BDA, m. RJ 1994\4945): «PRIMERO.- (...) según ha venido diciendo pacíficamente la jurisprudencia desde hace algún tiempo, el Tribunal de instancia no tiene por que atenerse «cuantitativamente» a la pena solicitada por la acusación, debiendo someterse exclusivamente a la naturaleza de la pena desde el punto de vista «cualitativo», o, lo que es lo mismo, si el Ministerio Fiscal (y éste es el caso) solicita la imposición de una pena de prisión menor en su grado mínimo, el Tribunal «a quo», en su sentencia, puede condenar a esa misma pena pero sin atenerse necesariamente a la cuantía concreta de ella, es decir, puede recorrer esa graduación en todos sus parámetros, sancionando el delito objeto de acusación desde los seis meses y un día hasta los dos años y cuatro meses. Incluso, y así lo entendemos, podría hacer uso de la regla 4.^a del artículo 61 del Código y elevar la pena a la correspondiente en su grado medio, pues en este orden de cosas hay que entender: 1.º Que el principio acusatorio que se pretende conculcado, no puede servir de sostén a estos casos de disfunción entre la cuantía de la pena propuesta y la después aplicada, pues con tal acuerdo decisorio no cabe hablar de que se haya producido indefensión al acusado, en cuanto que el delito enjuiciado, y los hechos en que se fundamenta, no sufren variación alguna respecto a los acogidos por la acusación. 2.º En todo caso, los Tribunales juzgadores no tienen, ni deben, quedar «encorsetados» por el «quantum» de la pena solicitada, pues ello sería hacer defección o abandono de su propia competencia juzgadora, con sometimiento automático a lo pedido por una de las partes (...)).»

jurisprudencia descarta que se pueda entender infringido el principio acusatorio al imponer una pena más grave que la pedida, ya que no se le provocaría «indefensión al acusado» si el delito que se enjuicia y los hechos en que se fundamenta, no sufren variación alguna respecto a los acogidos por la acusación⁶⁹⁴.

Esta posición en la jurisprudencia ha sido casi una constante que sólo se ha roto en algunos pronunciamientos aislados referidos al procedimiento abreviado⁶⁹⁵ y al juicio de faltas⁶⁹⁶, a los que nos referiremos separadamente.

Desde luego, esta potestad del juzgador para individualizar la pena le habilita para imponer, en caso de condena, una pena menor que la pedida, siempre que sea legalmente procedente, pero también le faculta para castigar con una pena mayor a la de la acusación bajo el mismo requisito.

Con todo, cuando se trata de pena más grave, resurge la preocupación de la jurisprudencia por el efecto agravatorio más allá de lo pedido por el órgano acusador, motivo que ha llevado a la jurisprudencia a desarrollar un requisito adicional al ejercicio de la potestad individualizadora cuando en su virtud se impone pena concreta superior a la pedida, exigiendo un plus de motivación decisional que justifique el plus de pena (motivación reforzada)⁶⁹⁷. Son muchísimas las sentencias que así lo han declarado y que, aunque no niegan el poder de individualización del juez y de imponer la pena legal más allá de lo pedido, entienden que ese poder ha de ser *excepcional* y,

Se repite este mismo argumento en la STS de 31 de enero de 2000, Sala de lo Penal, ponente García Ancos (BDA, m. RJ 2000\727), en su Fundamento de Derecho cuarto.

⁶⁹⁴ *Ibid. cit. supra.*

⁶⁹⁵ STS de 7 de junio de 1993, Sala de lo Penal, ponente Conde-Pumpido Ferreiro (BDA, m. RJ 1993\5154); SAP de León de 24 de septiembre de 2002, Sección 1ª, ponente Álvarez-Sánchez Movellán (BDA, m. JUR 2002\282104).

⁶⁹⁶ En el juicio de faltas hemos encontrado un pronunciamiento que sostiene la vinculación al *petitum* en virtud de la vigencia del principio acusatorio, sin embargo, la resolución se halla escasamente fundamentada. SAP de Madrid de 8 de julio de 2002, Sección 17ª, ponente Carmena Castrillo (BDA, m. JUR 2002\243718).

⁶⁹⁷ Habla de plus de motivación la STS de 11 de junio de 2002, Sala de lo Penal, ponente Giménez García (BDA, m. RJ 2002\6849). En el mismo sentido se refiere a la necesidad de motivación reforzada la STS de 25 de octubre de 2002, Sala de lo Penal, ponente Conde-Pumpido Tourón (BDA, m. RJ 2002\9610).

sobre todo, que se ha de ejercer muy motivadamente⁶⁹⁸. Por ejemplo, la STS de 25 de octubre de 2002 (BDA, m. RJ 2002\9610)⁶⁹⁹, señala que «el apartamiento por el Tribunal sentenciador del límite punitivo determinado por la petición acusatoria debe motivarse específicamente, y esta motivación no es del mismo tenor y alcance que la genérica dirigida a razonar la individualización punitiva, sino que debe ser una motivación reforzada, que justifique por qué el Tribunal se ve determinado, en virtud del principio de legalidad, cuando la pena se haya solicitado erróneamente, o del principio de igualdad, cuando las resoluciones dictadas por el mismo Tribunal en casos similares así lo determinen, a exceder la cuantificación punitiva efectuada por la acusación».

Del análisis previo resulta que se ha de concluir que la sentencia puede castigar con una pena superior a la pedida en acusación, siempre que se cumpla con los siguientes presupuestos:

Primero, que la pena más grave no sea el resultado de la introducción de ningún elemento fáctico y/o jurídico agravatorio.

⁶⁹⁸ La sentencia que parece sentar la doctrina del plus de motivación decisional es la STC de 2 de marzo de 2000, Pleno, ponente De Mendizábal Allende (BDA, m. RTC 2000\59), y luego se reitera en STC de 16 de mayo de 2000, Sala Segunda, ponente De Mendizábal Allende (BDA, m. RTC 2000\122). Esta posición posteriormente cobra fuerza en la jurisprudencia del TS, que en larga lista de sentencias la ha recogido. *Vid.* las siguientes SSTs: Sentencia de 1 de febrero de 2002, Sala de lo Penal, ponente Saavedra Ruiz (BDA, m. RJ 2002\2503); Sentencia de 5 de febrero de 2002, Sala de lo Penal, ponente Giménez García (BDA, m. RJ 2002\3395); Sentencia de 3 de mayo de 2002, Sala de lo Penal, ponente Bacigalupo Zapater (BDA, m. RJ 2002\4801); Sentencia de 11 de junio de 2002, Sala de lo Penal, ponente Giménez García (BDA, m. RJ 2002\6849); Sentencia de 11 de junio de 2002, Sala de lo Penal, ponente Colmenero Menéndez de Luarca (BDA, m. RJ 2002\7972); Sentencia de 19 de julio de 2002, Sala de lo Penal, ponente Marañón Chávarri (BDA, m. RJ 2002\8003); Sentencia de 10 de octubre de 2002, Sala de lo Penal, ponente Giménez García (BDA, m. RJ 2002\9372); Sentencia de 25 de octubre de 2002, Sala de lo Penal, ponente Conde-Pumpido Tourón (BDA, m. RJ 2002\9610); Sentencia de 19 de noviembre de 2002, Sala de lo Penal, ponente Martínez Arrieta (BDA, m. RJ 2002\10582); Sentencia de 9 de enero de 2003, Sala de lo Penal, ponente García Ancos (BDA, m. RJ 2003\920); Sentencia de 30 de enero de 2003, Sala de lo Penal, ponente Martínez Arrieta (BDA, m. RJ 2003\982); Sentencia de 14 de febrero de 2003, Sala de lo Penal, ponente Delgado García (BDA, m. RJ 2003\2496); Sentencia de 26 de febrero de 2003, Sala de lo Penal, ponente Calvo-Rubio (BDA, m. RJ 2003\2895); Sentencia de 26 de junio de 2003, Sala de lo Penal, ponente Colmenero Menéndez de Luarca (BDA, m. RJ 2003\6249); Sentencia de 5 de abril de 2004, Sala de lo Penal, ponente Delgado García (BDA, m. RJ 2004\2975).

⁶⁹⁹ STS de 25 de octubre de 2002, Sala de lo Penal, ponente Conde-Pumpido Tourón (BDA, m. RJ 2002\9610).

Segundo, que la pena concreta de condena se halle dentro del marco legal.

Tercero, que la pena concreta más grave se motive especialmente.

1. (Continuación) Posición ecléctica que, aunque niega la vinculación cuantitativa, afirma la vinculación cualitativa a la pena pedida

Una parte de la jurisprudencia ha matizado la posición que rechaza la vinculación a la pena pedida basada en la vigencia del principio de legalidad de la pena y en la exclusiva potestad individualizadora de la pena del juez, vislumbrando un criterio ecléctico que no llega a sostener la vinculación a la pena concreta, pero sí al menos una vinculación a una «clase de pena», sosteniendo que, si bien la pretensión de pena no fija concretamente el máximo de pena, sí determina la «clase» dentro de la cual el juez ha de moverse en el legítimo ejercicio de su potestad individualizadora⁷⁰⁰.

Esta posición supondría que la acusación que pide una pena concreta dentro de la clase de prisión menos grave no vincula al juez a no superar la extensión pedida por la acusación, pero en su facultad individualizadora no podría aplicar una pena concreta que exceda el marco de prisión menos grave⁷⁰¹. Esta doctrina acotaría todavía un poco más los poderes de juez, especialmente cuando se trata de delitos que tengan atribuido en abstracto una pena que abarca penas de diversa clase, como por ejemplo, el robo

⁷⁰⁰ Vid. las siguientes SSTs: Sentencia de 11 de junio de 1994, Sala de lo Penal, ponente García Ancos (BDA, m. RJ 1994\4945); Sentencia de 31 de enero de 2000, Sala de lo Penal, ponente García Ancos (BDA, m. RJ 2000\727). Subyace también en la argumentación de la STS de 7 de junio de 1993, Sala de lo Penal, ponente Conde-Pumpido Ferreiro (BDA, m. RJ 1993\5154). También en SAP de Toledo de 8 de enero de 2001 (BDA, m. JUR 2001\81487).

⁷⁰¹ En términos muy claros al respecto la STS de 11 de junio de 1994, Sala de lo Penal, ponente García Ancos (BDA, m. RJ 1994\4945): «PRIMERO.- (...) según ha venido diciendo pacíficamente la jurisprudencia desde hace algún tiempo, el Tribunal de instancia no tiene por que atenerse «cuantitativamente» a la pena solicitada por la acusación, debiendo someterse exclusivamente a la naturaleza de la pena desde el punto de vista «cualitativo», o, lo que es lo mismo, si el Ministerio Fiscal (y éste es el caso) solicita la imposición de una pena de prisión menor en su grado mínimo, el Tribunal «a quo», en su sentencia, puede condenar a esa misma pena pero sin atenerse necesariamente a la cuantía concreta de ella, es decir, puede recorrer esa graduación en todos sus parámetros, sancionando el delito objeto de acusación desde los seis meses y un día hasta los dos años y cuatro meses. Incluso, y así lo entendemos, podría hacer uso de la regla 4.^a del artículo 61 del Código y elevar la pena a la correspondiente en su grado medio».

Establece la misma doctrina la STS de 31 de enero de 2000, Sala de lo Penal, ponente García Ancos (BDA, m. RJ 2000\727).

con violencia —art. 242 CP— que va desde los dos años de prisión (prisión menos grave, art. 33.2 CP) y llega hasta los cinco años (prisión grave, art. 33.3 CP). Si se pidiera, por ejemplo, el mínimo legal del robo, que es de dos años, este tramo de pena se incardinaría dentro de la prisión menos grave, en cuyo caso el juez no podría superar el marco de la prisión menos grave que llega hasta los tres años (art. 33.3 CP), no pudiendo imponer pena de tres años y un día hacia arriba, aunque la ley contemple en abstracto un máximo de pena de cinco años de prisión.

2. Posición doctrinal y jurisprudencial de minoría que propone la vinculación de la sentencia al «petitum de pena»

Parte de la doctrina ha propuesto, en cambio, la necesidad de establecer una mayor vinculación de las sentencias al *petitum* de la acusación. Ejemplo claro de esta posición es lo que sostiene GIMENO SENDRA en uno de sus trabajos⁷⁰² —aunque con posterioridad parece haber cambiado de opinión⁷⁰³—. Por otra parte, MARTÍNEZ ARRIETA⁷⁰⁴ ha mantenido una opinión similar.

A propósito de la vinculación a la pena, GIMENO SENDRA se ha expresado a favor de la vinculación cuantitativa, ya que en su opinión «el MP, como representante de la sociedad, y el ofendido, que valoran respectivamente la lesión producida por el delito en la esfera social y en la personal o patrimonial, son partes cualificadas para señalar al Tribunal el tope máximo de la individualización de la pena». En nota a pie de página nº 285, agrega: «Piénsese que nuestra justicia penal es una justicia técnica. Que el problema de los jueces técnicos es el que realicen su función de una manera rutinaria. La petición de pena por parte del acusador en alguna medida refleja la reacción social frente al delito y el castigo que la sociedad espera. Otorgar más de lo que ésta demanda es ser “ultraretribucionista”, lo que tampoco es deseable».

⁷⁰² GIMENO SENDRA, Vicente, *Fundamentos...*, cit., p. 204 y nota a pie de página nº 285.

⁷⁰³ GIMENO SENDRA, Vicente, *Derecho procesal penal*, cit., segunda edición, pp. 216-218. En esta obra sostiene y adhiere a la no vinculación al *quantum* del *petitum* de pena tanto en el proceso penal ordinario como en el abreviado.

⁷⁰⁴ Vid. MARTÍNEZ ARRIETA, Andrés, *La nueva concepción...*, cit., pp. 90-99.

El autor manifiesta una opinión de *lege ferenda* en el sentido que sería deseable la intervención del acusador público (y del particular) en la individualización de la pena, operando la petición acusatoria como tope máximo, lo cual convertiría a la «pretensión» en una garantía para el justiciable. La legitimidad de esta consecuencia la hace residir en la función pública que cumple el MF en cuanto representante de los intereses de la sociedad, y en su carácter técnico. En cualquier caso, consideraciones de este tipo deben ser parte de un debate ideológico previo a la promulgación de futuras leyes, y sería deseable que en caso de ser atendidos por el legislador se expresen claramente, y no con cierta imprecisión como parece acontecer en la redacción del actual art. 789.3 (procedimiento abreviado).

MARTÍNEZ ARRIETA, por su parte, y como partidario de la vinculación al *quantum*, aduce criterios justificadores de la misma. En general mantiene que la concepción del principio acusatorio y de la vinculación del juzgador que la jurisprudencia ha venido auspiciando, tanto referida a los hechos como a la calificación, le hace concluir que eso impone la necesidad de que también dicha vinculación habría de ser extendida al elemento «pena pedida».

Las razones que ofrece en apoyo de su tesis son de variada naturaleza⁷⁰⁵, sin embargo todas ellas pueden ser reconducidas a tres argumentos básicos. En primer lugar, la necesidad de establecer un sistema procesal donde se otorgue un mayor rango de protección al acusado respecto del poder de castigo estatal-jurisdiccional, poder que en último término se encarna en la pena concreta que se impone en sentencia, de modo que la posibilidad de que el juez condene por pena concreta más grave que la pedida se valora como una situación que no debía de ser consentida en un sistema de garantías. El autor añade a lo anterior el argumento que dice que de la pena concreta pueden depender ciertas expectativas del acusado, como, por ejemplo, la remisión condicional de penas privativas de libertad que no superen una determinada cuantía (art. 93 bis del ACP, actual art. 87 del CP)⁷⁰⁶⁻⁷⁰⁷, de lo cual se concluiría que cuando se pide una pena

⁷⁰⁵ Las diversas razones que este autor expresa las hemos ordenado en tres argumentos más o menos generales.

⁷⁰⁶ MARTÍNEZ ARRIETA, Andrés, *La nueva concepción...*, cit., p. 93.

⁷⁰⁷ Vid. PRATS CANUT, José Miguel, *Comentarios al nuevo Código Penal*, AAVV, Aranzadi, Pamplona, 1996.

en acusación y se dicta sentencia condenatoria por una pena mayor, se le provocaría «indefensión» al acusado al afectarle dicha expectativa.

Invoca, en segundo lugar, el argumento de que el MF es un órgano técnico (igual que GIMENO SENDRA)⁷⁰⁸ con una misión reconocida en el art. 124 de la CE, de lo cual se sigue, en opinión del autor, que los fiscales son partes cualificadas para señalar el límite máximo de la consecuencia penal. Dentro de este contexto, el autor reconoce la potestad punitiva judicial, pero con una labor individualizadora que tendría que ser ejercida dentro de un doble límite: primero, el legal, y luego, el límite de la pena pedida en acusación⁷⁰⁹.

Por último, también utiliza como argumento la regulación del procedimiento abreviado (art. 794.3, actual 789.3), el cual presenta un tratamiento armónico con la interpretación que sostiene la vinculación del juzgador al límite máximo de pena pedida⁷¹⁰.

Dentro de la jurisprudencia hay opiniones favorables a la vinculación del juez a la pena pedida. En efecto, existe una corriente jurisprudencial minoritaria en el TC expresada en una serie de votos particulares puestos en sentencias del TC⁷¹¹, que revelan una posición semejante a la de la doctrina de minoría que acabamos de exponer, respecto a la forma de entender la cuestión del *petitum* y los poderes de individualización de la pena del juzgador.

La doctrina disidente se ha expresado en varios votos particulares durante el año 2000, iniciándose en la STC de 2 de marzo de 2000, Pleno, ponente DE

⁷⁰⁸ MARTÍNEZ ARRIETA, Andrés, *La nueva concepción...*, cit., pp. 92-93. Este argumento lo toma de GIMENO SENDRA.

⁷⁰⁹ MARTÍNEZ ARRIETA, Andrés, *La nueva concepción...*, cit., pp. 97-98.

⁷¹⁰ MARTÍNEZ ARRIETA, Andrés, *La nueva concepción...*, cit., p. 93.

⁷¹¹ La doctrina disidente de DE MENDIZÁBAL ALLENDE, Rafael, se contiene en las SSTC siguientes: Sentencia de 2 de marzo de 2000, Pleno, ponente De Mendizábal Allende (BDA, m. RTC 2000\59); Sentencia de 17 de marzo de 2000, Sala Segunda, ponente De Mendizábal Allende (BDA, m. RTC 2000\75); Sentencia de 27 de marzo de 2000, Sala Segunda, ponente De Mendizábal Allende (BDA, m. RTC 2000\76); Sentencia de 10 de abril de 2000, Sala Segunda, ponente De Mendizábal Allende (BDA, m. RTC 2000\92), y Sentencia de 16 de mayo de 2000, Sala Segunda, ponente De Mendizábal Allende (BDA, m. RTC 2000\122).

MENDIZÁBAL ALLENDE (BDA, m. RTC 2000\59), y que luego se repite en varias SSTC.

Todos los votos particulares son del magistrado DE MENDIZÁBAL ALLENDE, ponente del conjunto de fallos⁷¹², aunque siempre los ha puesto con la adhesión de otros Magistrados: Jiménez de Parga y Jiménez Sánchez en el primer voto particular, y en los demás con la adhesión de Jiménez Sánchez.

El conjunto de votos particulares resulta interesante porque hace planteamientos generales sobre el sistema procesal penal y la compatibilización de éste con las exigencias del sistema acusatorio y de los derechos y garantías procesales de rango constitucional. Mediante dichos razonamientos pretende llegar a la conclusión de la máxima vinculación del juzgador a las peticiones de las partes.

Esta doctrina jurisprudencial aduce varias razones jurídicas más o menos similares a las de los autores. Veamos resumidamente cuáles:

⁷¹² *Ibid. cit. supra.*

1) La tutela judicial y el sistema acusatorio⁷¹³. La convicción de que la LECrim establece un sistema «adversarial» de parte, sumada a la consagración de la garantía del art. 24.1 de la tutela judicial efectiva, convierten al acusado en el protagonista del proceso con el derecho a ser informado de la acusación en toda su extensión, lo cual impone ciertas limitaciones al juzgador. Se añade a lo anterior una peculiar forma de entender el principio acusatorio, el cual emanaría, según el voto particular, del principio de justicia rogada, imponiéndole al órgano jurisdiccional la limitación de someterse a la acción o pretensión, uno de cuyos elementos esenciales es la pena concreta. Si así se concibe el principio acusatorio, naturalmente se concluye que el juez

⁷¹³ Citamos el texto del voto particular que se reproduce literalmente en todas las SSTC citadas. Para las transcripciones nos hemos servido de la última sentencia. STC de 16 de mayo de 2000, voto particular (BDA, m. RTC 2000\122): «1.(...) Ahora bien, aun cuando no deje de ser paradójico que en la Constitución no aparezca tal principio mencionado por su nombre, es evidente que, por obra del art. 24 C.E., donde se proclama la efectividad de la tutela judicial como derecho fundamental, con un haz de otros instrumentales de la misma índole, se indican los elementos estructurales de dicho principio axial trabándolos en un sistema cuyas piezas son, que desde el mismo instante de la promulgación de la Constitución ha de ser despojado de las adherencias residuales del viejo «procedimiento escrito, secreto e inquisitorial», «en el que estaban educados los españoles» (una vez más por boca de Alonso Martínez, en la tantas veces mencionada exposición de motivos) (...) A lo largo de estos casi veinte años, tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo como nuestra doctrina son contestes en contemplar como tales ingredientes a muchos de los derechos instrumentales de la tutela judicial contenidos en el párrafo 2. del art. 24 C.E., resumen de algunas enmiendas a la Constitución norteamericana donde se incorporó el «Bill of Rights» y, entre ellos, el derecho a ser informado de la acusación y el simétrico de la defensa en juicio, el debate contradictorio abierto y en audiencia pública para conseguir un juicio con todas las garantías, la congruencia de las sentencias y la proscripción de la reformatio in peius como consecuencia del carácter rogado de la justicia, con la finalidad última de evitar así la indefensión proscrita constitucionalmente como negación radical de la tutela judicial».

«(...) El Juzgador se encuentra limitado, maniatado, por la acción o pretensión, uno de cuyos elementos esenciales es la pena concreta, que en el supuesto de los recursos toma un cariz impugnatorio y en el presente caso ha sido la misma desde el trámite de la calificación definitiva hasta la formalización del recurso de casación, interpuesto tan sólo por el Fiscal, recordemos, pidiendo una y otra vez la pena de 7 años de privación de libertad. En tal coyuntura este Tribunal Constitucional había llegado a la conclusión de que la prohibición de reformatio in peius en el proceso penal deriva del art. 902 L.E.Crim., que la recoge, precisamente, para la casación. El carácter indisponible del ius puniendi -como regla no sin excepción- y la vigencia de los principios de oficialidad y legalidad singularizan la jurisdicción penal respecto de las demás, pero no hasta el punto de permitir un desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes han formulado sus pretensiones para diseñar el objeto procesal y acotar el perímetro de la contienda, concediendo más o menos, o cosa distinta de lo pedido, para incurrir así en vicio de incongruencia (SSTC 15/1987, 116/1988 y 40/1990, entre otras). No deja de sorprender que si ese incremento sobre lo solicitado se hubiera producido en el mismo proceso penal pero en el ejercicio de la acción civil se admitiría sin vacilación alguna esa incongruencia lesiva de la tutela judicial. Cuando se esgrime la pretensión penal, incluso la pena concreta, ha de exigirse, a mi juicio, la misma correlación como consecuencia del sistema acusatorio».

penal no puede exceder cuantitativamente la pena pedida aunque estuviese dentro del marco legal punitivo del CP ni aun con la utilización del art. 733, lo cual rige en cualquier procedimiento y en cualquier fase procesal (instancias o fases de recursos)⁷¹⁴.

En este contexto resulta perfectamente lógico que el voto particular considere que la imparcialidad del juez⁷¹⁵ se afecta por cualquier actuación de oficio del juzgador. Juzga, desde este punto de vista, que el aumento de pena más allá de la acusación supone sustentar una tercera tesis que ni siquiera es objeto de debate.

2) El argumento del derecho a ser informado de la acusación y del principio de contradicción con relación a la pena como parte integrante de la «pretensión»⁷¹⁶. Esta

⁷¹⁴ STC de 16 de mayo de 2000, voto particular (BDA, m. RTC 2000\122): «5. (...) En definitiva, el Juez penal no debe legalmente, ni constitucionalmente puede, imponer una pena más extensa cuantitativamente, aun cuando estuviere dentro del marco punitivo del Código, que la pedida por el Fiscal o las demás acusaciones si las hubiere, sea cualquiera el procedimiento o el grado jurisdiccional, con o sin el planteamiento de la tesis que permite el art. 733 L.E.Crim., concebido como válvula de seguridad del sistema acusatorio por quien lo instauró hace más de un siglo».

⁷¹⁵ STC de 16 de mayo de 2000, voto particular (BDA, m. RTC 2000\122): «6. (...) desde la posición constitucional del Juzgador, pone de manifiesto que su imparcialidad se ve disminuida por cualquier actuación ex officio, al menos en su apariencia y, sobre todo, cuando tercia espontáneamente en el debate y ejercita su potestad para imponer una pena más gravosa que la pedida por la acusación, con la misma calificación jurídica, sin que previamente las partes hayan tenido siquiera la oportunidad real de debatir esa «tercera opinión», rompiendo su hieratismo o su indiferencia institucionales (...)».

«La raíz del principio acusatorio conecta aquí, por tanto, con la imparcialidad como requisito determinante de la misma existencia de un proceso en el cual el Juzgador no pueda nunca asumir funciones de parte ni una posición partidista o partidaria. El monopolio de la acción penal por el Fiscal y los demás acusadores pretende excluir la posibilidad de que quien haya de fallar prejuzgue en cierto modo el fallo, formulando de oficio la acusación con el peligro de que se anticipe así «el pensamiento, la opinión, el juicio formulado por el Tribunal, que de este modo desciende a la arena del combate para convertirse en acusación», como escribía el autor de la exposición de motivos tantas veces traída a colación, que remachaba así: «No, los Magistrados deben permanecer durante la discusión pasivos, retraídos, neutrales a semejanza de los Jueces de los antiguos torneos, limitándose a dirigir con ánimo sereno los debates».

⁷¹⁶ STC de 16 de mayo de 2000, voto particular (BDA, m. RTC 2000\122): «2. (...) carga informativa de quien acusa como secuela de la presunción de inocencia, cuyo contenido ha de comprender no sólo el conocimiento de los hechos imputados, sino también de su calificación jurídica -delito- (...) No parece bueno olvidar, menospreciándolo, el aspecto existencialmente más importante de la petición, la cuantía de la pena. La calificación jurídica del delito es cuestión importante para los jurisperitos y la jurisprudencia, pero accesoria para el acusado, a quien interesa simplemente por constituir el presupuesto de la determinación de su efecto material, importándole sobremanera y primordialmente cuánto tiempo haya de estar privado de libertad o de otros derechos, en cuya función se configura su actitud en el proceso y su estrategia defensiva. Por ello mismo la pena concreta es el

doctrina parte de la importancia esencial que atribuye a la pena concreta dentro de la acusación. La cuantía, dice el voto particular, es el meollo de la pretensión punitiva, por eso exige que ésta deba ser conocida con exactitud por el acusado para poder exculparse y realizar una mejor defensa.

3) El derecho de defensa⁷¹⁷. En opinión de la disidencia, el principio acusatorio admite y presupone el derecho de defensa y, consecuentemente, la posibilidad de contestación o rechazo de la acusación, por eso señala lo siguiente: «nadie puede ser condenado si no se ha formulado contra él una acusación de la que haya tenido oportunidad de defenderse de manera contradictoria, estando, por ello, obligado el Juez o Tribunal a pronunciarse dentro de los términos del debate, tal y como han sido formulados por la acusación y la defensa, lo cual, a su vez significa en última instancia que ha de existir siempre correlación entre la acusación y el fallo de la Sentencia vinculando al Juzgador e impidiéndole exceder los términos en que venga formulada la acusación o apreciar hechos o circunstancias que no hayan sido objeto de consideración en la misma ni sobre las cuales por lo tanto, el acusado haya tenido ocasión de defenderse».

Es decir, en pos del más exquisito respeto del derecho de defensa, la limitación de los poderes del juzgador viene impuesta por los términos en que se formula la acusación, incluida la pena.

núcleo central, el meollo de la pretensión punitiva como objeto del proceso penal, cuya ratio petendi es la calificación jurídica del hecho y de sus circunstancias objetivas y subjetivas».

«A su vez otro principio procesal, el de contradicción, exige, entre más factores, ese conocimiento completo y oportuno de la acusación para que su destinatario tenga la oportunidad de exculparse y ejercer su derecho a la defensa, por sí mismo o asistido de jurisperitos, abogado y procurador, derecho para cuya satisfacción no basta la mera designación de los correspondientes profesionales, siendo necesario que los así nombrados puedan proporcionar una asistencia real y operativa a sus patrocinados (right of effective representation), con un contenido real y la suficiente eficacia dialéctica, sin reducirla a un cumplimiento formulario más rito procesal que sustancia (...)».

⁷¹⁷ STC de 16 de mayo de 2000, voto particular (BDA, m. RTC 2000\122): «3. (...) Así pues, «nadie puede ser condenado si no se ha formulado contra él una acusación de la que haya tenido oportunidad de defenderse de manera contradictoria, estando, por ello, obligado el Juez o Tribunal a pronunciarse dentro de los términos del debate, tal y como han sido formulados por la acusación y la defensa, lo cual, a su vez significa en última instancia que ha de existir siempre correlación entre la acusación y el fallo de la Sentencia» (SSTC 11/1992, FJ 3; 95/1995, FJ 2; 36/1996, FJ 4), vinculando al Juzgador e impidiéndole exceder los términos en que venga formulada la acusación o apreciar hechos o circunstancias que no hayan sido objeto de consideración en la misma ni sobre las cuales por lo tanto, el acusado haya tenido ocasión de defenderse» (...)).

4) El argumento legal relativo al contenido de la sentencia penal⁷¹⁸. Este argumento es el único de Derecho positivo y que se refiere al asunto planteado. Se trata de determinar el alcance del art. 902 de la LECrim, ya que la pena fue impuesta en sentencia de reemplazo dictada por el TS. La cuestión a saber es si el art. 902, que

⁷¹⁸ STC de 16 de mayo de 2000, voto particular (BDA, m. RTC 2000\122): «4. (...) En el Tribunal Supremo hay dos corrientes jurisprudenciales, al respecto, que se solapan. Una de ellas, quizá predominante o mayoritaria, según sus propias palabras, predica que el principio acusatorio no impide que la Audiencia o el Juez impongan una pena superior a la solicitada por la acusación, bien remediando errores de ésta (si ha omitido solicitar penas forzosamente vinculadas al tipo en cuestión o ha pedido penas inferiores a las legalmente procedentes), bien haciendo uso de sus facultades legales de individualización dentro de los márgenes correspondientes a la pena legalmente determinada para el tipo delictivo objeto de acusación y debate en el proceso, pues el Juez está sometido a la Ley y debe, por tanto, aplicar las penas que a su juicio procedan legalmente. Su función individualizadora, se dice, no está encorsetada por el límite cuantitativo marcado por las acusaciones, siempre que se mantenga en el marco punitivo señalado por la Ley. En tal sentido la correlación no se produce por el quantum de la pena sino por el título de la condena, pudiendo recorrerse aquella en toda su extensión, pero no imponer una pena superior en grado, salvo que utilizare la fórmula del art. 733 (art. 885.1.4 L.E.Crim.). Sin embargo otra tendencia se apoya en una lectura del art. 794.3 L.E.Crim. que lleva directamente, por su construcción gramatical, a la conclusión de que allí se veda la condena a una pena cuantitativamente mayor que la más grave pedida por las acusaciones, no simplemente «distinta», desde el momento en que utiliza el verbo exceder, equivalente a superar o sobrepasar en cabida o tamaño. En definitiva, la hermenéutica se mueve entre dos lecturas antagónicas, según se entienda por «pena» la prevista en abstracto para el correspondiente delito en el Código o la pena individualizada y concreta, cuantificada ya, que soliciten quienes acusan».

«Pues bien, entre ambas tesis -«estas dos opuestas interpretaciones»- el Tribunal Supremo vino a optar en un momento dado por la segunda, «más correcta y acomodada» al texto del precepto desde la perspectiva de la función constitucional del proceso penal: (...) de modo que ha de entenderse que al dictar la Sentencia en el mismo, la función individualizadora de la pena que al Tribunal corresponde encuentra su techo en el quantum de tal pena solicitada por la más grave de las acusaciones».

«Apoyan esta doctrina las técnicas propias de la labor interpretativa: a) la literal o gramatical ya que el concepto de "pena que exceda" es distinto de el de "pena más grave"...; b) la lógica, ya que de un lado (...) resultaría contrario a las reglas del método legislativo incluir en un precepto aplicable tan sólo a una modalidad del procedimiento penal, algo que la ley venía diciendo para la generalidad del procedimiento de tal clase (art. 851.3), que es supletoriamente aplicable a aquel procedimiento especial y la doctrina venía aplicando a todo el proceso penal; y, de otro, parece razonable pensar que si lo que el número 3 del art. 794 pretendía era señalar los límites impuestos a la Sentencia por el principio acusatorio, y, dentro de estos límites, al lado de la prohibición contenida en el último inciso de "condenar por delito distinto cuando este conlleve una diversidad del bien jurídico protegido o mutación esencial del hecho enjuiciado", hubiera querido también establecer la prohibición de imponer pena más grave en grado o calidad, así lo hubiera dicho (...) y c) la sistemática, pues la interpretación que se acepta y se declara correcta es la que resulta más congruente con todo el sistema que inspira el procedimiento abreviado el que, entre otros principios, pretende potenciar el consenso, formulando y ampliando los términos de la conformidad del reo (...); y por último, esa interpretación o entendimiento de la regla 3 del art. 794 (...) es también la más acorde con los fines de "lograr en el seno del proceso penal (...) una mayor protección de las garantías del inculgado"».

dispone que «Si la Sala casa la resolución objeto del recurso a virtud de algún motivo fundado en la infracción de la ley, dictará a continuación, pero separadamente, la sentencia que proceda conforme a derecho, sin más limitación que la de no imponer pena superior a la señalada en la sentencia casada o la que correspondería conforme a las peticiones del recurrente, en el caso que solicite pena mayor», debe ser interpretado en un sentido restrictivo o amplio de las facultades jurisdiccionales.

En opinión del voto particular, esta disposición prohíbe penalizar el delito más gravemente que lo pedido en concreto por la acusación, interpretación hecha a la luz del art. 794.3 (actual 789.3), y atendiendo al tenor literal de la disposición que tiene un contenido distinto al del art. 851.4, con lo cual concluye que hay una vinculación cuantitativa a la pena. En síntesis, desestima la interpretación jurisprudencial que argumenta que la norma del art. 902 ha de ser interpretada en armonía con las facultades individualizadoras de la pena que se someten sólo a los límites previstos en la ley para el delito, estableciendo una correlación punitiva no con la pena, sino más bien con el título de condena, ya que el art. 794.3 (art. 789.3) establece justo lo contrario al disponer una vinculación a la pena concretamente pedida.

Este voto particular llega a la conclusión de que la interpretación correcta de las limitaciones a las facultades individualizadoras del juzgador consiste en que al dictar la Sentencia «la función individualizadora de la pena que al Tribunal corresponde encuentra su techo en el quantum de tal pena solicitada por la más grave de las acusaciones».

Para fundar esta posición ofrece tres argumentos interpretativos. Primero, el gramatical, basado en que la norma del art. 794.3 (art. 789.3) alude a que no se puede castigar con «pena que exceda»⁷¹⁹ de la más grave de las acusaciones (pena concreta) que sería distinto de la expresión «delito más grave» del art. 851.4 (pena abstracta atribuida al delito distinto).

⁷¹⁹ La redacción del art. 789.3 modificó parcialmente el contenido del art. 794.3, y ahora, en lugar de referirse a que la «sentencia no podrá imponer pena que exceda de la más grave de las acusaciones», dice que la «sentencia no podrá imponer pena más grave de la solicitada por las acusaciones», con lo cual la nueva redacción parece profundizar la idea de vinculación a la pena concreta. Nos referiremos a esta cuestión más adelante.

En segundo lugar, ofrece el argumento lógico consistente en inferir que «resultaría contrario a las reglas del método legislativo incluir en un precepto aplicable tan sólo a una modalidad del procedimiento penal, algo que la ley venía diciendo para la generalidad del procedimiento de tal clase (art. 851.4), que es supletoriamente aplicable a aquel procedimiento especial y la doctrina venía aplicando a todo el proceso penal; y, de otro, parece razonable pensar que si lo que el número 3 del art. 794 [art. 789.3] pretendía era señalar los límites impuestos a la Sentencia por el principio acusatorio, y, dentro de estos límites, al lado de la prohibición contenida en el último inciso de “condenar por delito distinto cuando este conlleve una diversidad del bien jurídico protegido o mutación esencial del hecho enjuiciado”, hubiera querido también establecer la prohibición de imponer pena más grave en grado o calidad [y no a la pena concreta, se entiende] así lo hubiera dicho».

En tercer y último lugar, el voto particular acude a la argumentación sistemática, ya que en su opinión la vinculación a la pena pedida resulta más acorde con la finalidad del procedimiento abreviado y con la protección de las «garantías del imputado» en el proceso penal.

Tras esta exposición de las posiciones doctrinales y jurisprudenciales favorables a la vinculación del juez a la pena pedida, corresponde realizar una valoración integral de los argumentos aducidos.

En la exposición de los argumentos doctrinales y jurisprudenciales a veces se puede apreciar cierta inconexión y dispersión de los mismos. Con todo, si se leen atentamente ha de llegarse a la conclusión de que todos ellos se reducen a dos argumentos doctrinales y un argumento de Derecho positivo.

Respecto de los argumentos doctrinales, el primero y más importante es el que podríamos denominar como garantía o derecho del acusado a la no agravación punitiva. La doctrina y la jurisprudencia insiste muchísimo en esta idea, presentándola de diversas formas, aunque siempre vinculándola al derecho de defensa y proscripción de la indefensión.

Obsérvese que respecto de esta cuestión hemos llamado la atención previamente a propósito de la calificación jurídica más grave, supuesto en que la jurisprudencia suele acudir al argumento de la indefensión para prohibir la agravación. Hemos señalado al respecto que el derecho de defensa y la prohibición de indefensión en estos casos, ya

no actúan como garantías procesales, sino más bien como garantías o límites penales sustantivos. Ya no se trata de ofrecer tutela al debate contradictorio, sino directamente de limitar sustantivamente la aplicación del Derecho penal. Hay que recordar que la disidencia del Tribunal Constitucional descarta la posibilidad de plantear la tesis para condenar por pena más grave. Estima que ni aún la tesis previa legitima la pena más grave. Cabe recordar también lo que formula MARTÍNEZ ARRIETA, cuando dice que el juez puede ejercer su poder punitivo dentro de un doble límite. Primero, el legal, y, dentro de él, el límite de la pena pedida.

A una doctrina de esta naturaleza no se puede adherir o discrepar de forma absoluta, ya que antes habría que definir cuestiones muy complejas, como sería dilucidar si realmente existe un derecho o garantía a la no agravación punitiva derivada del derecho de defensa o proscripción de indefensión, pero con efectos sustantivos (más allá de los procesales). Y si ello fuera así, se plantearían dudas respecto al modo de compatibilizar su vigencia con la vigencia (indiscutida) del principio de legalidad penal o con el de igualdad en la aplicación de la ley penal. Me refiero al caso de que el acusador pida una pena equivocada, que no corresponda en absoluto a la asignada a la calificación jurídica. O, aun pidiendo una pena dentro del marco legal de la calificación correspondiente, cómo se podría asegurar el trato penal igualitario de los casos semejantes, cuando eso ya dependería de las penas pedidas en cada uno de ellos por el acusador (el cuál podría ser público y particular). La igualdad dependería de la labor más o menos acuciosa y legalista del MF, de pedir penas homogéneas para los casos semejantes, cuestión que no podría ser controlada por los jueces⁷²⁰.

El segundo argumento teórico resulta ser una consecuencia del anterior. Nos referimos a la peculiar forma de concebir el principio acusatorio. Puesto que se quiere conseguir a un juez que quede impedido de superar a la acusación en términos punitivos, se configura un concepto de principio acusatorio funcional a este fin, que

⁷²⁰ Estas reflexiones están presentes, aunque de un modo muy incipiente, en dos sentencias del TS que consideran que estos son los motivos que justifican que el juez pueda superar la pena pedida. En opinión de estas sentencias, la petición de pena equivocada o la petición desigual a los casos previos semejantes habilitan al juez a imponer pena superior a la pedida, ya que estarían en juego el principio de legalidad penal y el de igualdad en la aplicación del Derecho penal. *Vid.* STS de 25 de octubre de 2002, Sala de lo Penal, ponente Conde-Pumpido Tourón (BDA, m. RJ 2002\9610), y STS de 5 de abril de 2004, Sala de lo Penal, ponente Delgado García (BDA, m. RJ 2004\2975).

deje al juez sólo espacios atenuatorios en la aplicación del Derecho. Así, se dota al principio acusatorio de un contenido que va mucho más allá de la necesidad de que un sujeto ajeno al juzgador introduzca el hecho sometido a enjuiciamiento, afirmando que el principio acusatorio viene definido por todo el contenido de la acusación, incluida la calificación jurídica y la pena como máximos, de modo que cualquier modificación agravatoria a los términos de la acusación es valorada como infracción al principio acusatorio.

El tercer argumento, el único de Derecho positivo, es el que se refiere a la regulación legal del procedimiento abreviado. Como se advirtió, tanto MARTÍNEZ ARRIETA como la opinión disidente del TC utilizan la regulación del procedimiento abreviado como base legal de la opinión de la vinculación a la pena pedida. Lo cierto es que dicha regulación debidamente interpretada conduce al resultado señalado (como más adelante se verá), estemos o no de acuerdo desde una perspectiva de *lege ferenda*. Tal vez sea éste el único argumento válido para concluir que el juez debe atenerse al máximo de pena pedida, aunque por consideraciones de coherencia del ordenamiento jurídico procesal sería conveniente que en el futuro la regulación despejase todas las cuestiones consignadas antes de adoptar un criterio definitivo a este respecto. Si realmente existe un derecho o garantía del acusado a la no agravación punitiva, traduciéndose ello en que el juez se halle limitado como tope máximo por la acusación, tanto en relación a la calificación jurídica como a la pena pedida. Y de ser así, de qué manera se resolverían las colisiones con el principio de legalidad penal y de igualdad en la aplicación de la ley penal.

3. La imposición de penas y consecuencias accesorias no pedidas depende de la necesidad o imperatividad de su aplicación

Una última cuestión dentro del tema de la vinculación a la pena pedida es la referente a la pena o consecuencia jurídica que no se ha pedido, lo que puede tener importancia especialmente respecto de las penas o consecuencias accesorias.

En el CP de 1995 se distinguen, aparte de las penas principales, las penas y las consecuencias accesorias, las que se engloban dentro de la categoría más amplia de las consecuencias jurídicas del delito.

Las penas accesorias son las siguientes: inhabilitación absoluta, inhabilitación especial, suspensión de empleo o cargo público y la prohibición de volver al lugar del delito.

Estas penas, en cuanto a su imposición, pueden ser imperativas o necesarias, como en los casos de los arts. 55 y 56, o no necesarias o facultativas, como en los supuestos del art. 57.

Por otra parte, el CP establece las denominadas consecuencias accesorias, que son el comiso (la más importante, arts. 127 y 128 CP), la clausura, disolución o suspensión de la actividad de sociedades (art. 129 CP); la intervención de la empresa, y la prohibición de realizar en el futuro actividades, operaciones o negocios de la misma clase (art. 129 CP).

Al igual que las penas accesorias, la imposición de consecuencias accesorias pueden ser necesarias o imperativas, como en el caso de ciertos comisos —no de todos— (arts. 127 y 128, con relación a los arts 374, 385 y 431, todos del CP), o facultativas para el juzgador (arts. 127 a 129, con relación al art. 79, todos del CP).

Pues bien, si relacionamos la regulación de las penas y consecuencias accesorias al tema de la correlación, cabe preguntarse si el juzgador en ejercicio de sus poderes puede imponer, si así lo estima conforme a la ley penal, una pena o consecuencia accesoria, sin necesidad de petición expresa de la acusación, o, por el contrario, si se requiere una petición expresa de la misma por parte del acusador.

Sobre esta cuestión hay varias SSTS⁷²¹ que se han pronunciado rechazando la posibilidad de imposición de oficio de penas accesorias no pedidas (comiso). Un ejemplo nos lo da la STS de 30 de enero de 1995 (BDA, m. RJ 1995\36)⁷²², que estimó

⁷²¹ SSTS: Sentencia de 17 de septiembre de 1991 (BDA, m. RJ 1991\6402); Sentencia de 12 de noviembre de 1992 (BDA, m. RJ 1992\9662); Sentencia de 8 de mayo de 1993 (BDA, m. RJ 1993\3769); Sentencia de 15 de septiembre de 1993 (BDA, m. RJ 1993\7144); Sentencia de 21 de junio de 1994 (BDA, m. RJ 1994\5220); Sentencia de 24 de noviembre de 1994 (BDA, m. RJ 1994\8968); Sentencia de 30 de enero de 1995 (BDA, m. RJ 1995\36); Sentencia de 23 de febrero de 1999 (BDA, m. RJ 1999\1182).

⁷²² STS de 30 de enero de 1995, Sala de lo Penal, ponente Hernández Hernández (BDA, m. RJ 1995\36): «TERCERO. (...) El motivo, apoyado parcialmente por el Ministerio Fiscal, en cuanto, aunque de forma confusa, evidencia quebranto del «principio acusatorio», debe ser acogido, ya que en el escrito de calificación del Ministerio Fiscal no se menciona la intervención de dicha cantidad, ni se

que infringía el principio acusatorio una sentencia de la AP que le impuso al acusado una pena accesoria de comiso (en el CP de 1995, el comiso es tratado como consecuencia accesoria). El TS establece que si se quería imponer la pena (consecuencia accesoria) debió haberse sometido a debate sin que bastara la petición genérica de penas accesorias. Establece que si se impone una pena accesoria en la sentencia condenatoria no pedida por las partes acusadoras, se infringen el principio acusatorio y la congruencia, según lo señala en el fundamento de derecho tercero de la sentencia.

Este criterio es refrendado, entre otras, en la STS de 23 de febrero de 1999 (BDA, m. RJ 1999\1182)⁷²³, que también trata de la imposición de la pena de comiso. En este caso, si bien se había pedido dicha pena, se limitaba a una cantidad precisa de dinero, y la sentencia de la AP la extendía a otras cantidades respecto de las cuales los acusadores no pedían el comiso. El TS estima que hay infracción del principio acusatorio por la extensión del comiso a una cantidad respecto de las cuales no se había solicitado la pena.

solicita su «comiso» y de la narración histórica de la sentencia impugnada, tampoco resulta que proviniera del delito o fuera ganancia obtenida con el mismo, de donde se deduce que la imposición de dicha pena «accesoria», no solicitada, infringe los principios «acusatorio» y de la «congruencia», puesto que «en definitiva se trata de una medida controvertible en juicio, y de ahí la necesidad de que se someta expresamente a debate por el Ministerio Fiscal o partes acusadoras cuando lo estimen procedente, sin que baste la petición de penas accesorias» (...).

⁷²³ STS de 23 de febrero de 1999 (BDA, m. RJ 1999\1182): «SEGUNDO. (...) En relación a la petición acumulada a este motivo relativa a la extensión del comiso -extremo que apoya el Ministerio Fiscal-, también debe prosperar en la medida que su extensión viene delimitada por el principio acusatorio».

«En síntesis, la sentencia en los hechos probados declara que a David A. se le ocuparon joyas y 78.000 ptas. por un lado, más otras 25.300 ptas. por otro, acordándose el comiso por estimar que todo procede de ventas de drogas».

«Con acierto señala el Ministerio Fiscal, que tal declaración excede la petición que en su día efectuó ese Ministerio. En efecto, al folio 190 -escrito de conclusiones provisionales- en el penúltimo párrafo del relato de hechos, se concreta lo que se estima producto de las ventas de droga en las 25.300 ptas. que se le ocuparon al recurrente. En el acta del juicio oral -folio 172 y siguientes- el Ministerio Fiscal elevó a definitivas sus conclusiones sin modificar la extensión del comiso, que por ello representa el máximo permitido ya que todo exceso evidenciaría una quiebra del principio acusatorio».

«Por ello, procede también la estimación de este aspecto del motivo y por tanto la estimación completa de las dos peticiones del recurrente, lo que se materializará en la segunda sentencia».

Últimamente se ha confirmado este criterio en la STS de 5 de diciembre de 2003, Sala de lo Penal, ponente Granados Pérez (BDA, m. JUR 2003\1667), en la cual se vuelve a afirmar que la aplicación del comiso que no fue pedido por el MF (única parte acusadora) infringió el principio acusatorio.

Es curioso, sin embargo, que las soluciones a que llega el TS en estos casos, al igual que en los demás citados a pie de página, no reflexionen sobre los argumentos de la facultad de calificación del juzgador de los hechos para poder extraer las consecuencias penales que correspondan del hecho, sin necesidad de atenerse a la petición acusatoria, y acerca del argumento de la legalidad que rige todo el sistema de imposición de pena, argumentaciones a las que sí acude cuando se le plantea la vinculación a la petición de pena principal en supuestos en que el acusador se ha olvidado de pedir una pena precisa⁷²⁴. Parece ser que se establece la diferencia entre pena principal y accesoria (lo cual también sería aplicable a las consecuencias accesorias) en razón de que esta última no es una pena necesaria o imperativa en todos los supuestos, en el sentido de que no debe ser inevitablemente impuesta si se estima sancionable el delito correspondiente, sino en aquellos delitos que se pene con pena principal de prisión igual o superior a diez años, en cuyo caso sí será necesaria la imposición de la pena accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de condena, a menos que esta pena ya esté prevista como principal, art. 55 del CP⁷²⁵, o en los casos de delitos con pena de prisión de hasta diez años, en cuyo caso será imperativa la imposición de las penas accesorias de suspensión o inhabilitación especial, conforme el art. 56. En los restantes casos del art. 57 la pena accesoria no es necesaria, siendo su aplicación facultativa para el tribunal.

En suma, el criterio jurisprudencial de estimar incongruente la sentencias que impongan penas accesorias no pedidas se sostiene en las hipótesis en que no es necesaria su imposición (ciertos comisos), sino que facultativa para el juzgador. El principio acusatorio (en realidad el derecho de defensa y proscripción de la

⁷²⁴ Vid. STS de 10 de mayo de 1999, Sala de lo Penal, ponente Giménez García (BDA, m. RJ 1999\4970), y SAP de Badajoz de 19 de enero de 1995, Sección 1ª, ponente Martínez Montero de Espinosa (BDA, m. ARP 1995\4).

⁷²⁵ Vid. GARCÍA ALBERO, Ramón, *Comentarios al nuevo Código Penal*, AAVV, Aranzadi, Pamplona, 1996, pp. 369-376.

indefensión) supondría que para su imposición sea menester una petición explícita de la misma. Además, parece ser éste el criterio por el cual *sensu contrario*, tanto en el proceso ordinario por delitos como en el de faltas, se llega a tolerar la imposición de pena principal sin petición de pena, ya que al ser la pena principal una consecuencia penal necesaria, la cual debe ser impuesta si la sentencia es de condena, se aprecia como una suerte de secuela lógico-jurídica de la sentencia de condena⁷²⁶.

El argumento expuesto con anterioridad sería igualmente aplicable para el caso de las consecuencias accesorias, ya que su imposición es facultativa para el juzgador en varias hipótesis.

En fin, a nuestro juicio, en las SSTs citadas *supra*, prevalece solapadamente, ya que no se expresa en ninguna de ellas, el argumento de que la sentencia condenatoria no puede empeorar las consecuencias penales para el acusado más allá de lo que se pide en la acusación⁷²⁷. De ahí que prevalezca el criterio de no aplicación de pena accesoria

⁷²⁶ El TC en la Sentencia de 29 de septiembre de 2003, Sala Segunda, ponente Jiménez Sánchez (BDA, m. RTC 2003\174), explícitamente ha expresado este criterio a propósito de un caso en que se impuso como pena principal la inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión (art. 364.2.1º CP), pero que no había sido pedida por el MF. En este supuesto, el TC ha declarado que no constituye infracción al principio acusatorio ni al derecho de defensa, ya que se trata de una consecuencia jurídica del delito que debe ser aplicada ineludiblemente. En el Fundamento Jurídico 10 dice lo siguiente: «La necesidad de remediar un error de la acusación que había omitido pedir como pena principal, que no como pena accesoria, la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio, industria o comercio, forzosamente vinculada al tipo delictivo por el que se formuló la acusación, pena que impuso en su grado mínimo».

«(...) el Juez de lo Penal impuso una pena forzosamente vinculada al tipo penal en el cual el Fiscal había subsumido los hechos por los que formuló acusación dentro del marco penal establecido por la Ley y en su grado mínimo, sin que al ser la pena impuesta en este grado y estar prevista por la Ley pueda estimarse sorpresiva por la defensa (...)».

Este es el criterio de la STS de 10 de mayo de 1999, Sala de lo Penal, ponente Giménez García (BDA, m. RJ 1999\4970), que sostuvo justamente lo mismo para el proceso ordinario por delitos. En el juicio de faltas, con el mismo criterio, se puede citar la SAP de Badajoz de 19 de enero de 1995, Sección 1ª, ponente Martínez Montero de Espinosa (BDA, m. ARP 1995\4).

⁷²⁷ Por otra parte, el argumento de que hay infracción del acusatorio en razón de que en estos casos no se ha pedido la pena accesoria, tampoco es coincidente con el pronunciamiento del TS en Sentencia de 10 de mayo de 1999, Sala de lo Penal, ponente Giménez García (BDA, m. RJ 1999\4970), que en su fundamento de derecho primero sostuvo, refiriéndose a una de las penas principales, que no había ninguna vulneración del principio acusatorio por la imposición de una pena por uno de los delitos a que fue condenado el acusado respecto del cual la acusación olvidó pedirla. El TS desestima el motivo, ya que había acusación por la falta de lesiones y concluye que el simple olvido del acusador respecto de la pena no supone infracción del principio acusatorio porque el acusado conoció la calificación y

(consecuencia accesoria de comiso) sin petición expresa de la misma, en virtud de un principio acusatorio —ampliado al derecho de defensa y proscripción de la indefensión—, que se sobrepone al principio de legalidad de la pena y de los poderes del juzgador de extraer la o las consecuencias jurídicas del delito que procedan conforme a Derecho.

Sin embargo, ni siquiera este último argumento podría ser utilizado en los casos de penas o consecuencias accesorias cuando sean necesarias (arts. 55 y 56, y 127, respectivamente)⁷²⁸, es decir, en los casos que la imposición de éstas sea imperativa para el juzgador, ya que en ambos casos es la propia ley la que dispone su aplicación, siendo una consecuencia jurídica del delito inevitablemente aparejada a la sentencia de condena, con lo cual se pida o no por la acusación se debería entender siempre inherente a la declaración de condena. Así parece estimarlo el ATS de 21 de julio de 2000 (BDA, m. RJ 2000\7514), que establece que la imposición de la pena accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo (de imperativa aplicación), sin petición del acusador, no infringió el «sistema acusatorio» ni la debida correlación de la sentencia con la acusación, ya que este deber no se extiende a la pena la cual se rige por el principio de legalidad (cuando es imperativa su aplicación, habría que añadir).

Obsérvese que de lo contrario, como pretende algún autor⁷²⁹, se podría llegar a consecuencias aberrantes, como sería el caso en que el MF por olvido, por negligencia o por la razón que fuere, no pidiera la consecuencia accesoria, pongamos por ejemplo, de comiso sobre los efectos de comercio ilícito como las drogas, los estupefacientes o sustancias sicotrópicas, situación en la cual no se podría imponer el comiso en la sentencia por falta de petición del acusador, a pesar de la condena por los delitos de tráfico de drogas, estupefacientes o sustancias sicotrópicas.

hubo debate sobre la misma. La omisión de petición de pena fue suplida por el juez en virtud del principio de legalidad del que se deriva la consecuencia de la pena, afirma la STS.

⁷²⁸ En los supuestos del art. 127, con relación al art. 374, 385 y 431, todos del CP.

⁷²⁹ Por ejemplo, PRATS CANUT, José María, *Comentarios...*, cit., pp. 616-617.

CAPÍTULO III

ESPECIALIDADES DE LA CORRELACIÓN EN PROCESOS DISTINTOS DEL ORDINARIO POR DELITOS GRAVES

CONSIDERACIÓN PREVIA

En el desarrollo argumental precedente referido a todo el sistema procesal penal hemos tenido en cuenta las normas del proceso ordinario por delitos graves y también las de los demás procesos ordinarios y especiales en aquella parte que le es aplicable la argumentación general. Sin embargo, en el Derecho español hay ciertas regulaciones procesales que suponen peculiaridades normativas en cuanto a la reglamentación del principio acusatorio, del principio de contradicción y de la correlación, las cuales se apartan parcialmente de lo que hemos afirmado precedentemente. En concreto, cabe estudiar en esta materia las especialidades del procedimiento abreviado, del juicio de faltas y del juicio ante jurado.

I. EL DEBER DE CORRELACIÓN EN EL PROCEDIMIENTO ABREVIADO (Y JUICIOS RÁPIDOS)

Tocante al procedimiento abreviado (y *juicios rápidos*)⁷³⁰ estudiaremos sólo las peculiaridades que presenta el régimen de correlación. Como se verá, la regulación del deber de correlación de la sentencia muestra varias diferencias respecto del régimen común u ordinario que hemos estudiado precedentemente.

Nos ocuparemos del análisis del art. 788.3 y 4 y art. 789.3, que son las disposiciones en las que se reúne la materia de nuestro interés.

⁷³⁰ El régimen de correlación del procedimiento abreviado se aplica a los *juicios rápidos* por expresa remisión del art. 801.1 y 3 LECrim. Recuérdese que las normas del procedimiento abreviado se aplican supletoriamente a los *juicios rápidos*, art. 795.4 LECrim.

En términos generales hay que recordar que en el procedimiento abreviado se abre el trámite de conclusiones una vez practicada la prueba⁷³¹. El art. 788.3 establece que es el Juez o Presidente del Tribunal el que debe requerir «a la acusación y defensa para que manifiesten si ratifican o modifican las conclusiones de los escritos inicialmente presentados y para que expongan oralmente cuanto estimen procedente sobre la valoración de la prueba y la calificación jurídica de los hechos».

Del tenor de la norma se deduce que la finalidad de este trámite es que las partes puedan expresar si ratifican o modifican las conclusiones de sus escritos iniciales y, junto con ello, exponer lo que estimen conveniente acerca de la valoración de la prueba y la calificación jurídica de los hechos. En suma, en este trámite las partes realizan sus conclusiones definitivas⁷³².

Como tantas veces hemos dicho, son las conclusiones definitivas (del acusador) las que sirven de términos de comparación limitador de la sentencia, pues en ellas se recoge la más precisa y última determinación del objeto del proceso (hecho y acusado) y la calificación jurídica integral del hecho enjuiciado.

1. La tesis propuesta por el juzgador

Pese a lo dicho precedentemente, las conclusiones definitivas todavía pueden estar sujetas a modificaciones, las cuales pueden provenir de la formulación de determinadas cuestiones por el órgano jurisdiccional. El art. 788.3 II (que se corresponde con el antiguo art. 793.6 II) dice que el órgano jurisdiccional «podrá extenderse a solicitar del Ministerio Fiscal y de los letrados un mayor esclarecimiento de hechos concretos de la prueba y la valoración jurídica de los hechos, sometiéndoles a debate una o varias preguntas sobre puntos determinados».

Emana de la disposición que el órgano jurisdiccional ejerce esta potestad cuando tenga dudas o discrepe acerca de la calificación jurídica del hecho realizada por las

⁷³¹ Vid. GASCÓN INCHAUSTI, Fernando (con Aguilera Morales), *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: comentario a la Ley 38/2002 y a la Ley Orgánica 8/2002, de 24 de octubre*, Civitas, Madrid, 2003, p. 143; MUERZA ESPARZA, Julio, *La reforma del proceso penal abreviado y el enjuiciamiento rápido de delitos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2003, pp. 129-130.

⁷³² GASCÓN INCHAUSTI, Fernando (con Aguilera Morales), *La reforma...*, cit., p. 143.

partes en conclusiones definitivas. La duda o discrepancia puede obedecer a una pura cuestión de encasillamiento jurídico de los mismos elementos fácticos sostenidos por las partes, pero el sentido común indica que la regla generalísima es que las discrepancias calificadorias suelen tener un soporte fáctico fruto del resultado probatorio. Aunque hay doctrina que tiende a negar este punto⁷³³, lo cierto es que la norma legal desliza la cuestión de la manera lo menos provocadora posible y se refiere a la posibilidad de plantear cuestiones sobre «hechos concretos de la prueba»⁷³⁴. Por mucho que se quiera buscar ajustes interpretativos no queda más que reconocer que estamos en presencia de resultados probatorios, es decir, de hechos que resultan modificados y sobre los cuales se asienta una nueva calificación; de ahí la probable necesidad de prueba de descargo en el debate que se abre a propósito de la tesis (art. 788.4). La limitación a este respecto vendría dada por la no esencialidad (accidentalidad) de los cambios fácticos (dentro de la teoría normativa del hecho), siendo admisibles sólo los planteamientos de cuestiones fácticas accidentales, pero que aun siendo accidentales puedan tener efectos jurídicos penales⁷³⁵. En fin, esta potestad jurisdiccional habilita al juzgador para someter a debate determinadas cuestiones fáctico-jurídicas, más allá de los contenidos de las conclusiones definitivas⁷³⁶.

La doctrina discutía si esta potestad que ya estaba contenida en el anterior art. 796.3 era equivalente al art. 733, y en caso de no serlo, si era supletoriamente aplicable el art. 733⁷³⁷. A nuestro parecer, la nueva redacción del art. 789.3 deja claramente establecido que el contenido de la propuesta del 788.3 II es el equivalente al de la tesis del art. 733,

⁷³³ Vid. GASCÓN INCHAUSTI, Fernando (con Aguilera Morales), *La Reforma...*, cit., pp. 146-147. También ARMENTA DEU, Teresa, *El nuevo proceso abreviado. Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de 24 de octubre de 2002*, Marcial Pons, Madrid, 2003, p. 157.

⁷³⁴ Antes se decía que los planteamientos versaban acerca de «aspectos concretos de la prueba» (antiguo art. 793.6).

⁷³⁵ En este sentido ORTELLS RAMOS, Manuel, «Líneas generales de la reforma del procedimiento abreviado y del nuevo procedimiento de enjuiciamiento rápido», en *Ley de Enjuiciamiento Criminal y otras normas procesales*, Consejo Valenciano de Colegios de Abogados, Valencia, 2003, p. 30.

⁷³⁶ Vid. a este respecto la STC de 13 de febrero de 2003, Sala Primera, ponente Casas Baamonde (BDA, m. RTC 2003\33).

⁷³⁷ Vid. Circular 1/1989 de la Fiscalía General del Estado. La doctrina también da cuenta de este debate. Así, REIG REIG, José Vicente, *Reforma del procedimiento abreviado*, Dykinson, Madrid, 2002, pp. 173-174; GASCÓN INCHAUSTI, Fernando (con Aguilera Morales), *La reforma...*, cit., p. 147; MUERZA ESPARZA, Julio, *La reforma...*, cit., pp. 131-132.

pero asumiendo la interpretación jurisprudencial de la disposición ordinaria⁷³⁸. En efecto, la nueva norma ahora añade que las cuestiones fáctico-jurídicas agravatorias propuestas por el juzgador sólo pueden ser recogidas en la sentencia si antes han sido asumidas por alguna de las partes. El art. 789.3 exige «que algunas de las acusaciones haya asumido el planteamiento previamente expuesto por el Juez o Tribunal». Queda claro, entonces, que se trata de un planteamiento concreto (tesis) respecto de cuestiones fáctico-jurídicas y que el mismo sólo puede ser válidamente recogido en sentencia en tanto sea asumido por alguna de las partes (acusadoras), que es el requisito añadido por la jurisprudencia del TS respecto de la tesis ordinaria. En este contexto es evidente, además, que la finalidad del planteamiento es ampliar el debate a los nuevos temas fáctico-jurídicos propuestos, igual como acontece con la tesis ordinaria.

Tal cual se ha dicho, la tesis se ha de formular una vez que las partes hayan realizado sus conclusiones definitivas y el debate a su respecto se debería suscitar de inmediato, si ello fuere posible. En caso de haber dudas acerca de las cuestiones sometidas a las partes, cualquiera de éstas podría pedir un «receso» de un día para preparar el debate; receso que aunque no está previsto en la norma del procedimiento abreviado, sería una aplicación supletoria de lo dispuesto en el art. 733⁷³⁹, que sí lo contempla.

Rechazada la tesis por todas las partes el debate procesal estará cerrado. Por el contrario, si alguna de las partes llega a modificar sus conclusiones definitivas conforme a la misma habrá que distinguir si esa modificación implica o no cambio de tipificación penal o agravación calificadoria (mayor grado de ejecución, más grave forma de participación o circunstancia de agravación). Si no lo implica, también se entenderá cerrado el debate procesal, mientras que en caso afirmativo habrá de aplicarse lo previsto en el art. 788.4, el cual permite el aplazamiento hasta por 10 días para que

⁷³⁸ Vid. CALVO SÁNCHEZ, Carmen, «Estudio del procedimiento abreviado en la reforma operada por la proposición de Ley 122/000199 de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal sobre el procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas y modificación del procedimiento abreviado: texto aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados en sesión de 27 de junio de 2002», en *La Ley*, tomo 7, 2002, p. 1930; GASCÓN INCHAUSTI, Fernando (con Aguilera Morales), *La reforma...*, cit., p. 147; MUERZA ESPARZA, Julio, *La reforma...*, cit., p. 132.

⁷³⁹ Coincidimos con GASCÓN INCHAUSTI, Fernando (con Aguilera Morales), *La reforma...*, cit., p. 148, que así lo señala.

el acusado prepare sus alegaciones y, en su caso, aporte los elementos probatorios y de descargo que estime conveniente. Al vencimiento del plazo de suspensión el acusado deberá realizar sus alegaciones y procederse, en su caso, a la práctica de la prueba. Por su parte, los acusadores «podrán, a su vez, modificar sus conclusiones definitivas» teniendo en cuenta las nuevas alegaciones y resultados probatorios⁷⁴⁰⁻⁷⁴¹.

En conclusión, resulta importante destacar que la formulación de tesis puede producir la modificación de las conclusiones definitivas y devenir entonces modificado el término de comparación de la sentencia. Esto último implicará la alteración de los términos del deber de correlación de ésta, como a continuación se expone.

2. Correlación de la sentencia con las conclusiones definitivas

La correlación de la sentencia con las conclusiones definitivas —y con las posibles modificaciones producidas a raíz del planteamiento de tesis— está tratada en el art. 789.3.

La disposición establece que «La sentencia no podrá imponer pena más grave de la solicitada por las acusaciones, ni condenar por delito distinto cuando éste conlleve una diversidad de bien jurídico protegido o mutación sustancial del hecho enjuiciado, salvo que alguna de las acusaciones haya asumido el planteamiento previamente expuesto por el Juez o Tribunal dentro del trámite previsto en el párrafo segundo del artículo 788.3».

La redacción de la norma produce varios problemas interpretativos respecto de los contenidos fundamentales de la acusación y el grado de vinculación de la sentencia.

⁷⁴⁰ El art. 788.4 ofrece al acusado la oportunidad de pedir el aplazamiento de la sesión para preparar sus alegaciones y pedir prueba no sólo para el caso de que las modificaciones a las conclusiones definitivas se produzcan a causa de un previo planteamiento de tesis, sino también cuando en las conclusiones definitivas se modifican las conclusiones iniciales, a raíz del resultado del debate y de la prueba practicada, sin que haya mediado tesis.

⁷⁴¹ La norma contempla este aplazamiento del juicio y la posibilidad de nuevas alegaciones y pruebas, como el medio de otorgar tutela al derecho de defensa y principio de contradicción respecto de las modificaciones agravatorias, las cuales no sólo se fundan en cuestiones jurídicas puras, sino también en posibles modificaciones fácticas (no esenciales). Tal es la razón principal de la necesidad de permitir nueva prueba, ya que de lo contrario la posibilidad de nueva prueba sobre cuestiones jurídicas no se explica, salvo que se diga que es nueva prueba sobre los mismos hechos, solución que resulta poco plausible.

2.1. *El objeto del proceso y deber de correlación*

En cuanto al objeto del proceso relevante para el deber de correlación, la norma se decanta en principio por el concepto de hecho de la acusación en términos normativos, ya que dice que no se puede condenar por delito distinto cuando conlleve «mutación sustancial del hecho enjuiciado», con lo cual se da a entender que el juez no puede alterar sustancialmente el hecho punible en tanto contenido objetivo del objeto del proceso, cuestión que es exigencia del principio acusatorio. Pero tocante a esta cuestión, la norma añade la consideración del bien jurídico protegido como criterio adicional para la determinación de la identidad del objeto del proceso. Dice la norma que no podrá condenarse «por delito que conlleve una diversidad de bien jurídico». Es decir, estima que el bien jurídico lesionado por el hecho punible (su resultado) ha de ser considerado como elemento identificador del objeto del proceso.

Sin embargo, en su momento vimos cómo la doctrina mayoritaria⁷⁴² considera que el bien jurídico sólo excepcionalmente sirve a efectos de identificar el objeto procesal, cuando el criterio de la actividad de ejecución típica «no justifica» la modificación en sentencia de la forma de participación de autoría a complicidad, o viceversa. En los demás supuestos se considera un elemento irrelevante, igual como lo es para determinar la identidad del hecho a fines de cosa juzgada y litis pendencia. La redacción del art. 789.3, no obstante, le hace recobrar su importancia sin distinción de ninguna especie, en cuanto criterio general de identificación del hecho, con lo cual la identidad del hecho exigiría la identidad de acción típica de ejecución y de resultado lesivo (bien jurídico lesionado) como requisitos copulativos de identificación. El hecho procesal estaría constituido por la acción o conducta y por su resultado lesivo.

La confusión se torna más grave aún si se considera que este límite del hecho punible y su resultado lesivo (bien jurídico), que son límites impuestos por la vigencia

⁷⁴² Vid. GÓMEZ ORBANEJA, Emilio, *Comentarios...*, cit., tomo II, p. 302 y ss; GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Eduardo, «Correlación...», cit., pp. 526-529; CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, *La cosa juzgada penal*, cit., pp. 60 y ss; VÁZQUEZ SOTELO, «El principio acusatorio...», cit., pp. 126-128; VERGER GRAU, Joan, *La defensa del imputado...*, cit., pp. 109-113; ASECIO MELLADO, José María, *Principio acusatorio...*, cit., pp. 76-80; ORTELLS RAMOS, Manuel, «El nuevo proceso penal abreviado: aspectos fundamentales», en *El proceso penal abreviado*, Comares, Granada, 1997, p. 16; MORENO CATENA, Víctor, *El proceso penal*, cit., tomo III, pp. 2404 y ss; GALDANA PÉREZ MORALES, Mónica, *Correlación...*, cit., pp. 25-26; CUCARELLA GALIANA, Luis, *La correlación...*, cit., pp. 129-136.

del principio acusatorio, parecen ser superables por el mismo juez. De acuerdo al tenor del art. 789.3, el juez puede condenar por delito distinto que suponga diversidad de bien jurídico y/o mutación sustancial del hecho, si previamente ha propuesto la tesis a este respecto y alguna de las partes la ha asumido. En otras palabras, el juzgador por medio de la tesis podría plantearle a las partes un hecho distinto, con distinto resultado lesivo y que dé lugar a una calificación jurídica distinta, y si alguna de las partes la asume como propia, el juzgador quedaría habilitado para dictar sentencia conforme a la misma⁷⁴³.

El precepto señalado (art. 789.3), interpretado literalmente, lleva a esta ineludible conclusión: que el juez podría proponer de oficio un nuevo objeto del proceso y que si ese objeto propuesto es recogido por alguna de las partes el juez puede terminar dictando sentencia respecto de él. Es más que evidente que una interpretación de esta naturaleza constituye una flagrante infracción al principio acusatorio y a la debida separación de la función acusadora de la juzgadora, puesto que a través de la tesis el juez estaría asumiendo una función propositiva de un nuevo objeto procesal, el cual después tendría él mismo que enjuiciar. La infracción al principio acusatorio y a la imparcialidad objetiva no podría ser más radical, y no resultaría en absoluto subsanada por la posterior asunción de la propuesta jurisdiccional. El juez se hallaría prevenido con su actuación de acusador.

La situación descrita nada tiene que ver con la regulación de la ampliación o modificación del objeto del proceso previstas, por ejemplo, en Derecho alemán, italiano o portugués, donde se contempla la situación derivada de la prueba que pueda justificar la ampliación de la acusación o incluso la modificación del objeto procesal, pero dejando la iniciativa exclusivamente a la acusación y en la que el juez actúa controlando la validez y el respeto a las garantías del proceso respecto de esos actos, pero nunca proponiendo él mismo dicha modificación o ampliación (parágrafo 266 de

⁷⁴³ Vid. ORTELLS RAMOS, Manuel, «Líneas generales de la reforma...», *cit.*, pp. 29-30; ARMENTA DEU, Teresa, *El nuevo proceso abreviado...*, *cit.*, p. 167; CUCARELLA GALIANA, Luis, «Problemas interpretativos que plantea el artículo 789.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (a propósito de la Ley 38/2002, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, y de modificación del procedimiento abreviado), en *Revista General de Derecho Procesal*, N° 1, 2003, <http://www.iustel.com>.

la Ordenanza alemana, arts. 516 a 519 del Código italiano y art. 359.2 y 3 del Código portugués).

Resulta, en consecuencia, totalmente necesario *reinterpretar* la norma del art. 789.3, y concluir que la tesis no faculta al juzgador para proponer una modificación con la amplitud señalada, ya que el mismo art. 788.3 establece la tesis con unos contenidos bastantes más limitados. Así se ha interpretado, por lo demás, su antecedente el art. 733, el cual en ningún caso se ha concebido para introducir nuevos objetos procesales⁷⁴⁴.

Con todo y como ya hemos dicho, consideramos perfectamente posible que la tesis (tanto en el ordinario como en el abreviado) sirva para proponer modificaciones fácticas accidentales que no afecten la identidad del hecho (normativa), pero que tengan efecto jurídico penal. Tal vez desde esta perspectiva quepa admitir la posibilidad de modificar no ya la acción de ejecución típica, sino el resultado lesivo de la acción (bien jurídico), lo cual sería aceptable si se sostiene un concepto normativo de hecho basado sólo en la actividad de ejecución típica, excluyendo el resultado lesivo de la acción (doctrina española dominante), de manera de admitir que la tesis sirva para proponer cambios en el resultado lesivo de la acción cuando así se derive de la prueba, y que implique la estimación de un delito que lesione un bien jurídico distinto del que se afirmaba en acusación.

Por otra parte, también hay que considerar que el juzgador aunque se encuentre vinculado a la acción y a su resultado lesivo, ello no le impide que pueda realizar en sentencia cambios fácticos que no afecten ni a la esencialidad de la acción ni a su resultado lesivo, pero que sí puedan tener efectos jurídicos más o menos importantes. Caso típico de esta situación es la que se produce a causa de la reducción o ampliación del hecho (aunque no esencial) sobre la cual se asienta una calificación jurídica homogénea descendente o ascendente. A este respecto corresponde aplicar las consideraciones generales que hemos hecho en esta investigación y a ellas nos remitimos.

⁷⁴⁴ Vid. GASCÓN INCHAUSTI, Fernando (Aguilera Morales), *La reforma...*, cit., pp. 150-151.

2.2. *Calificación jurídica y deber de correlación*

La calificación jurídica del hecho, como otro contenido necesario de la acusación, también plantea problemas de hermenéutica acerca de sus efectos vinculatorios sobre la sentencia. La lectura del art. 789.3 da a entender que el juzgador podrá calificar el hecho libremente, pudiendo apartarse de la calificación jurídica de las partes, siempre, claro está, que detrás de la calificación jurídica del delito no se esconda un hecho o un bien jurídico distinto. Sin embargo, esta inicial libertad calificatoria se ve inmediatamente limitada por el otro contenido limitador de la acusación, cual es la pena concreta. En efecto, el juez podrá calificar libremente el hecho, pero en esa calificación jurídica, aparte los límites indicados (hecho y bien jurídico), no podrá imponer una pena más grave que la contenida en la acusación, cuestión que en la práctica restringe drásticamente sus poderes calificatorios. Generalmente este límite le impedirá ejercer sus poderes de calificación jurídica hacia tipos penales homogéneos ascendentes.

Por el contrario, cuando se trata de calificaciones jurídicas menos graves (homogeneidad descendente) que las pedidas en acusación, el juez puede calificar libremente, siempre que detrás de la modificación de calificación jurídica no se esconda un hecho o bien jurídico distinto. En calificaciones *bonam partem* (del acusado, se entiende) no rige el límite de pena concreta, pues el juzgador en todo caso puede condenar por pena menos grave que la pedida en acusación.

Respecto a lo dicho, sólo habría que hacer un matiz relativo al bien jurídico lesionado, cuando la sentencia estime posible una calificación jurídica atenuatoria o agravatoria que suponga diverso bien jurídico lesionado. En este caso, si se considera, como hace parte importante de la doctrina española, que el hecho procesal sólo se determina por el criterio de actividad de ejecución típica, excluyendo la relevancia del resultado lesivo, habrá de concluirse que el juez podrá plantear la tesis respecto de un delito con distinto resultado lesivo y si es acogida por alguna de las partes el juez podrá recogerla en sentencia. El cambio de resultado lesivo del hecho —bien jurídico

lesionado— no implica cambio de objeto procesal, según la doctrina normativa predominante en España⁷⁴⁵.

2.3. *La pena pedida*

La correlación de la sentencia con la acusación ha de atender, en tercer lugar, a la pena pedida.

Con la redacción del art. 789.3, que sustituyó al antiguo 794.3⁷⁴⁶, resulta bastante claro aquello que se discutía⁷⁴⁷⁻⁷⁴⁸ y que la jurisprudencia⁷⁴⁹ se negaba a reconocer, esto es, que la sentencia queda vinculada al *quantum* de pena pedida.

La antigua redacción de la norma decía que la sentencia no podía «imponer pena» que excediera «de la más grave de las acusaciones», redacción que dejaba la posibilidad de interpretar que dicha limitación no se refería a la pena concreta pedida, sino a la clase de pena abstracta atribuida al delito, como de hecho lo interpretó la

⁷⁴⁵ Nos remitimos a las explicaciones que dimos en su momento acerca de las teorías normativas del hecho y a su crítica.

⁷⁴⁶ Ley 38/2002, de 24 de octubre de 2002, que reformó, entre otras materias, el procedimiento abreviado.

⁷⁴⁷ ORTELLS RAMOS, Manuel, «El nuevo procedimiento...», *cit.*, p. 16; y en *Derecho Jurisdiccional, III. Proceso penal, cit.*, séptima edición, p. 333, consideraba que la norma imponía una vinculación al *quantum* de pena pedida, aunque no compartía el criterio legal. También GIMENO SENDRA, Vicente, *Derecho procesal penal, cit.*, segunda edición, pp. 216-218; DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, *Derecho procesal penal, cit.*, cuarta edición, pp. 562-577; MORENO CATENA, Víctor, *El proceso penal, cit.*, volumen III, pp. 2414-2420. Un partidario extremo de la vinculación al *petitum* de pena es MARTÍNEZ ARRIETA, Andrés, *La nueva concepción..., cit.*, pp. 90-99.

⁷⁴⁸ La Consulta de la Fiscalía General del Estado N° 3/1990, de 15 de octubre de 1990, estimaba que el artículo 794.3 de la LECrim imponía al juez la vinculación a la pena más grave de las pedidas por las partes acusadoras. También se podía deducir ese mismo criterio de su Circular 1/1989.

⁷⁴⁹ Salvo la STS de 7 de junio de 1993, Sala de lo Penal, ponente Conde-Pumpido Ferreiro (BDA, m. RJ 1993\5154), la jurisprudencia del TS y del TC insistían en que la norma del art. 794.3 no imponía una vinculación al *quantum* de pena pedida, limitando su alcance al que ya se le daba al art. 851.4 del proceso ordinario.

Hemos encontrado otras dos Sentencias que acogen el criterio de la vinculación a la pena pedida por la acusación, STS de 26 de febrero de 1994, Sala de lo Penal, ponente De Vega Ruiz (BDA, m. RJ 1994\1127), y STS de 23 de febrero de 1999 (BDA, m. RJ 1999\1182), pero ambas en procesos donde operó la conformidad.

jurisprudencia⁷⁵⁰, aprovechando la imprecisión de la norma, que no precisaba que se refería a la pena concreta pedida, aunque todo parecía indicar que esa era la voluntad del legislador. La actual redacción viene a eliminar la ambigüedad normativa, impidiendo toda posibilidad de «interpretar» (en realidad de corregir) de la misma manera la disposición. Ahora ésta dice que la «La sentencia no podrá imponer pena más grave de la solicitada por las acusaciones», de modo que con la reforma queda claro que el límite es la pena «solicitada por las acusaciones», es decir, la pena pedida concreta, y no la pena abstracta asignada al delito de la acusación.

La mayoría de la doctrina llega a esta misma conclusión, aunque no la comparte desde un punto de vista de *lege ferenda*⁷⁵¹, en tanto implica sustraer al juez el ejercicio de la potestad individualizadora de la pena, otorgándole al acusador la potestad de fijar el máximo de pena.

Esta vinculación al *quantum* de pena importa una grave limitación a los poderes de calificación jurídica del juzgador, el cual en la práctica no puede estimar en sentencia ninguna calificación agravatoria que implique pena más grave. Ciertamente el juzgador puede plantear la tesis respecto de la pena concreta cuando estime procedente una más grave, pero en último término si el acusador no la asume el juez queda constreñido a la petición inicial. No hay posibilidad de desvinculación en aras de la correcta aplicación del Derecho y del principio de igualdad en la aplicación de la Ley, y tampoco a condición de un plus de motivación decisonal, como últimamente viene exigiendo el TS en el procedimiento ordinario para apartarse de la pena pedida.

Sólo queda constatar que aquí el legislador parece haber dado concreción a la doctrina del derecho o garantía del acusado a la no agravación punitiva, prohibiendo al juez superar el marco punitivo de la acusación. Se instituye con carácter positivo la

⁷⁵⁰ *Ibid. cit. supra.*

⁷⁵¹ CALVO SÁNCHEZ, Carmen, «Estudio del procedimiento abreviado...», *cit.*, p. 1930; ORTELLS RAMOS, Manuel, «Líneas generales de la reforma...», *cit.*, p. 29; GASCÓN INCHAUSTI, Fernando (con Aguilera Morales), *La reforma...*, *cit.*, pp. 149-150; MUERZA ESPARZA, Julio, *La reforma...*, *cit.*, pp. 136-137; ARMENTA DEU, Teresa, *El nuevo proceso abreviado...*, *cit.*, pp. 166-167; CUCARELLA GALIANA, Luis, «Problemas interpretativos...», *cit.*

En sentido negador del efecto vinculante de pena pedida, aún con la nueva redacción, REIG REIG, José Vicente, *Reforma...*, *cit.*, p. 173, y ARROYO DE LAS HERAS, Alfonso, *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. El procedimiento abreviado y el enjuiciamiento rápido de determinados delitos y faltas*, Dykinson, Madrid, 2003, p. 79.

garantía de la no agravación punitiva como límite sustantivo al ejercicio del *ius puniendi*, que se añade al clásico límite de la legalidad penal. Sin embargo, volvemos a plantear las dudas acerca del modo de compatibilizar esta garantía punitiva, que va mucho más allá de la garantía procesal de la defensa, con la vigencia del principio de legalidad y del principio de igualdad en la aplicación de la Ley⁷⁵².

II. LA CORRELACIÓN EN LOS JUICIOS DE FALTAS (ORDINARIO Y ESPECIAL)

El enjuiciamiento de las faltas está reglado en el libro VI de la LECrim, en los arts. 962 a 977, aplicable al juzgamiento de las faltas del CP y de las leyes penales especiales. Con la Ley 38/2002 se modificó el sistema de enjuiciamiento de las faltas, creándose dos modalidades procesales: una que podríamos denominar ordinaria y, frente a ésta, otra que se ha denominado juicio de faltas especial e inmediato⁷⁵³. Este doble tratamiento procesal, sin embargo, no se proyecta a nuestra materia de estudio salvo en aspectos muy precisos. En general, en aquello que dice relación con el régimen de la correlación ambas modalidades procesales se hallan sometidas a un tratamiento único⁷⁵⁴.

Más allá de las diferencias procedimentales, el enjuiciamiento de las faltas se regula en un proceso simplificado y concentrado, de manera que sus formalidades (de los

⁷⁵² A lo largo de esta investigación hemos puesto de manifiesto cómo en la jurisprudencia y en cierta doctrina se ha ido perfilando un concepto de «garantía (o derecho) de no agravación punitiva», generalmente vinculado al derecho de defensa y de proscripción de la indefensión del art. 24 CE. No obstante, hemos aclarado que, en nuestro concepto, esta garantía va mucho más allá de la garantía procesal de la defensa, pues sus alcances superan a la garantía de contar con oportunidades procesales de debate contradictorio, afectando a la potestad de aplicar el Derecho penal por parte de los órganos jurisdiccionales.

⁷⁵³ Vid. CALVO SÁNCHEZ, Carmen, «Nuevo juicio de faltas regulado por Ley 38/2002, de Reforma Parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal», en *La Ley*, tomo 7, 2002, p. 1690; GONZÁLEZ NAVARRO, Blas, «El juicio de faltas tras la Ley de los Juicios Rápidos», en *La Ley*, N° 5790, 2002, p. 4; LOURIDO RICO, Ana, «El enjuiciamiento rápido de las faltas», en *La Ley*, Número 5702, 22 de enero de 2003, pp. 1 y ss; GASCÓN INCHAUSTI, Fernando (con Aguilera Morales), *La reforma...*, cit., pp. 177 y ss.

⁷⁵⁴ Vid. CALVO SÁNCHEZ, Carmen, «Nuevo juicio de faltas...», cit., pp. 1696 y ss; GONZÁLEZ NAVARRO, Blas, «El juicio de faltas...», cit., pp. 14 y ss; GASCÓN INCHAUSTI, Fernando (con Aguilera Morales), *La reforma...*, cit., pp. 205-209.

actos procesales) sólo son las estrictamente necesarias para tutelar las garantías fundamentales del proceso penal⁷⁵⁵. Entre estas garantías se hallan el principio acusatorio (imparcialidad del juez)⁷⁵⁶, como también el derecho a ser informado de la acusación y el principio de contradicción (derecho de defensa). Empero, todas se presentan en el juicio de faltas con ciertas peculiaridades y matizaciones que implican

⁷⁵⁵ HINOJOSA SEGOVIA, Rafael, *Derecho procesal penal, cit.*, cuarta edición, pp. 727-728; MONTÓN REDONDO, Alberto, *Derecho jurisdiccional, III. Proceso penal, cit.*, séptima edición, pp. 508-509; CALVO SÁNCHEZ, Carmen, «Nuevo juicio de faltas...», *cit.*, pp. 1689-1690.

⁷⁵⁶ La vigencia del principio acusatorio en el juicio de faltas ha sido sistemáticamente confirmada por abundante jurisprudencia. Entre muchas, las más significativas son las siguientes SSTC: Sentencia de 18 de abril de 1985, Sala Primera, ponente Escudero del Corral (BDA, m. RTC 1985\54); Sentencia de 8 de julio de 1985, Sala Segunda, ponente Díez-Picazo y Ponce de León (BDA, m. RTC 1985\84); Sentencia de 28 de febrero de 1991, Sala Primera, ponente Tomás y Valiente (BDA, m. RTC 1991\47); Sentencia de 27 de enero de 1991, Sala Segunda, ponente Díaz Eimil (BDA, m. RTC 1992\11); Sentencia de 19 de abril de 1993, Sala Segunda, ponente Díaz Eimil (BDA, m. RTC 1993\125); Sentencia de 24 de febrero de 1994, Pleno, ponente Gabaldón López (BDA, m. RTC 1994\56); Sentencia de 14 de abril de 1994, Pleno, ponente Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer (BDA, m. RTC 1994\115).

Sentencias AAPP: de Barcelona de 10 de octubre de 1994, Sección 3ª, ponente Ingelmo Fernández (BDA, m. ARP 1994\300); de Sevilla de 27 de diciembre de 1994, Sección 7ª, ponente Gil Merino (BDA, m. ARP 1994\73); de Sevilla de 10 de enero de 1995, Sección 3ª, ponente Salas Gallego (BDA, m. ARP 1995\10); de Badajoz de 19 de enero de 1995, Sección 1ª, ponente Martínez Montero de Espinosa (BDA, m. ARP 1995\4); de Granada de 26 de enero de 1996, Sección 2ª, ponente Bravo Gutiérrez (BDA, m. ARP 1996\16); de Córdoba de 3 de mayo de 1996, Sección 2ª, ponente Berdugo y Gómez de la Torre (BDA, m. ARP 1996\347); de Huesca de 8 de mayo de 1996, ponente Serena Puig (BDA, m. ARP 1996\329); de Córdoba de 23 de mayo de 1996, ponente Martínez Domínguez (BDA, m. ARP 1996\576); de Navarra de 31 de julio de 1996, Sección 2ª, ponente Otero Pedrouzo (BDA, m. ARP 1996\555); de Segovia de 23 de septiembre de 1996, ponente Espejel Jorquera (BDA, m. ARP 1996\698); de Sevilla de 11 de enero de 1997, Sección 1ª, ponente Carmona Ruano (BDA, m. ARP 1997\67); de Teruel de 13 de febrero de 1997, ponente Rivera Blasco (BDA, m. ARP 1997\259); de Cádiz de 21 de febrero de 1997, Sección 3ª, ponente Del Río Guilarte (BDA, m. ARP 1997\218); de Teruel de 21 de marzo de 1997, ponente Rivera Blasco (BDA, m. ARP 1997\378); de Barcelona de 16 de mayo de 1997, Sección 5ª, ponente Uría Martínez (BDA, m. ARP 1997\1081); de Burgos de 15 de octubre de 1997, Sección 1ª, ponente Redondo Arguelles (BDA, m. ARP 1997\1650); de Jaén de 29 de enero de 1998, ponente Jurado Cabrera (BDA, m. ARP 1998\259); de Burgos de 18 de marzo de 1998, Sección 1ª, ponente Sancho Fraile (BDA, m. ARP 1998\1398); de Tenerife de 17 de abril de 1998, ponente Torres Berriel (BDA, m. ARP 1998\2175); de Tarragona de 12 de junio de 1998, Sección 3ª, ponente García Medina (BDA, m. ARP 1998\3433); de Asturias de 5 de octubre de 1998, Sección 2ª, ponente Barrio Bernardo Rúa (BDA, m. ARP 1998\4358); de Girona de 2 de noviembre de 1998, Sección 3ª, ponente García Morales (BDA, m. ARP 1998\4422); de Asturias de 18 de septiembre de 2000, Sección 2ª, ponente Lanzos Robles (BDA, m. ARP 2000\2273).

una flexibilización de la vigencia absoluta de los principios y derechos señalados⁷⁵⁷. Concretamente, la flexibilización de la vigencia de éstos en el enjuiciamiento de las faltas es consecuencia de la escasa formalidad en la formulación de la acusación o incluso, en ciertos casos, de la falta de formulación de una auténtica acusación. Esto supondrá que el juzgador no tenga un término limitador que establezca con claridad y completitud el objeto del proceso y del debate al cual debe atenerse en su sentencia⁷⁵⁸. La falta de acusación previa o su imprecisa o incompleta formulación obsta a la existencia de un verdadero deber de correlación de la sentencia con la «acusación».

1. Citación a juicio y formulación de la acusación

La LECrim establece que la citación a juicio de las partes (querellante-querellado o denunciante-denunciado y MP) se ha de producir con la mera existencia de una *notitia criminis*, la que puede llegar a conocimiento del juzgador a través de un atestado policial o por la presentación de denuncia o interposición de querrela, ya que en principio en el enjuiciamiento de faltas no existe etapa de instrucción⁷⁵⁹, con lo cual, con la sola noticia criminal y los antecedentes que con ella se aportan, inmediatamente se cita a las «partes» y a los intervinientes y terceros para juicio.

⁷⁵⁷ Conscientemente dejamos a un lado, ya que no incumbe a nuestra investigación, el problema de la imparcialidad objetiva del juzgador que se produce en el juicio de faltas por la posible concentración de funciones instructoras y juzgadoras en el mismo órgano jurisdiccional. En efecto, el juez de instrucción, por aplicación del art. 779.2ª, cuando estima que el hecho punible investigado es una falta, y se considera competente, la juzga él mismo, a pesar de haber sido el juez de instrucción que ha realizado actividad sumarial o instructora. *Vid.* al respecto ORAA GONZÁLEZ, Javier y ORAA GONZÁLEZ, Pilar, «La constitucionalidad del juicio de faltas desde la perspectiva del derecho a un juez imparcial», en *Poder Judicial*, N° 23, 1991; AYO FERNÁNDEZ, Manuel, *Las faltas en el Código penal y el juicio verbal de faltas*, Aranzadi, Pamplona, 1992, p. 136; RAMOS MÉNDEZ, Francisco, *El proceso penal...*, *cit.*, pp. 44-45; GIMENO SENDRA, Vicente, *Derecho procesal penal*, *cit.*, segunda edición, 1996, pp. 807-809; MONTÓN REDONDO, Alberto, *Derecho jurisdiccional, III. Proceso penal*, *cit.*, séptima edición, p. 509; CALVO SÁNCHEZ, Carmen, «Nuevo juicio de faltas...», *cit.*, pp. 1689-1690; GASCÓN INCHAUSTI, Fernando (con Aguilera Morales), *La reforma...*, *cit.*, p. 176.

⁷⁵⁸ *Vid.* CALVO SÁNCHEZ, Carmen, «Nuevo juicio de faltas...», *cit.*, p. 1697; GONZÁLEZ NAVARRO, Blas, «El juicio de faltas...», *cit.*, pp. 2-3 y 14-15.

⁷⁵⁹ GIMENO SENDRA, Vicente, *Derecho procesal penal*, *cit.*, segunda edición, pp. 808-809; MONTÓN REDONDO, Alberto, *Derecho jurisdiccional, III. Proceso penal*, *cit.*, séptima edición, pp. 508-509.

Aunque con menos frecuencia, también puede desembocarse en la citación a juicio de faltas por la transformación de un procedimiento abreviado u ordinario. Así acontecerá cuando una vez evacuadas las diligencias previas o el sumario el juez o tribunal considere el hecho objeto del proceso como constitutivo de falta (art. 779.1.2ª y 624, respectivamente). En estos casos la citación a juicio la hará el juez competente para enjuiciar la falta⁷⁶⁰⁻⁷⁶¹.

Pero, cualquiera sea la forma por la que se llega a la citación a juicio, en ninguno de los casos se producirá previa interposición de una acusación. Ni siquiera en el caso de que la *notitia criminis* llegué al órgano jurisdiccional a través de una querrela, puesto que, aun siendo una forma de ejercicio de la acción penal, no reúne los requisitos formales y de contenido de una acusación *strictu sensu*, sobre todo por la no exigencia de calificación penal de los hechos, como tampoco de petición de pena, de lo cual se deduce que la notificación de la citación a juicio, para el denunciado o querrellado, supone un conocimiento bastante imperfecto o inacabado de la «acusación»⁷⁶².

Hay aquí un primer punto de crítica respecto a la vigencia plena del derecho a ser informado de la acusación y del principio de contradicción (derecho de defensa), pues se llega a juicio con un conocimiento de la acusación disminuido, lo cual lógicamente implicará una preparación de la defensa más precaria, pues en principio se desconocen dos elementos fundamentales de la pretensión procesal, como son la calificación jurídica y la pena⁷⁶³.

Lo realmente grave, sin embargo, no es esto, sino precisamente que la situación de desconocimiento (parcial) de la pretensión acusatoria se prolongue a la misma realización y desarrollo del juicio oral. En efecto, si en razón de la naturaleza del

⁷⁶⁰ Pueden ser competentes para enjuiciar una falta en este supuesto un Juez de instrucción o un Juez de paz. En el caso de los juicios de faltas especiales e inmediatos el juez competente es el de guardia. Citarán a los denunciados o querrellados, a los denunciantes o querellantes, a los ofendidos y perjudicados, al MF y a los testigos y peritos.

⁷⁶¹ GIMENO SENDRA, Vicente, *Derecho procesal penal*, *cit.*, segunda edición, pp. 808-809.

⁷⁶² Se debe hacer notar que la citación a juicio en los juicios inmediatos de faltas sólo implicará la sucinta información de los hechos de la denuncia (art. 962.2). En caso del juicio de faltas ordinario se acompaña a la citación a juicio copia de la denuncia o querrela (art. 967). *Vid.* CALVO SÁNCHEZ, Carmen, «Nuevo juicio de faltas...», *cit.*, pp. 1692-1695; GASCÓN INCHAUSTI, Fernando (Aguilera Morales), *La reforma...*, *cit.*, pp. 182-183 y 200-203.

⁷⁶³ *Vid.* CALVO SÁNCHEZ, Carmen, «Nuevo juicio de faltas...», *cit.*, pp. 1690-1692.

enjuiciamiento de las faltas como proceso concentrado y desformalizado ha de tolerarse la falta de instrucción y de preparación acusatoria, y, por tanto, de la posibilidad de contar con la previa acusación, ello no debe implicar que esa falta de acusación previa se extienda al juicio mismo. En consecuencia, debe exigirse una acusación plena al inicio del juicio, una vez realizada la lectura de la denuncia o querrela. Lamentablemente la LECrim no lo establece así (art. 969.1). Como bien dice GIMENO SENDRA⁷⁶⁴, el legislador olvida establecerlo, no obstante que «el proceso puede iniciarse de oficio y que ni la querrela ni la denuncia constituyen acta acusatoria alguna». Compartimos la opinión del autor⁷⁶⁵ de que la imprevisión normativa en la regulación del juicio oral debe ser «colmada mediante la aplicación inmediata y directa del art. 24.2 CE», razón por la cual consideramos que el MF debe «realizar una sucinta exposición oral de la acusación, esto es, de la determinación del hecho punible, su calificación legal y la de su autor, de todo lo cual el secretario debe levantar acta»⁷⁶⁶.

En consecuencia, aunque la LECrim nada diga, en juicio de faltas debe formularse acusación pública y/o particular al inicio de la audiencia, y, como es lógico, una vez practicada la prueba han de producirse además las conclusiones definitivas.

Cabe plantearse entonces, ¿qué ocurriría si al inicio de la audiencia del juicio oral no se plantea una verdadera acusación por el acusador en los términos expuestos? En nuestra opinión, ya no sólo habría un problema de conveniencia de que la acusación sea deducida antes de la apertura del juicio oral y de la repercusión que ello puede tener en el derecho a conocer la acusación y a contradecirla en todas sus partes, sino que estaríamos ante una franca infracción al principio acusatorio, ya que en virtud de

⁷⁶⁴ GIMENO SENDRA, Vicente, *Derecho procesal penal, cit.*, segunda edición, p. 810. Una visión crítica también en CALVO SÁNCHEZ, Carmen, «Nuevo juicio de faltas...», *cit.*, pp. 1696 y ss.

⁷⁶⁵ GIMENO SENDRA, Vicente, *Derecho procesal penal, cit.*, segunda edición, p. 810. También CALVO SÁNCHEZ, Carmen, «Nuevo juicio de faltas...», *cit.*, pp. 1696 y ss, y GASCÓN INCHAUSTI, Fernando (Aguilera Morales), *La reforma...*, *cit.*, pp. 206-209. Todos parecen considerar de la partida que en el juicio ha de plantearse acusación por el MF, siempre que éste comparezca.

⁷⁶⁶ En complemento con esto, y con el fin de otorgar la mejor tutela del derecho de defensa, GIMENO SENDRA dice «Si el acusado manifestara en el acto su desconocimiento de la acusación o justificara la conveniencia de disponer de un tiempo superior para la preparación de su defensa, debe el juez suspender el juicio a fin de garantizar el derecho de defensa».

este principio no puede haber juicio sin acusación⁷⁶⁷. En este supuesto, tal como hemos dicho, la falta de una acusación completa afectaría la vigencia del deber de correlación de la sentencia, puesto que no se tendría un adecuado término de comparación limitador de los poderes del juzgador⁷⁶⁸.

2. La inexistencia de una auténtica acusación en las faltas semipúblicas. La «ratificación» de la denuncia como término de comparación limitador incompleto e insuficiente

Las faltas semipúblicas son aquéllas cuya persecución exige la denuncia previa del ofendido o perjudicado; en ellas la Ley permite la inexistencia de auténtica acusación.

Conforme lo que se establece en el art. 969.2, en las faltas cuya persecución requiere de la denuncia del ofendido o perjudicado, el fiscal puede dejar de asistir a juicio cuando la persecución de la falta no revista interés público. Al Fiscal General del Estado se le encomienda determinar mediante instrucciones aquellos supuestos en que los fiscales del MF pueden dejar de asistir⁷⁶⁹.

⁷⁶⁷ La jurisprudencia en relativa consonancia con esta posición, en reiteradas ocasiones se ha pronunciado en contra de la condena sin acusación, la que debe ser sostenida en el juicio oral por alguna de las partes acusadoras. SSTC: Sentencia de 18 de abril de 1985, Sala Primera, ponente Escudero del Corral (BDA, m. RTC 1985\54); Sentencia de 4 de octubre de 1985, Sala Primera, ponente Díez de Velasco Vallejo (BDA, m. RTC 1985\104); Sentencia de 30 de enero de 1989, Sala Primera, ponente Díez-Picazo y Ponce de León (BDA, m. RTC 1989\18); Sentencia de 5 de noviembre de 1990, Sala Primera, ponente Tomás y Valiente (BDA, m. RTC 1990\168). *Vid.* GIMENO SENDRA, Vicente, *Derecho procesal penal, cit.*, p. 811.

⁷⁶⁸ A este respecto CALVO SÁNCHEZ, Carmen, «Nuevo juicio de faltas...», *cit.*, p. 1697.

⁷⁶⁹ Los supuestos han sido regulados en la Instrucción 6/1992 de la Fiscalía General del Estado, de 22 de septiembre de 1992, en la que se establece que el fiscal puede dejar de asistir a los juicios de faltas tipificadas en los arts. 585 (actual 620, CP de 1995) y 586 (derogado por el CP de 1995). En las faltas contra las personas, en los casos del art. 589 (actual 621, CP de 1995), art. 590 (derogado por el CP de 1995) y art. 594 (derogado por el CP de 1995). En las faltas contra el patrimonio y de daños por imprudencia, en los supuestos del art. 600 (derogado por el CP 1995).

Posteriormente, en la Circular 1/2003 de la Fiscalía General del Estado, de 7 de abril de 2003, se dan nuevos criterios acerca de la asistencia a juicio del MF. Dice la Circular: «No obstante, dicha asistencia del Fiscal puede resultar aconsejable en aquellos supuestos cuyo interés público reclame — en la actualidad y pese a la defensa que se encomienda al particular interesado— una protección adicional a cargo del Ministerio Público».

La posibilidad de no asistencia del fiscal, y, por lo tanto, de carencia de acusación, imponía al legislador adoptar una de dos decisiones posibles. La primera, ante la falta de acusador y acusación pública o particular al inicio del juicio el juez debía de dictar un sobreseimiento o absolución del denunciado no acusado, si se estimaba en vigor el principio acusatorio en el juicio de faltas. La segunda, que se celebrara el juicio sin acusación. Esta última alternativa implicaba la más radical infracción del principio acusatorio y de los derechos a ser informado de la acusación y de defensa. La Ley, no obstante, se decanta por ésta, pero intenta solventar el problema mediante el expediente de dar valor de acusación a la denuncia «ratificada» en juicio⁷⁷⁰. El art. 969.2 establece que tendrá valor de acusación «la declaración del denunciante en el juicio afirmando los hechos denunciados». Convenimos que la norma exige al menos una actitud positiva del denunciante, quien debe como mínimo ratificar su denuncia en juicio. Antes de la reforma de la Ley 38/2002 la disposición era todavía peor, pues daba valor de acusación a la misma denuncia previa sin necesidad de ratificación, de modo que el juicio podía desarrollarse sin siquiera haber un denunciante en juicio que afirmara algo (ciertos hechos). Actualmente el caso de incomparecencia del denunciante al juicio a ratificar su denuncia constituye falta de acusación y ante la falta de ésta en juicio no le quedaría al juez otra posibilidad que dictar absolución o sobreseimiento libre⁷⁷¹.

«Ello ocurre en algunas de las faltas de imprudencia del art. 621 CP. En particular, respecto de aquellas actividades donde los riesgos no están cubiertos por el régimen de seguros obligatorios, en las que se aprecia una situación de mayor desvalimiento en las víctimas. De ahí que debe mantenerse la asistencia del Fiscal a los juicios de faltas de siniestralidad laboral, tal y como se reiteraba en la Instrucción 1/2001, de 9 de mayo de 2001, y en aquellos en los que se ventilen imprudencias relacionadas con el ejercicio de una actividad profesional del que se derive un resultado de muerte o lesiones graves».

«No obstante, fuera de los anteriores casos, la presencia del Fiscal podrá ser decidida por el Fiscal jefe respectivo, en aquellas excepcionales ocasiones, en las que —en atención a las circunstancias de toda índole concurrentes y tras su debida ponderación— se estime necesaria para la más eficaz protección del interés público en juego y de los derechos de los particulares implicados».

⁷⁷⁰ Vid. CALVO SÁNCHEZ, Carmen, «Nuevo juicio de faltas...», *cit.*, pp. 1696-1697; GONZÁLEZ NAVARRO, Blas, «El juicio de faltas...», *cit.*, p. 15.

⁷⁷¹ Vid. GASCÓN INCHAUSTI, Fernando (Aguilera Morales), *La reforma...*, *cit.*, pp. 208-209.

Con todo, la norma en vigor aún con la mejora de la Ley 38/2002 sigue infringiendo el principio acusatorio y los derechos a ser informado de la acusación y de defensa⁷⁷². Como se sabe, la denuncia —ratificada o no— lo único que contiene es una *notitia criminis*, la que suele contener un relato histórico-fáctico más o menos impreciso. Una determinación de esta naturaleza, imprecisa en sus contornos o aspectos jurídicos relevantes, no es suficientemente para configurar con suficiente exactitud el objeto del proceso. Pero además de la probable ambigüedad en la descripción de los hechos, la denuncia tampoco contiene, por regla general, la calificación jurídica de los mismos, que no sólo suele ser un elemento indispensable de conocer para la mejor articulación de la defensa y contradicción, sino también para determinar con precisión el mismo objeto del proceso. Recuérdese que el objeto del proceso son los hechos, pero desde un punto de vista jurídico y normativo, y no la nuda descripción histórico-fáctica más o menos imprecisa o ambigua que de sólo contienen las denuncias realizadas por un lego⁷⁷³.

Cuando se planteó la cuestión de inconstitucionalidad del art. 969 párrafo 2º, se resolvió, sin embargo, en sentido contrario. El Tribunal Constitucional lo declaró perfectamente constitucional en STC de 24 de febrero de 1994 (BDA, m. RTC 1994\56) y en STC de 14 de abril de 1994 (BDA, m. RTC 1994\115), considerando que la denuncia constituía acusación y que cumplía con el principio acusatorio y que además el conocimiento de la misma satisfacía el derecho a ser informado de la acusación. La jurisprudencia del TC consideró que a estos fines bastaba con la

⁷⁷² Vid. CALVO SÁNCHEZ, Carmen, «Nuevo juicio de faltas...», *cit.*, p. 1697; GONZÁLEZ NAVARRO, Blas, «El juicio de faltas...», *cit.*, p. 15.

⁷⁷³ Discrepamos de aquellas opiniones que le restan importancia al problema de la ausencia de acusación en juicio, afirmando que no hay infracción del principio acusatorio porque con la denuncia ratificada en juicio los hechos objeto del proceso están determinados por el denunciante. Así, GASCÓN INCHAUSTI, Fernando (Aguilera Morales), *La reforma...*, *cit.*, pp. 208-209. También fue el razonamiento de las STC de 24 de febrero de 1994, Pleno, ponente Gabaldón López (BDA, m. RTC 1994\56), y en STC de 14 de abril de 1994, Pleno, ponente Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer (BDA, m. RTC 1994\115), que consideraron que la denuncia satisfacía el principio acusatorio, ya que los hechos objeto del proceso venían determinados por el denunciante.

Estas opiniones olvidan que los hechos objeto del proceso son aquellos que se vinculan a una estructura normativa de carácter penal. De ahí que se hable de conducta o de actividad típica, y no de un mero acontecer histórico descrito en una denuncia.

determinación de los hechos a enjuiciar realizada por la denuncia y la notificación de la misma al imputado.

De más está decir que una interpretación semejante nos parece equivocada, justamente por las razones señaladas precedentemente. Pero todavía creemos que la cuestión puede quedar más demostrada si se considera un segundo aspecto del mismo problema. Este segundo aspecto, a la sazón, estribaba en que por mucha ficción jurídica que pudiera desplegar el legislador o el intérprete constitucional respecto a la calidad de acusación de la denuncia, en definitiva se tenía en juicio una pretensión procesal incompleta, que a lo sumo entregaba un parámetro fáctico de lo que iba a ser objeto de enjuiciamiento. La antigua redacción del art. 969 párrafo 2º de alguna manera reconocía que la denuncia era una acusación incompleta, ya que por dicha razón prevía la forma de salvar el obstáculo. La Ley partía de la premisa de que la denuncia no iba a contener, por regla generalísima, ni calificación jurídica ni petición de pena. Ante la falta de integridad de la «acusación», la norma (art. 969 párrafo 2º) se vió en la obligación de remitir la formulación de ambos extremos al criterio del juez. Es decir, le otorgaba facultades para completar la «acusación-denuncia» en los extremos que siendo necesarios en toda acusación, ésta «acusación-denuncia» no contenía. De esa manera llegaba al acusado una «acusación más completa». La solución legal planteaba dudas respecto a la función acusadora que parecía adoptar el juez y el compromiso que ello podía implicar para la debida imparcialidad objetiva, aunque debe reconocerse que al menos ello permitía a las «partes» conocer y debatir acerca de todo el contenido incriminatorio que el juez iba a tener en cuenta en su enjuiciamiento.

El TC también descartó la inconstitucionalidad de este aspecto del problema⁷⁷⁴, es decir, de la facultad del juzgador de completar la acusación en los extremos señalados. Sostuvo que no era una facultad acusadora, sino más bien informadora dirigida a ambas partes, no pudiendo ser interpretada como una concreción de una pretensión punitiva, con lo cual el juzgador no perdía la imparcialidad objetiva que le era exigible.

⁷⁷⁴ Vid. las mismas sentencias citadas *supra*: STC de 24 de febrero de 1994, Pleno, ponente Gabaldón López (BDA, m. RTC 1994\56), y en STC de 14 de abril de 1994, Pleno, ponente Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer (BDA, m. RTC 1994\115).

Discrepamos también en este aspecto de la opinión de las SSTC indicadas⁷⁷⁵, estimando más razonable el voto particular que se contiene en la primera —STC de 24 de febrero de 1994 (BDA, m. RTC 1994\56)—, cuando expresa que una de las «notas esenciales del acusatorio viene resumida en los célebres aforismos *nemo iudex sine accusatore* o “en donde no hay acusador que no exista ningún Juez”. Tales axiomas nos indican que en el proceso moderno, y a diferencia del inquisitivo del Antiguo Régimen, no puede el órgano jurisdiccional asumir simultáneamente las funciones de Juez y de parte acusadora sin comprometer seriamente su imparcialidad y conculcar el principio acusatorio».

Más adelante el mismo voto particular agrega la siguiente reflexión sobre la denuncia: «Precisamente la nota distintiva de la denuncia consiste en que mediante ella quien la suscribe no asume la función de parte acusadora. Si el denunciante, por tanto, no ejercita la acusación y el Ministerio Fiscal (a diferencia de lo que acontece en todos los procesos europeos para contravenciones, aun cuando sean por faltas semipúblicas) está exonerado de comparecer en el juicio de faltas, ¿quién ha de completar la acusación en todos los extremos distintos a la mera transmisión de la *notitia criminis*? El precepto es claro: dicho sujeto que ha de incorporar al objeto del juicio de faltas la calificación jurídica y la petición de pena es el “Juez” quien, por esa sola circunstancia, pasa a asumir directamente la incompatible función de la acusación».

«La mayoría es consciente de esta grave confusión de “roles” e intenta justificarlo (...) por la vía de negar la premisa menor del razonamiento, esto es, mediante la afirmación de que la remisión de aquellos extremos al criterio del Juez no entraña asunción de oficio de la acusación, sino tan sólo cumplimiento del deber de información del Juez a las partes acerca de la calificación jurídica del hecho y petición de pena. Se olvida, sin embargo, que este deber de información es propio de la fase instructora (art. 2 LECrim) y no de la del juicio oral en la que el órgano jurisdiccional no puede completar el acta de acusación (nada menos que incorporando los requisitos

⁷⁷⁵ Seguimos en este punto el criterio de GIMENO SENDRA, Vicente, *Derecho procesal penal*, cit., segunda edición, pp. 810-811. También se pronuncia en este mismo sentido HINOJOSA SEGOVIA, Rafael, *Derecho procesal penal*, cit., pp. 730-731; CALVO SÁNCHEZ, Carmen, «Nuevo juicio de faltas...», cit., p. 1697, y GONZÁLEZ NAVARRO, Blas, «El juicio de faltas...», cit., p. 15.

del art. 650.2 y 5 relativos al escrito de calificación provisional) sin comprometer seriamente su imparcialidad y sin vulnerar, en definitiva, el principio acusatorio».

Consideramos que estos argumentos se bastan a sí mismos para demostrar desde un punto de vista puramente jurídico dos cuestiones esenciales. En primer lugar, que la denuncia no puede ser considerada en estricto rigor una acusación, puesto que solamente introduce una *notitia criminis*, siendo que las exigencias de una auténtica acusación se extienden a la calificación jurídica y la petición de pena concreta, no bastando la relación de un hecho posiblemente delictivo. Y, en segundo lugar, si esa denuncia es considerada una acusación incompleta por la propia LECrim (por eso remite al criterio del juzgador en la calificación y señalamiento de pena), que debe ser adicionada o completada, es evidente que esa adición o complemento no es otra cosa que la parte de la acusación que falta en la denuncia; y que son, como bien dice el voto particular, nada menos que los números 2 y 5 del art. 650.

Por último, a nuestro entender, habría que añadir que la denuncia no puede constituir esencialmente una acusación por más que la Ley se empeñe en ello, ya que con la mera *notitia criminis* tampoco se tiene plena certeza del objeto del proceso, porque, como ya hemos dicho, el objeto del proceso no son los meros hechos históricos, desvinculados del marco jurídico penal en que se insertan, sino todo lo contrario⁷⁷⁶.

La Ley 38/2002 modificó en esta parte la norma precedente, eliminando la referencia al criterio del juez en cuanto a la calificación jurídica y la pena faltante en la denuncia ratificada en juicio. La eliminación de la potestad del juez de completar en estos extremos de la denuncia podría ser interpretada de dos maneras. La primera sería entender que el legislador quiso privar al juzgador de esta potestad con el fin de evitar la asunción de función acusadora y la pérdida de imparcialidad objetiva. Esta interpretación tiene bastante poco sentido, ya que el juez igual en su sentencia acabará calificando jurídicamente los hechos, e imponiendo pena cuando proceda⁷⁷⁷. La

⁷⁷⁶ Nos remitimos a las reflexiones realizadas sobre las teorías del hecho en esta investigación.

⁷⁷⁷ Salvo que se llegue a la conclusión de CALVO SÁNCHEZ, Carmen, «Nuevo juicio de faltas...», *cit.*, p. 1697, que dice que «Si la simple afirmación de los hechos denunciados no puede equivaler a la acusación, eliminada acertadamente la inquisitiva remisión de estos extremos al Juez [se refiere a la calificación y la pena], nos hemos quedado sin acusación —o con una acusación

importancia de la antigua norma estribaba en que ponía de relieve el deber del juez de anticipar en estos extremos su criterio jurídico (a la manera de una tesis)⁷⁷⁸, para dar tutela al derecho a conocer la acusación y de defensa. En otras palabras, no se le devuelve la imparcialidad al juez eliminando el deber de expresar anticipadamente su criterio jurídico acerca del hecho denunciado; su imparcialidad está ya comprometida con la mera exigencia de una *notitia criminis* como equivalente de la acusación. La segunda interpretación consistiría en privar de todo efecto jurídico a la supresión legal e interpretar que la norma se sigue remitiendo en estos extremos al criterio del juez, quien deberá plantearle a las partes la posible calificación jurídica y pena de los hechos de la denuncia. Adherimos a esta interpretación⁷⁷⁹, ya que aunque no resuelve el radical compromiso de la debida imparcialidad del juez, al menos ofrece la posibilidad a las partes de conocer el contenido jurídico del caso que el juez tendrá en cuenta en su enjuiciamiento.

3. Contenido del deber de correlación de la sentencia en el juicio de faltas

Después de estas explicaciones previas sobre la acusación (término de comparación limitador) y su formulación en el juicio de faltas, anticipadamente se pueden deducir los menoscabos que sufre la vigencia plena del deber de correlación.

implícita— y sin ella el juicio no tiene sentido, no se puede celebrar: sin ella el imputado no tiene que defenderse de nada, sin ella el Juez tendrá que absolver si quiere que su sentencia sea congruente, si no quiere convertirse en acusador, Juez y parte con clara vulneración del principio acusatorio y del derecho fundamental al Juez Imparcial».

Obviamente que una interpretación como ésta sólo tiene valor argumental, con el fin de evidenciar las deficiencias de una normativa que en la práctica no respeta las exigencias y garantías del proceso penal.

⁷⁷⁸ Esta potestad del juzgador se asemeja a la tesis en tanto es un planteamiento del juez acerca de los aspectos jurídicos del caso, pero se diferencia en algo que es fundamental: la tesis se plantea una vez practicada la prueba y teniendo en cuenta las pretensiones de las partes formuladas antes y después de la prueba, mientras que la potestad en comento se ha de ejercer antes del debate y la práctica de la prueba con el fin de completar la acusación incompleta del denunciante, con lo cual queda en evidencia su carácter supletorio de la acusación, y además se hace manifiesto que la imparcialidad del juez queda comprometida con su «opinión» antes del debate y la prueba en juicio.

⁷⁷⁹ Así, GASCÓN INCHAUSTI, Fernando (Aguilera Morales), *La reforma...*, cit., pp. 208; GONZÁLEZ NAVARRO, Blas, «El juicio de faltas...», cit., p. 15.

Desde el punto de vista legal y abstracto, el régimen de la correlación en el juicio de faltas es el mismo que rige en el proceso penal ordinario por crimen o delito, de manera que todo lo dicho con relación a éste es perfectamente aplicable para el juicio de faltas, incluyendo la aplicación de la tesis del art. 733 en la misma medida y sentido que se aplica en el proceso ordinario⁷⁸⁰. En efecto, la LECrim no establece un régimen de correlación distinto del ordinario para el enjuiciamiento de las faltas, de modo que se tiene que concluir que queda sometido a las normas y principios aplicados al proceso ordinario. Sin embargo, la vigencia real de la correlación de la sentencia tiende a diluirse cuando no se tiene un término de comparación cierto y completo como acontece en el juicio de faltas. A tal punto esto es así, que la debida correlación en cuanto límite al poder de resolver llega casi a desaparecer en las faltas semipúblicas, puesto que en un juicio donde se admite la fijación del objeto del proceso por una denuncia ratificada en juicio el grado de definición del mismo es muy difuso, siendo su identificación en ciertos casos imposible. La sentencia no tendrá un referente o término de comparación limitador claro con el que se pueda cotejar la simetría que debiera guardar con éste.

En este mismo sentido, pero respecto a los juicios de faltas de acción pública, toda la vigencia de la correlación en los términos que rige para el proceso ordinario por delitos está sujeta a la existencia de un término de comparación cierto y completo, dependiendo en la práctica de la exigencia al inicio del juicio oral, una vez leída la querrela o denuncia, de una acusación oral completa por parte del fiscal o acusador particular (denunciante o querellante)⁷⁸¹. De lo contrario, la vigencia de la correlación

⁷⁸⁰ AYO FERNÁNDEZ, Manuel, *Las faltas...*, cit., p. 145; GIMENO SENDRA, Vicente, *Derecho procesal penal*, cit., segunda edición, p. 812; MONTÓN REDONDO, Alberto, *Derecho jurisdiccional, III. Proceso penal*, cit., séptima edición, p. 511; CALVO SÁNCHEZ, Carmen, «Nuevo juicio de faltas...», cit., pp. 1696-1698. También la jurisprudencia declaró en su momento que el juicio de faltas estaba sometido al mismo régimen de correlación del proceso ordinario: STC de 18 de abril de 1985, Sala Primera, ponente Escudero del Corral (BDA, m. RTC 1985\54).

⁷⁸¹ Vid. la correcta solución de la STC de 13 de mayo de 1987, Sala Segunda, ponente Latorre Segura (BDA, m. RTC 1987\57). También las sentencias de las AAPP: de Granada de 26 de enero de 1996, Sección 2ª, ponente Bravo Gutiérrez (BDA, m. ARP 1996\16), y de Cádiz de 21 de febrero de 1997, Sección 3ª, ponente Del Río Guilarte (BDA, m. ARP 1997\218). Ambas sentencias exigen acusación al inicio del juicio oral, sin darse por satisfechas con la denuncia como acusación. Otro grupo de sentencias, si bien exigen acusación, no especifican con precisión en qué momento del juicio oral debe producirse. Así, las siguientes SSTC: Sentencia de 18 de abril de 1985, Sala Primera,

como límite al poder de resolver se verá igualmente frustrada. Por dicha razón, estimamos acertada la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales, que, conociendo de recursos de apelaciones en contra de sentencias de instancia, ha declarado que la falta de acusación o la mera denuncia (al margen de las faltas semipúblicas), no puede dar lugar a una sentencia condenatoria⁷⁸².

Corresponde ahora hacer algunas precisiones sobre los contenidos específicos del deber de correlación, y los problemas que se presentan en cada uno de esos contenidos.

3.1. *El hecho punible*

A lo largo de esta investigación hemos dicho que la correlación como límite al poder de resolver se ha de vincular al hecho punible fijado en la acusación, en tanto es éste el objeto del proceso. Desde este punto de partida, además, hemos restado eficacia configuradora del objeto del proceso a la calificación jurídica y al *petitum* de pena, reconociendo que en estos dos ámbitos impera el poder del juzgador de aplicación del Derecho penal.

Hechas y admitidas como premisas ciertas estas dos aseveraciones generales, se plantea la duda de si podría significar esto que la denuncia ratificada en juicio y que vale como «acusación», y, más precisamente, como «acusación que contiene el hecho», y que introduce al juicio de faltas esos determinados hechos, sirve para delimitar el objeto del proceso, y de esa manera constituye un adecuado término de comparación de la sentencia. Desde luego ésta es la pretensión del legislador y de la jurisprudencia constitucional. No obstante, opinamos que no resulta posible sostener la

ponente Escudero del Corral (BDA, m. RTC 1985\54); Sentencia de 4 de octubre de 1985, Sala Primera, ponente Díez de Velasco Vallejo (BDA, m. RTC 1985\104); Sentencia de 5 de noviembre de 1990, Sala Primera, ponente Tomás y Valiente (BDA, m. RTC 1990\168); Sentencia de 28 de noviembre de 1994, Sala Primera, ponente Cruz Villalón (BDA, m. RTC 1994\319).

⁷⁸² Sentencias de la AAPP: de Cádiz de 21 de febrero de 1997, Sección 3ª, ponente Del Río Guilarte (BDA, m. ARP 1997\218); de Teruel de 13 de febrero de 1997, ponente Rivera Blasco (BDA, m. ARP 1997\259); de Burgos de 15 de octubre de 1997, Sección 1ª, ponente Redondo Arguelles (BDA, m. ARP 1997\1650); de Girona de 2 de noviembre de 1998, Sección 3ª, ponente García Morales (BDA, m. ARP 1998\4422); de Asturias de 18 de septiembre de 2000, Sección 2ª, ponente Lanzos Robles (BDA, m. ARP 2000\2273).

suficiencia de la denuncia ratificada⁷⁸³, esencialmente porque en varios supuestos, según hemos visto, el relato histórico de un hecho desprovisto de un marco jurídico de referencia hace imposible una adecuada identificación del hecho objeto del proceso. El deber de correlación con el hecho procesalmente relevante se hace prácticamente imposible y el principio acusatorio queda anulado. No puede existir correlación cuando no se sabe cuál es el hecho fijado por la «acusación», el cual acaba siendo precisado recién en la misma sentencia. Sólo en ese momento se sabe cuál ha sido el objeto del enjuiciamiento.

La situación descrita podría darse en los juicios de faltas semipúblicas, en los cuales se prevé la posibilidad de ausencia de auténtica acusación. Pero también puede acontecer en los juicios por faltas públicas cuando no se exija la expresa acusación al inicio del juicio oral, como sería lo correcto por aplicación del art. 24 CE, aunque nada diga el art. 969.2 LECrim.

3.2. *Calificación jurídica*

Cabe abordar la calificación jurídica como contenido necesario de la sentencia definitiva y de la acusación, y de esta perspectiva estudiar el vínculo de correlación de la sentencia a ésta.

A este respecto, desmejorada sería la situación en que se pondría a la vigencia del derecho de defensa y contradicción cuando en juicio sólo hay denuncias —ratificadas o no— que no contienen ninguna referencia jurídica ni petición concreta de pena. En estos casos el acusado no tendría conocimiento de la posible calificación jurídica y pena por el hecho supuestamente delictivo que se le atribuye ni, por supuesto, posibilidad de defensa respecto de estos puntos. Es cierto que en lo que respecta a las faltas semipúblicas —aunque la ley actualmente no lo diga— sigue en vigor la

⁷⁸³ Sin embargo, ésta es la posición que sostiene la SAP de Córdoba de 3 de mayo de 1996, Sección 2ª, ponente Berdugo y Gómez de la Torre (BDA, m. ARP 1996\347), y la SAP de Segovia de 23 de septiembre de 1996, ponente Espejel Jorquera (BDA, m. ARP 1996\698). También fue el razonamiento de la STC de 24 de febrero de 1994, Pleno, ponente Gabaldón López (BDA, m. RTC 1994\56), y STC de 14 de abril de 1994, Pleno, ponente Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer (BDA, m. RTC 1994\115), que consideraron que la denuncia satisfacía el principio acusatorio, ya que los hechos objeto del proceso venían determinados por el denunciante. En la doctrina mantiene esta posición GASCÓN INCHAUSTI, Fernando (Aguilera Morales), *La reforma...*, *cit.*, pp. 208-209.

remisión al criterio del juzgador en ambos extremos. Una solución insatisfactoria como ya hemos expresado, pero que al menos se encuentra a medio camino entre una técnica de integración o completación de la acusación —y por eso inquisitiva— y el planteamiento de tesis del art. 733, en cuanto al menos el juzgador somete a debate su eventual criterio de decisión, tutelando el derecho de defensa y contradicción en ambos extremos⁷⁸⁴.

3.3. El acusado (casos en que se produce infracción del deber de correlación subjetiva en juicio de faltas)

La correlación subjetiva en el enjuiciamiento de las faltas muestra defectos prácticos importantes en cuanto a su vigencia. En efecto, un apartado significativo en el enjuiciamiento de las faltas ocupan las cuestiones referidas a la atribución subjetiva del hecho en la acusación y la vinculación de la sentencia respecto de este extremo.

Los problemas que se han suscitado en la jurisprudencia responden o son consecuencia de la ausencia de una normativa más clara acerca de la formulación de la acusación, ya no sólo referida a las faltas semipúblicas, sino también a las públicas. La ausencia de regulación clara sobre la formulación de la acusación y de las consecuencias jurídicas que se deben producir ante su no formulación, han sido utilizadas en ciertos casos para dictar determinadas sentencias que bajo un régimen normativo más escrupuloso no habrían sido posibles.

El primer orden de problemas (el más grave, pero también el más excepcional) consiste en ciertos supuestos de condena sin acusación, como de hecho ha ocurrido en determinados juicios de faltas. Nos referimos a casos en que la acusación objetivamente existe, pero dirigida en contra de otro u otros sujetos, de modo que el juzgador al condenar a un sujeto distinto del acusado, se excede del objeto del proceso al modificar la atribución del hecho punible en la sentencia, infringiendo el principio

⁷⁸⁴ Aunque hemos encontrado una SAP de Navarra de 31 de julio de 1996, Sección 2ª, ponente Otero Pedrouzo (BDA, m. ARP 1996\555), que sostiene que el juzgador no tiene obligación de dar a conocer a las partes sus criterios de calificación y posible pena sobre el hecho denunciado, sosteniendo que el art. 969 párrafo 2º se remite en ambos extremos al criterio del juez, para que éste decida sobre los mismos, pero que ello no supone la puesta en conocimiento de su criterio respecto a esos extremos. Por supuesto, no compartimos este criterio.

acusatorio. Éste es, por ejemplo, el caso paradigmático del testigo que termina siendo condenado⁷⁸⁵. También es el caso del que siendo citado a juicio de faltas en calidad de denunciado, y no habiéndose presentado en el juicio acusación en su contra (incluso pedido por los acusadores la absolución), el juez termina condenando⁷⁸⁶.

Situación semejante es el caso de varios denunciados en juicio de faltas, citados en esa calidad a juicio, pero sólo habiéndose deducido acusación respecto de uno o algunos de todos los denunciados, se termina en sentencia condenando al denunciado que no había sido acusado⁷⁸⁷.

Estas hipótesis dadas en casos concretos, como lo atestiguan las sentencias anotadas a pie de página, ponen de manifiesto que la correlación subjetiva en la práctica judicial cotidiana presenta importantes deficiencias en el juicio de faltas.

En los casos precedentes la equivocada opinión jurisprudencial ha considerado, más allá de lo que dispone la norma, que bastaba con la denuncia para entender que había acusación, cuando en realidad esta situación sólo se admitía para determinadas faltas semipúblicas en que no concurría el MF. Empero, con base en esta interpretación extremadamente relajada del principio acusatorio se llegó a condenar a sujetos respecto de los cuales sólo había denuncia, en juicios donde sí había concurrido el MF sosteniendo la acusación respecto de otros sujetos, o en juicio donde había concurrido el MF pidiendo la absolución del denunciado.

Otras veces la infracción del deber de correlación subjetiva ha sido el resultado de admitirse en juicio acusaciones subjetivamente indeterminadas⁷⁸⁸. La atribución

⁷⁸⁵ Sentencias AAPP: de Burgos de 16 de mayo de 1997, Sección 2ª, ponente Sancho Fraile (BDA, m. ARP 1997\733); de la Rioja de 2 de marzo de 1998, ponente Mota Bello (BDA, m. ARP 1998\1061).

⁷⁸⁶ SSTC: Sentencia de 4 de octubre de 1985, Sala Primera, ponente Díez de Velasco Vallejo (BDA, m. RTC 1985\104); Sentencia de 17 de julio de 1986, Sala Primera, ponente Tomás y Valiente (BDA, m. RTC 1986\104); Sentencia de 18 de mayo de 1987, Sala Segunda, ponente Latorre Segura (BDA, m. RTC 1987\57); Sentencia de 28 de noviembre de 1994, Sala Primera, ponente Cruz Villalón (BDA, m. RTC 1994\319).

⁷⁸⁷ STC de 5 de noviembre de 1990, Sala Primera, ponente Tomás y Valiente (BDA, m. RTC 1990\168); SAP de Toledo de 13 de mayo de 1998, Sección 2ª, ponente Quesada Varea (BDA, m. ARP 1998\2508).

⁷⁸⁸ *Vid.* SAP de Madrid de 11 de junio de 1999, Sección 3ª, ponente Fernández Dozagarat (BDA, m. ARP 1999\2803).

subjetiva del hecho se ha realizado, de manera indeterminada, a todos aquellos que habían sido previamente denunciados y citado a juicio, dejando la precisa imputación subjetiva al mismo juez. Hemos encontrado un ejemplo bastante ilustrador del problema que se presenta con la acusación dentro del juicio de faltas y su inexistencia real en ocasiones. La SAP de Madrid de 11 de junio de 1999 (BDA, m. ARP 1999\2803)⁷⁸⁹, trata en apelación de un caso en que la «acusación» pedía explícitamente que se condenara a quien «SS^a estime culpable», con lo cual se dejaba la determinación subjetiva de la acusación (de la acción penal y del objeto del proceso) nada menos que al juez, produciéndose, a nuestro entender, la acumulación de las funciones de acusación y juzgamiento. El juzgador, inexplicablemente, dictó sentencia condenatoria en primera instancia. La sentencia, afortunadamente, fue recurrida por el condenado, dictándose en segunda instancia sentencia revocatoria.

En todos los casos recién aludidos hay infracción del principio acusatorio, pues se ha infringido la imparcialidad del juzgador al excederse éste más allá de la acusación, convirtiéndose en acusador y juez, lo cual queda en evidencia al momento del pronunciamiento de la sentencia. A nuestro juicio, aquí no hay infracción del derecho a ser informado de la acusación (o del derecho de defensa o del principio de contradicción), pues el derecho a ser informado respecto de la acusación supone su previa existencia, y aquí ésta ni siquiera existe para el sujeto condenado que no ha sido previamente acusado. Estas hipótesis son casos de condena a sujetos no acusados o, lo que es igual, sin acusación. El condenado no acusado queda, indiscutiblemente, en situación de indefensión, pero ello no se debe a que se le haya conculcado su derecho de parte, sino que obedece a una infracción más básica y anterior, consistente en que se le condena aun sin haber llegado a ser parte, por un juez que al imponer esa condena en contra de alguien que no es parte acusada, se convierte en acusador de la misma, obviando la falta de acusación respecto del acusado.

Ésta, sin embargo, no es la opinión de la jurisprudencia referida en estas hipótesis⁷⁹⁰, ya que en las sentencias citadas a pie de página se hace una argumentación conjunta

⁷⁸⁹ SAP de Madrid de 11 de junio de 1999, Sección 3^a, ponente Fernández Dozagarat (BDA, m. ARP 1999\2803).

⁷⁹⁰ SSTC: Sentencia de 4 de octubre de 1985, Sala Primera, ponente Díez de Velasco Vallejo (BDA, m. RTC 1985\104); Sentencia de 17 de julio de 1986, Sala Primera, ponente Tomás y Valiente

del derecho a ser informado de la acusación, del derecho de defensa y del principio acusatorio.

Un problema distinto, aunque vinculado al anterior, es el que se presenta en aquellos supuestos que, aunque no se refieren al deber de correlación, sí constituyen infracción del derecho a ser informado de la acusación (*rectius*, de la imputación). Nos referimos a la falta de adecuada notificación de la imputación.

No existe en el supuesto de la falta de notificación de la imputación ninguna vulneración del principio acusatorio ni de la imparcialidad del juzgador (derecho a un proceso con todas las garantías), porque este supuesto no trata de la introducción de los hechos ni de la atribución de los mismos al acusado en el proceso penal. El juzgador sigue enjuiciando aquello que ha sido introducido por una de las partes en el proceso penal, el acusador. El juzgador mantiene la equidistancia de las partes y la pasividad respecto de la configuración del objeto del proceso. En este caso, existe plena vigencia del principio acusatorio y se salvaguarda la imparcialidad del juzgador. Sin embargo, es manifiesta la infracción del derecho a ser informado de la acusación y, consecuentemente, del derecho de defensa del acusado⁷⁹¹, al privársele de conocer oportunamente la imputación y su calidad de imputado y poder preparar la defensa.

Ejemplos de casos en que el problema concreto es la ausencia de una adecuada notificación de la imputación se presentan en forma más regular en el juicio de faltas, provocados fundamentalmente por el escaso rigor y formalidad con que se hacen las citaciones a juicio, debido en algunas ocasiones a la ambigüedad e informalidad que tiene el acto procesal a través del cual llega a conocimiento del juzgador el hecho criminal, pero en otras por la misma deficiente forma de citación, infringiéndose, en

(BDA, m. RTC 1986\104); Sentencia de 18 de mayo de 1987, Sala Segunda, ponente Latorre Segura (BDA, m. RTC 1987\57); Sentencia de 5 de noviembre de 1990, Sala Primera, ponente Tomás y Valiente (BDA, m. RTC 1990\168); Sentencia de 28 de noviembre de 1994, Sala Primera, ponente Cruz Villalón (BDA, m. RTC 1994\319). Sentencias AAPP: de Burgos de 16 de mayo de 1997, Sección 2ª, ponente Sancho Fraile (BDA, m. ARP 1997\733); de la Rioja de 2 de marzo de 1998, ponente Mota Bello (BDA, m. ARP 1998\1061); de Toledo de 13 de mayo de 1998, Sección 2ª, ponente Quesada Varea (BDA, m. ARP 1998\2508).

⁷⁹¹ *Vid.* sub-apartados 2.2. y 2.3, I, Sección Primera, Capítulo II.

todo caso, lo que disponen los arts. 962 y 967 de la LECrim, que mandan comunicar de modo expreso, entre otras, las siguientes circunstancias⁷⁹²:

1º La condición de denunciado o imputado.

2º Indicación de que puede ser asistido de abogado.

3º Acompañar a la citación copia de la querrela o denuncia. En el caso de los juicios inmediatos introducidos por la Ley 38/2002, en la citación a juicio se le informará de los hechos en que consiste la denuncia⁷⁹³.

4º Que el citado debe acudir al juicio con las pruebas que tenga.

Si se revisa la jurisprudencia que resuelve casos sobre infracción al derecho a ser informado de la acusación, podremos advertir que los supuestos más comunes se dan en procesos en que se cita a un sujeto a juicio de faltas únicamente en calidad de denunciante, cuando resulta que también tenía calidad de denunciado. Es decir, que el sujeto denunciado por el denunciante, también había denunciado al denunciante, lo cual suele ocurrir principalmente en juicio de faltas de lesiones o amenazas mutuas u otras faltas de esta naturaleza⁷⁹⁴⁻⁷⁹⁵.

Otra hipótesis que ha dado lugar a situaciones de infracción al derecho a ser informado de la acusación ocurre en los casos en que la citación a juicio de faltas se realiza sin especificar de forma adecuada a quién se cita y en qué calidad ha de concurrir al juicio.

⁷⁹² Sentencias de AAPP: de Sevilla de 23 de marzo de 1995, Sección 1ª, ponente Asencio Castisán (BDA, m. ARP 1995\1048); de Córdoba de 6 de noviembre de 2000, Sección 2ª, ponente Berdugo y Gómez de la Torre (BDA, m. ARP 2000\2446).

⁷⁹³ Vid. CALVO SÁNCHEZ, Carmen, «Nuevo juicio de faltas...», *cit.*, pp. 1692-1695; GASCÓN INCHAUSTI, Fernando (Aguilera Morales), *La reforma...*, *cit.*, pp. 182-183 y 200-203.

⁷⁹⁴ Sentencias AAPP: de Vizcaya de 16 de marzo de 1995, Sección 5ª, ponente Oliver Albuérne (BDA, m. ARP 1995\1073); de Badajoz de 11 de mayo de 2000, Sección 2ª, ponente Sánchez Ugena (BDA, m. ARP 2000\812); de Asturias de 25 de septiembre de 2000, Sección 2ª, ponente Vázquez Llorens (BDA, m. ARP 2000\2444).

⁷⁹⁵ CARRASCOSA LÓPEZ, Valentín; CARRETERO DOMÍNGUEZ, José, y MELO ALVARADO, Pedro, *El juicio de faltas*, Artes gráficas Boysu, Mérida, 1986, pp. 26-27.

Por último, también constituye una infracción de esta naturaleza el caso de que a la citación a juicio no se acompañe copia de la querrela o denuncia⁷⁹⁶. En estas situaciones no hay un problema de existencia de acusación (en un sentido amplio), sino que el problema real radica en una deficiente notificación de la misma.

3.4. *La pena pedida en acusación y la desvinculación de la sentencia*

Tocante a la pena pedida hay dos cuestiones que interesa señalar. En primer lugar, lo que tiene relación con el límite máximo de pena a imponer. En este punto cabe indicar que la jurisprudencia sobre el juicio de faltas sigue la regla aplicable al proceso ordinario. Es decir, el juzgador no se halla vinculado cuantitativamente a la pena pedida, pudiendo imponer en concreto una pena superior a la pedida, siempre que se atenga a los límites legales para el delito por el que se condena, y atienda a las circunstancias penológicas y las reglas dosimétricas que se contienen en el CP, las cuales valora dentro del legítimo ejercicio de facultades de individualización de la pena. Así, por ejemplo, la STC de 17 de octubre de 1988 (BDA, m. RTC 1988\189)⁷⁹⁷, que se refiere a un caso específico de faltas, estima perfectamente constitucional y ajustado al principio acusatorio la imposición de pena concreta más grave que la pedida por la acusación. Con la misma orientación, pero en jurisprudencia de las AAPP sobre juicio de faltas, tenemos la SAP de Córdoba de 3 de mayo de 1996 (BDA, m. ARP 1996\347)⁷⁹⁸, la cual se remite al desarrollo jurisprudencial del TC en la materia. También la SAP de Jaén de 29 de enero de 1998⁷⁹⁹ (BDA, m. ARP 1998\259) y SAP de Sevilla de 10 de enero de 1995 (BDA, m. ARP 1995\10)⁸⁰⁰, que llegan a la

⁷⁹⁶ Sentencias AAPP: de Sevilla de 23 de marzo de 1995, Sección 1ª, Asencio Castisán (BDA, m. ARP 1995\1048); de Córdoba de 6 de noviembre de 2000, Sección 2ª, ponente Berdugo y Gómez de la Torre (BDA, m. ARP 2000\2446).

⁷⁹⁷ STC de 17 de octubre de 1988, Sala Segunda, ponente Latorre Segura (BDA, m. RTC 1988\189).

⁷⁹⁸ SAP de Córdoba de 3 de mayo de 1996, Sección 2ª, ponente Berdugo y Gómez de la Torre (BDA, m. ARP 1996\347).

⁷⁹⁹ SAP de Jaén de 29 de enero de 1998, ponente Jurado Cabrera (BDA, m. ARP 1998\259).

⁸⁰⁰ SAP de Sevilla de 10 de enero de 1995, Sección 3ª, ponente Salas Gallego (BDA, m. ARP 1995\10).

misma conclusión a partir de la interpretación del art. 733 (y 851.4), aplicable al juicio de faltas en los mismos términos que para el procedimiento ordinario.

La segunda cuestión en torno a la pena se refiere a la imposición de penas no pedidas accesorias de la principal. Sobre esta hipótesis de pena accesoria no pedida, ya hemos dejado en claro que en el proceso ordinario la jurisprudencia (varias sentencias del TS) la ha declarado contraria al principio acusatorio. Pues bien, este mismo criterio se sostiene en el juicio de faltas, respecto de las penas accesorias que no son de necesaria imposición conjunta con la principal (art. 57 CP).

La doctrina del acusatorio se expresa en varias sentencias de las AAPP⁸⁰¹, que estiman que se infringe el «principio acusatorio» —en realidad el derecho a conocer la acusación y el derecho de defensa— cuando se impone una pena accesoria no pedida cuya aplicación es facultativa para el tribunal. Este criterio se sostiene justamente en que no siendo necesaria la imposición de la pena accesoria (en algunas hipótesis), sino que facultativa para el juzgador, el «principio acusatorio» supondría que para su imposición sea menester una petición explícita de la misma. Por otra parte, parece ser éste el criterio por el cual *sensu contrario*, tanto en el proceso ordinario por delitos como en el de faltas, se llega a tolerar la imposición de pena principal sin petición de pena, ya que al ser la pena principal una consecuencia penal necesaria, la cual debe ser impuesta si la sentencia es de condena, se le considera como una suerte de secuela lógico-jurídica de la estimación de la acusación. De ella se deriva necesariamente la imposición de pena principal. Este es el criterio de la STS de 10 de mayo de 1999 (BDA, m. RJ 1999\4970)⁸⁰², que sostuvo justamente esto para el proceso ordinario por delitos. En el juicio de faltas, con el mismo criterio, se puede citar la SAP de Badajoz de 19 de enero de 1995 (BDA, m. ARP 1995\4)⁸⁰³.

⁸⁰¹ Sentencias AAPP: de Barcelona de 10 de octubre de 1994, Sección 3ª, ponente Ingelmo Fernández (BDA, m. ARP 1994\300); de Córdoba de 3 de mayo de 1996, Sección 2ª, ponente Berdugo y Gómez de la Torre (BDA, m. ARP 1996\347); de Teruel de 21 de marzo de 1997, ponente Rivera Blasco (BDA, m. ARP 1997\378).

⁸⁰² STS de 10 de mayo de 1999, Sala de lo Penal, ponente Giménez García (BDA, m. RJ 1999\4970).

⁸⁰³ SAP de Badajoz de 19 de enero de 1995, Sección 1ª, ponente Martínez Montero de Espinosa (BDA, m. ARP 1995\4).

III. LA CORRELACIÓN EN EL JUICIO ANTE TRIBUNAL DEL JURADO

El deber de correlación de la sentencia tiene en la regulación de la LOTJ una importante dosis de especialidad respecto de los procesos penales ordinarios.

En el proceso ordinario por delitos graves y en el abreviado, para valorar la correlación se debe realizar una comparación de la sentencia con la acusación, y por eso se habla de correlación de aquélla con ésta. En el juicio ante Tribunal del Jurado⁸⁰⁴, en cambio, la correlación enlaza a la acusación con el veredicto y la sentencia, con lo cual tenemos una correlación compleja, en la que no se comparan idealmente dos términos simples (acusación y sentencia), sino que uno de ellos está compuesto de dos elementos (veredicto y sentencia). Esto se explica por la configuración del juicio penal ante un jurado, cuestión que impone al legislador la necesidad de diseñar un procedimiento diferente al de un proceso penal seguido ante jueces profesionales. En el sistema de jurados la decisión jurisdiccional es compleja, en el sentido que la decisión no se produce de una sola vez y en una sola resolución, sino que está separada en dos momentos y resoluciones: el veredicto y la sentencia. En ellas se resuelven partes diversas del enjuiciamiento: la cuestión fáctica en el veredicto, la cuestión jurídica⁸⁰⁵ en la sentencia.

Pero el juicio por Jurados en el sistema español posee una especialidad aún más decisiva, consistente en que la correlación del veredicto y la sentencia con la acusación es «indirecta o mediata», es decir, no se produce directa e inmediatamente entre los términos señalados, sino que viene mediatizada por un complejo de actos procesales que se van concatenando a lo largo del proceso. Esta característica de la correlación obliga a integrar y comparar los actos de partes con un complejo de resoluciones y decisiones jurisdiccionales —del Magistrado-Presidente—, para de eso modo poder tener una cabal comprensión de la extensión de la correlación y de su cumplimiento en el caso concreto. En efecto, en la regulación legal del Jurado español se han de tener en cuenta un complejo de actos y resoluciones jurisdiccionales del Magistrado que inciden en la determinación precisa del objeto del proceso y del debate. Como se verá,

⁸⁰⁴ Vid. DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, *Derecho procesal penal*, cit., p. 573.

⁸⁰⁵ Veremos que esta división entre lo fáctico y lo jurídico, y sus correlativos veredicto y sentencia, tiene sólo un valor esquemático y bastante relativo, sobre todo en el modelo español, donde el Jurado penetra con fuerza en las cuestiones jurídicas.

el Magistrado puede, durante el juicio, modificar los hechos y proponer calificaciones jurídicas distintas de las propuestas por las partes, aún con más amplitud que lo que acontece en el proceso ordinario y abreviado.

Creemos que el motivo o la justificación de dar estos poderes al Magistrado en el proceso ante Jurado, se halla en la búsqueda de compensación en el reparto de funciones entre Jurado y Magistrado. El modelo adoptado inicialmente por la LOTJ (luego se modificaría) decide entregar al Jurado la resolución no sólo de los hechos, sino además de otras materias que van más allá de lo fáctico. Así, se le encarga la realización del juicio de culpabilidad e, incluso, de la misma calificación jurídica del hecho delictivo, aunque se trate de un Jurado puro, formado sólo por legos. Esto, en la práctica, produce una vinculación importante de la sentencia del Magistrado al veredicto del Jurado. Si el Legislador optó por quitarle parcialmente los típicos poderes de subsunción jurídico penal al Magistrado, y otorgárselos al Jurado, se vislumbra como una compensación la entrega de poderes al Magistrado con el fin de permitirle una intervención mayor durante el desarrollo del juicio, introduciendo hechos o proponiendo calificaciones, ya que con posterioridad la última palabra no le corresponde a él, sino al Jurado. El Magistrado de la LOTJ deja de ser el órgano que hace la subsunción definitiva (en su aspecto medular), la cual queda a cargo del Jurado. El Magistrado perdía el *iura novit curia* (así era en principio)⁸⁰⁶, pero a cambio ve reforzados sus poderes para intervenir en la fijación del objeto de enjuiciamiento y para proponer calificaciones a lo largo del juicio.

Ahora bien, ¿cuáles serían esos múltiples actos, resoluciones y decisiones que se deben analizar y cotejar? Es decir, ¿cómo se conforman los términos de comparación? A nuestro juicio y siguiendo a DE LA OLIVA SANTOS⁸⁰⁷, se debe atender en primer lugar al complejo de actos que fijan el objeto del proceso y del debate con miras al

⁸⁰⁶ Esto es lo que la LOTJ preveía inicialmente, y lo que declaraba en su Exposición de Motivos, aunque con posterioridad el mismo legislador, con la LO 8/1995 de 16 de noviembre de 1995, y la jurisprudencia han venido a modificar, como lo veremos más adelante.

⁸⁰⁷ DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, *Derecho procesal penal*, cit., pp. 573-574, aunque no lo dice expresamente, de su explicación se puede concluir que sustenta la integración de todos los actos de alegación de parte acusadora con el escrito del objeto del veredicto del Magistrado-Presidente, de un lado, y de otro, la integración del término limitado (comparado) constituido por el veredicto y la sentencia.

juicio. Concretamente, se ha de partir por la consideración de las calificaciones provisionales (arts. 29), en relación con el auto de apertura del juicio oral y con el auto de hechos justiciables (arts. 33 y 37), los cuales influyen progresivamente en dicha fijación. En segundo lugar, y con posterioridad a la práctica de la prueba, habrá que atender a la posibilidad que tienen las partes de ratificar la acusación provisional y de elevarla a definitiva o de modificarla conforme al resultado de la prueba (art. 48). Este es el momento de fijación definitiva del objeto del proceso. En cuanto al objeto del debate, hay que considerar también el escrito objeto del veredicto del Magistrado-Presidente, el cual puede incidir en su configuración.

Frente a la fijación definitiva del objeto del proceso y del debate, el otro término en la comparación se integra por el veredicto y la sentencia, que son los actos jurisdiccionales de decisión que se ven limitados en su contenido.

En seguida intentaremos describir la manera en que se va perfilando el objeto del proceso y del debate desde los escritos de calificación en adelante. Desde estos actos de pretensión la fijación del contenido del proceso cobra importancia para el juicio, y, por lo tanto, para el veredicto y la sentencia. Como se sabe, son el veredicto y la sentencia las resoluciones jurisdiccionales que se hallan limitadas y condicionadas por los actos de pretensión. Por otra parte, desde las calificaciones provisionales en adelante se verá de qué manera influyen los poderes del Magistrado-Presidente e, incluso, del Jurado, para intervenir en funciones que inicialmente pudieran parecer que corresponden a las partes, como es la fijación precisa del objeto del proceso y del debate.

1. La acusación como término de la correlación limitador del veredicto y la sentencia

1.1. Calificaciones provisionales y la importancia del auto de apertura y del auto de hechos justiciables

El art. 29 LOTJ regula el escrito por el cual el acusador solicita la apertura del juicio oral y realiza las calificaciones provisionales. La norma dispone que el contenido de éstas sea el mismo que el previsto para el proceso ordinario⁸⁰⁸, remitiéndose a ese fin a las disposiciones de los arts. 650 y 653 LECrim. En consecuencia, este acto, igual como acontece en el proceso ordinario, contendrá los hechos punibles que resulten del sumario, la calificación legal de los mismos, la participación que corresponda a los imputados, los hechos modificativos de la responsabilidad penal y la o las penas que correspondan (art. 650 LECrim). Además, las calificaciones provisionales en el juicio ante el Jurado, al igual que en el proceso ordinario, pueden plantearse alternativamente (art. 653 LECrim). Es decir, la acusación puede presentar alternativa o subsidiariamente dos o más conclusiones sobre las cuestiones que son objeto de su acusación.

En suma, como acontece en el proceso ordinario (y en el abreviado), las calificaciones provisionales en el juicio ante Jurado son el primer acto de acusación a considerar en la fijación del objeto del proceso y del debate (art. 29 LOTJ), en el cual se produce la primera limitación relevante con vista al juicio y la sentencia. Desde luego, cuando nos referimos a las calificaciones provisionales también estamos refiriéndonos a las del art. 31.3 LOTJ, es decir, a aquellas que se pueden formular en la audiencia preliminar en los informes de las partes, en las que se pueden modificar los términos de las calificaciones iniciales.

⁸⁰⁸ Obsérvese, sin embargo, que en el proceso ante el Jurado es en el mismo escrito de calificaciones donde se pide la apertura del juicio oral (igual como en el procedimiento abreviado, 781 LECrim), mientras que en el proceso ordinario la apertura del juicio se solicita antes de calificaciones provisionales, art. 627 LECrim. Por lo tanto, se puede decir que el escrito de calificaciones del juicio ante el Tribunal del Jurado tiene un contenido más amplio que el del proceso ordinario.

Los contenidos de estas calificaciones, como su nombre lo indica, son provisionales, de modo que durante el desarrollo del proceso se podrán presentar situaciones que justifiquen una modificación parcial de los contenidos de las mismas, siempre que no se alteren los límites fácticos y jurídicos que ella impone. El momento procesal más importante en este sentido es el de las calificaciones definitivas realizadas con posterioridad a la práctica de la prueba, a las que aludiremos más adelante. Pero también antes es posible que se presenten modificaciones a los contenidos de las primeras calificaciones, en virtud de actos procesales que no son de parte, sino jurisdiccionales. Nos referimos al auto de apertura del juicio oral dictado por el Juez de Instrucción y al auto de hechos justiciables dictado por el Magistrado-Presidente del Jurado inmediatamente antes del juicio.

El auto de apertura dictado por el Juez de Instrucción puede influir en el contenido de las calificaciones provisionales, como consecuencia de la potestad que tiene el Juez de Instrucción para decidir sobre la apertura del juicio oral, previa valoración del mérito de la acusación. En efecto, y tal cual hemos dicho, el mismo escrito de calificaciones es a su vez el escrito de solicitud de apertura del juicio oral, lo cual significa que este escrito da lugar al «juicio de acusación» ante el Juez de Instrucción, quien deberá valorar el mérito de la acusación y decidir conforme al mismo la apertura del juicio solicitada. La LOTJ dice que, una vez presentado el escrito de calificación de la defensa, el Juez de Instrucción debe citar a las partes a una audiencia preliminar (art. 30 LOTJ). El fin de esta audiencia es permitir que las partes debatan ante el Juez de Instrucción acerca del mérito de la acusación⁸⁰⁹. Pues bien, al final de la misma o dentro de tercero día, éste debe decidir dictar sobreseimiento o auto de apertura (art. 32.1 LOTJ). Si considera que concurre alguna de las causales de sobreseimiento libre o provisional debe sobreseer⁸¹⁰, rechazando la apertura del juicio. Por el contrario, si

⁸⁰⁹ Vid. SALOM ESCRIVÁ, Juan-Salvador, *Comentarios a la Ley del Jurado*, AAVV (coordinados por Montero Aroca y Gómez Colomer), Aranzadi, Pamplona, 1999, p. 571.

⁸¹⁰ En el juicio ante el Tribunal del Jurado el régimen del sobreseimiento es el mismo que el de la LECrim, régimen que se aplica supletoriamente por remisión del art. 24.2 LOTJ. En resumen, el Juez de Instrucción puede usar todos los tipos de sobreseimientos (libre y provisional, total y parcial) tanto en la audiencia de concreción de la imputación (art. 26.1 LOTJ) como en la audiencia preliminar (art. 32.1 LOTJ). Vid. GIMENO SENDRA, Vicente (con Garberí Llobregat), *Ley orgánica del Tribunal del Jurado*, Colex, Madrid, 1996, pp. 198-199; SALOM ESCRIVÁ, Juan-Salvador, *Comentarios a la Ley del Jurado*, cit., p. 585.

estima que hay elementos de prueba para sostener en el juicio la existencia del hecho delictivo y la participación culpable del acusado, como se ha afirmado en la acusación, debe dictar el auto de apertura⁸¹¹.

Según la LOTJ, el auto de apertura puede modificar el contenido de las calificaciones provisionales, restringiendo los hechos y los acusados del escrito de calificaciones provisionales⁸¹². La restricción objetivo-subjetiva del objeto procesal normalmente será consecuencia del sobreseimiento parcial dictado por el órgano jurisdiccional. Así, el Juez de Instrucción dictará un sobreseimiento parcial (libre o provisional) cuando considere concurrente alguna de sus causales, sobreseyendo en parte y dictando un auto de apertura parcial. En este caso se producen los efectos legales propios del sobreseimiento.

No obstante, la LOTJ parece haber establecido, junto al sobreseimiento, una segunda forma de configuración «negativa del objeto del enjuiciamiento», consistente en que el auto de apertura del Juez de Instrucción pueda excluir hechos y acusados de las calificaciones provisionales, cuando considere improcedente la apertura del juicio sobre una parte de los hechos o acusados. Esta forma o cauce de configuración negativa del objeto de enjuiciamiento está prevista en el art. 33 LOTJ, que establece que el auto de apertura del juicio oral 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», y posteriormente concluye sobre esa determinación, ahora acerca del acusado, señalando que el auto también determinará: «b) La persona o personas que podrán ser juzgadas como acusados o terceros responsables civilmente».

En estas hipótesis el art. 33 LOTJ pareciera autorizar la determinación por parte del Juez de Instrucción de los hechos y los acusados sobre los cuales estima pertinente haya juicio, a partir de los que han sido objeto de la acusación. El Juez tendría el poder de descartar algunos de los hechos y de excluir a alguno de los acusados, estableciendo

⁸¹¹ Vid. SALOM ESCRIVÁ, Juan-Salvador, *Comentarios a la Ley del Jurado*, cit., p. 594.

⁸¹² La influencia del auto de apertura en la determinación precisa del objeto del proceso siempre será negativa o por exclusión, reduciendo los términos del mismo, nunca ampliándolos, ya que ello sí que supondría el quiebre del principio acusatorio. Vid. ALARCÓN MORA, José-Antonio (con Marés Roger) *Comentarios a la Ley del Jurado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pp. 248-251; SALOM ESCRIVÁ, Juan-Salvador, *Comentarios a la Ley del Jurado*, cit., pp. 594-596.

un objeto del proceso (objetivo y subjetivo) más restringido que el de calificaciones⁸¹³, pero lo atípico es que esta potestad no se vincula con una causal de sobreseimiento, sino que pareciera establecerse una potestad discrecional en que el Juez de Instrucción puede valorar como pertinente la reducción del objeto de enjuiciamiento, aunque no concurra ninguna causal de sobreseimiento. Esta cuestión resulta dudosa, teniendo en cuenta que en el sistema español rige casi en forma absoluta el principio de legalidad (art. 100 y ss LECrim), y no el de oportunidad, salvo alguna específica excepción⁸¹⁴.

Con todo, el art. 36.1 letra (c) LOTJ confirma la interpretación señalada, puesto que se refiere a la posibilidad de plantear como cuestión previa, después de la apertura del juicio, la ampliación del mismo a aquellos hechos inadmitidos en la apertura. Obsérvese que se habla de «hecho (...) inadmitido», y no de hecho sobreseído o que haya sido objeto de sobreseimiento, opción semántica del legislador que consolida aún más la tesis de que la potestad del Juez de Instrucción se puede ejercer al margen de las causales legales de sobreseimiento.

Lo anterior sólo requiere de una matización. Deriva del art. 36.1 letra (c) que el ámbito de la potestad de reducción del objeto procesal se ve limitada a su aspecto objetivo, no pudiendo alcanzar el contenido subjetivo del objeto de enjuiciamiento. En efecto, este artículo no contempla la posibilidad de plantear como cuestión previa, y contra la reducción, la ampliación subjetiva del objeto procesal, lo que nos lleva a pensar que la potestad de reducción de dicho objeto, como hemos señalado, sólo se haya limitada a su aspecto objetivo, siendo la mención del acusado en el art. 33 letra

⁸¹³ La doctrina suele evitar pronunciarse expresamente sobre el sentido del art. 33 LOTJ, aunque hay algún autor que le intenta dar la interpretación que se indica, es decir, entendiendo que la norma otorga una potestad al Juez de Instrucción para reducir el objeto del proceso, participando en la conformación del objeto del proceso, al menos en forma negativa o por exclusión, lo que GIMENO SENDRA llama el poder de conformación negativa del objeto del proceso, pero sólo ceñido a los hechos, y no al acusado. *Vid.* GIMENO SENDRA, Vicente (con Garberí Llobregat), *Ley orgánica del Tribunal del Jurado*, *cit.*, pp. 203-205. Con un sentido crítico de la norma se plantea FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, *El Jurado. Cuestiones prácticas, doctrinales y políticas de las leyes españolas*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 429-436.

⁸¹⁴ Como la que se contiene en el art. 171.3 CP, que se refiere a la potestad que se le otorga al MF para no acusar por un delito, cuando su denuncia o revelación se utilice como amenaza para la consecución de una cantidad o recompensa.

Acerca de la imposibilidad de concebir la potestad del art. 33 como manifestación del principio acusatorio, *vid.* GIMENO SENDRA, Vicente (con Garberí Llobregat), *Ley orgánica del Tribunal del Jurado*, *cit.*, p. 204.

(b) referida siempre al sobreseimiento parcial y en cuya virtud se puede excluir a algún acusado del enjuiciamiento⁸¹⁵.

En suma, el auto de apertura puede influir en el contenido de las calificaciones provisionales, reduciendo el objeto de enjuiciamiento a través del pronunciamiento de sobreseimiento parcial, tanto objetiva como subjetivamente, y además puede reducir el objeto del proceso (el objeto del enjuiciamiento) por la vía del art. 33 LOTJ, aunque sólo en su aspecto objetivo (según se desprende del art. 36.1 letra (c)).

Un segundo momento procesal en que se consideran posibles modificaciones al objeto del enjuiciamiento es el que se produce inmediatamente después del auto de apertura, y que consiste en aquello a lo que hemos aludido recién, es decir, en la posibilidad de que el acusador plantee, después del auto de apertura, una «cuestión previa» no ya ante el Juez de Instrucción, sino ante el Magistrado-Presidente, para que éste amplíe el objeto de enjuiciamiento con la inclusión de los hechos que fueron excluidos del auto de apertura por el Juez de Instrucción (art. 36.1 letra c LOTJ)⁸¹⁶. Reiteramos que no hay posibilidad de plantear una «cuestión previa» para reclamar la ampliación subjetiva del auto de apertura (arts. 32.2 y 36.1 LOTJ). A ese fin se debe acudir a la vía del recurso de apelación ante la Audiencia Provincial contra el sobreseimiento, con el objeto que se rectifique el auto de apertura.

Si el Magistrado-Presidente estima la «cuestión previa» y amplía el objeto de enjuiciamiento, reincorporando un hecho incluido en la acusación, el objeto del proceso fijado en el auto de apertura se verá modificado por el auto de estimación del

⁸¹⁵ Esto es lo que sostiene GIMENO SENDRA, Vicente (con Garberí Llobregat), *Ley orgánica del Tribunal del Jurado*, cit., p. 205.

⁸¹⁶ Vid. SALOM ESCRIVÁ, Juan-Salvador, *Comentarios a la Ley del Jurado*, cit., pp. 615-616. También el acusador podría plantear, conjunta o alternativamente a la «cuestión previa», un recurso de apelación en contra del sobreseimiento parcial que excluye del auto de apertura a uno o varios de los hechos que se incluían en la acusación, como lo permite el art. 32.2 LOTJ. SALOM ESCRIVÁ advierte, en todo caso, que en la hipótesis de que se planteen conjuntamente el recurso de apelación contra el sobreseimiento parcial y una «cuestión previa» para ampliar el auto de apertura, se podría producir una decisión de la Audiencia Provincial (que conoce del recurso de apelación) contradictoria con la decisión del Magistrado-Presidente que decide sobre la «cuestión previa», en el sentido de que la AP podría revocar el sobreseimiento y el Magistrado simultáneamente desestimar la «cuestión previa», razón por la cual entiende que la única solución consiste en atribuirle a la apelación el efecto de suspender la «cuestión previa» hasta que se resuelva el recurso.

Magistrado, devolviendo total o parcialmente su configuración inicial de calificaciones provisionales⁸¹⁷⁻⁸¹⁸.

Por otra parte, el art. 36.1, en su letra (d), también autoriza el planteamiento de una cuestión previa con el fin de pedir la exclusión de un hecho contenido en el auto de apertura, cuando éste no estaba incluido en los escritos de acusación. Pero aquí no se trata de combatir la reducción del objeto del proceso, sino más bien de justo lo contrario, es decir, de permitirle a la defensa que se oponga a posibles introducciones de hechos en el auto de apertura que no estaban incluidas en las acusaciones, con el fin de preservar la identidad del objeto como límite máximo del enjuiciamiento.

En síntesis, el auto de apertura puede modificar el objeto procesal objetivo y subjetivo de las calificaciones provisionales. Pero, a su vez, el auto de apertura puede ser modificado en su aspecto objetivo, a través del planteamiento de una cuestión previa ante el Magistrado-Presidente.

Tras la fijación del objeto del proceso en el auto de apertura (con las eventuales ampliaciones como consecuencia de la estimación de una «cuestión previa», art. 36.1 LOTJ) cabe referirse a la función del auto de hechos justiciables (art. 37 LOTJ). Este auto dictado por el Magistrado-Presidente tiene por objetivo recoger, ordenar y sistematizar el objeto del proceso y del debate, presentando ordenadamente todas las cuestiones fácticas y jurídicas planteadas por las partes, con el fin de que sean más fácilmente comprendidas por el Jurado y por las partes (los términos y extremos del juicio y del debate)⁸¹⁹. En consecuencia, esta resolución no altera el objeto del proceso, como puede acontecer con el auto de apertura del juicio oral, aunque debe recoger los cambios que pudo haber sufrido éste con la estimación de una cuestión previa, y que haya reincorporado un hecho excluido en el auto de apertura.

En el auto de hechos justiciables se fijan entonces de forma sistemática los hechos de la acusación constitutivos del objeto del proceso y que han sido incluidos en el auto de apertura para su enjuiciamiento, como asimismo aquellos otros incluidos en el

⁸¹⁷ Esta modificación debe ser recogida en el auto de hechos justiciables.

⁸¹⁸ Vid. SALOM ESCRIVÁ, Juan-Salvador, *Comentarios a la Ley del Jurado, cit.*, p. 625.

⁸¹⁹ Vid. GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis, *El proceso penal ante el Tribunal del Jurado*, Civitas, Madrid, 1996, p. 103.

mismo auto, que, no siendo objeto del proceso, son el fundamento fáctico de cualquier otro elemento jurídico penal (agravante, participación, ejecución, agravación o atenuación, por ejemplo). De la misma forma, se fijan sistemáticamente los hechos alegados por la defensa con vista al desarrollo del juicio.

Respecto a la calificación penal del hecho punible, el auto de hechos justiciables determina el delito o delitos que constituyan los hechos imputados.

En consecuencia, esta resolución tiene la finalidad de ordenar el objeto del proceso y las circunstancias fáctico-jurídicas relevantes: ordena los hechos objeto de la prueba⁸²⁰ o el *thema probandum*, y ordena las calificaciones penales realizadas por las partes, con vista al desarrollo del juicio. Por lo tanto, incide en el objeto del debate, al sistematizar las cuestiones jurídicas y fácticas alegadas por las partes y que serán objeto del debate oral probatorio que se suscite con la práctica de la prueba⁸²¹.

1.2. Conclusiones definitivas

Después de la práctica de la prueba el acusador puede elevar a definitivas las calificaciones provisionales —en los términos que hayan sido recogidas en el auto de hechos justiciables—⁸²² u optar por realizar modificaciones a las calificaciones

⁸²⁰ Vid. Exposición de Motivos de la LOTJ. También ALARCÓN MORA, José-Antonio (con Marés Roger), *Comentarios a la Ley del Jurado*, cit., pp. 270-271; ORTELLS RAMOS, Manuel, «La prueba en el juicio ante el Tribunal del Jurado. Ley, práctica y consideraciones de *lege ferenda*», en AAVV, *La Ley del Jurado: problemas de aplicación práctica*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2003, pp. 244-251.

⁸²¹ Vid. SALOM ESCRIVÁ, Juan-Salvador, *Comentarios a la Ley del Jurado*, cit., pp. 625-630. Este autor pone de relieve que en la práctica no se le lee al Jurado el auto de hechos justiciables, como parece ser la intención del legislador, con el fin de que efectivamente cumpla con su objetivo de ordenación y sistematización de las cuestiones fácticas y jurídicas del caso, para facilitar su mejor conocimiento por parte del Jurado. Según el autor, al Jurado se le leen sólo los escritos de calificación de las partes, lo cual está previsto en el art. 45 LOTJ, pero eso no quita de que a la par sea útil o incluso necesaria la lectura del auto de hechos justiciables.

⁸²² Obsérvese que no siempre son las calificaciones provisionales propiamente dichas las que han de elevarse a definitivas o han de modificarse, ya que éstas pueden haber sufrido previas modificaciones. En efecto, como ya lo hemos puesto de manifiesto, las calificaciones provisionales de la acusación pueden sufrir restricciones objetivas y subjetivas en el auto de apertura que dicta el Juez de Instrucción. Con posterioridad, el mismo auto de apertura puede ser modificado, en su aspecto objetivo, por la vía del planteamiento de una «cuestión previa» ante el Magistrado-Presidente, que puede reincorporar todos o algunos de los hechos excluidos, que estaban inicialmente incluidos en la

provisionales en las conclusiones definitivas (art. 48.1 LOTJ). La primera alternativa no suscitará ningún problema. La segunda requiere de determinadas precisiones acerca de la forma en que se han de plantear las conclusiones, al modo de su proposición y al contenido que pueden adoptar.

La forma de las conclusiones definitivas que modifican las provisionales⁸²³, está regulada en el proceso ordinario —específicamente, art. 732.2 LECrim—, disposición que establece que ellas deben plantearse por escrito⁸²⁴.

En cuanto al modo de su proposición, cada uno de los contenidos de la acusación puede ser de conclusión única o bien alternativa (art. 732.3 LECrim).

Tocante a su contenido, éstas, al igual que en el proceso ordinario, pueden ser agravatorias, atenuatorias o absolutorias (cuando hay un desistimiento de la petición de condena, art. 51 LOTJ).

En fin, respecto a las modificaciones que no supongan el desistimiento de la petición de condena, cabe apuntar cuáles son los probables contenidos modificatorios, con el fin de aclarar qué es lo que se puede introducir en conclusiones definitivas. Para ello hay que partir del supuesto de que las conclusiones definitivas están previstas en un momento procesal posterior a la práctica de la prueba, con el propósito de permitir a las partes una adecuación fáctica de su acusación al resultado de la prueba y, en consecuencia, de las calificaciones jurídicas y del *petitum* correspondientes a esos resultados. Desde este punto de vista resulta lógico permitir la introducción de modificaciones al relato fáctico, aunque no al punto de que dicho relato dé lugar a un hecho sustancialmente distinto. Es decir, se ha de admitir la modificación de los hechos en la medida que con ello no se altere la sustancialidad del hecho punible. Como consecuencia de lo anterior, también cabrá la posibilidad de la introducción de

acusación. En todo caso, estas eventuales restricciones al contenido de la acusación y la posible reincorporación de los mismos, deberán estar precisamente reflejados en el contenido del auto de hechos justiciables, de modo que para conocer precisamente el contenido acusatorio habrá que estar al contenido actualizado de esta última resolución. *Vid.* SALOM ESCRIVÁ, Juan-Salvador, *Comentarios a la Ley del Jurado*, *cit.*, pp. 702-703.

⁸²³ Las conclusiones definitivas que se limitan a elevar a definitivas las calificaciones provisionales se formularán oralmente (art. 732.2 LECrim).

⁸²⁴ SALOM ESCRIVÁ, Juan-Salvador, *Comentarios a la Ley del Jurado*, *cit.*, p. 703, estima que en caso que la modificación en conclusiones definitivas sea de poca importancia no hay inconveniente en que se realice en forma oral y sea recogida en el acta del secretario judicial.

hechos accesorios que sólo modifiquen la responsabilidad penal. Por el contrario, no podrán introducirse hechos punibles nuevos que supongan una acumulación de objetos procesales, ni personas distintas de las originalmente acusadas.

En el plano de las calificaciones jurídicas, debe admitirse la modificación del título de condena, de la forma de participación, del grado de ejecución, de las circunstancias modificativas y de la pena pedida (art. 650, 2ª a 5ª LECrim). En suma, el contenido de las modificaciones admisibles es el mismo que el de las conclusiones definitivas en el proceso ordinario.

Consideradas las materias susceptibles de ser modificadas en conclusiones y la imposibilidad de modificar la identidad del hecho punible o de ampliar la acusación a nuevos sujetos, resulta, por lo tanto, que las conclusiones definitivas al modificar el contenido de las calificaciones provisionales puede afectar no tanto el objeto del proceso en sentido estricto, sino más precisamente el objeto del debate.

1.3. El objeto de enjuiciamiento y las potestades del Magistrado-Presidente sobre éste

Hemos dicho que el Magistrado-Presidente tiene, durante el desarrollo del juicio, potestades para intervenir en la modulación del objeto de enjuiciamiento que se somete al Jurado. Así, puede formular planteamientos de hechos y calificaciones jurídicas distintas de las propuestas por las partes, en más de una oportunidad.

Justificábamos estas potestades, que pueden parecer excesivas, en la misma naturaleza del juicio por Jurados, donde el Magistrado, una vez sometida la causa al Jurado, se ve casi irremisiblemente sometido al enjuiciamiento fáctico-jurídico de éste, cuestión que era todavía más evidente en la primera redacción de la Ley, cuando el Jurado enjuiciaba, junto a los hechos y la culpabilidad, la comisión precisa de un delito. Del tenor de la Exposición de Motivos y de la misma redacción de la Ley se deducía la clara intención compensatoria: a cambio de la pérdida de las potestades de enjuiciamiento, que quedaban casi exclusivamente radicadas en el Jurado, al Magistrado se le otorgaba la posibilidad de intervenir en aquello que debía ser sometido a decisión del Jurado, y que luego no podría introducir en sentencia ni previo

a la sentencia (a diferencia de los procesos ordinarios ante juez letrado donde siempre queda la posibilidad de modulaciones en el último momento del juicio).

Como se verá, son dos las vías a través de las cuales el Magistrado-Presidente ejerce éstas potestades. En primer lugar está la clásica tesis. Pero además, junto a ésta, la Ley prevé una forma adicional, reforzadora de la función moduladora del objeto de enjuiciamiento; nos referimos a aquella que se regula en el art. 52.1, letra (g), y que se traduce en la posibilidad de añadir hechos y calificaciones favorables al acusado en el escrito objeto del veredicto.

1.3.1. Los informes y la tesis

La LOTJ contempla el poder del Magistrado de proponer tesis, una vez acabada la práctica de la prueba y mantenidas o modificadas las conclusiones provisionales.

El Magistrado requiere a las partes para que manifiesten sus informes, debiendo estos exponer oralmente sus alegaciones y consideraciones sobre la prueba y sobre la calificación jurídica de los hechos. Los informes constituyen un momento importante de debate dialéctico de las partes, en cuanto les permite clausurar y concluir sobre el resultado de todo el debate probatorio, y extraer y presentar ordenadamente al Jurado sus conclusiones como una propuesta de decisión. La Ley aprovecha este momento para otorgar al Magistrado el poder de extender el requerimiento de informe a una propuesta de cambio de conclusiones, a través del requerimiento de esclarecimiento de hechos concretos de la prueba o de la calificación jurídica (se contempla en el art. 48.2 de la LOTJ en cuanto se remite al art. 788.3⁸²⁵⁻⁸²⁶). Como se ve, la LOTJ otorga al Magistrado una potestad para influir en la configuración del objeto del debate.

Para algunos, esta potestad del Magistrado no es más que el traslado de la tesis al juicio ante el Jurado, que opera tanto para el proceso ordinario como para el abreviado, de consiguiente no es menester acudir al art. 733 LECrim para plantear la tesis, sino

⁸²⁵ Antiguo art. 793.6 de la LECrim, precepto que fue recogido en el art. 788.3 en la redacción de la Ley 38/2002.

⁸²⁶ Vid. SALOM ESCRIVÁ, Juan-Salvador, *Comentarios a la Ley del Jurado*, cit., pp. 706-708.

que bastaría con servirse de la facultad del art. 788.3 LECrim⁸²⁷, que es la norma a la que se remite el art. 48.2 LOTJ, y en cuya virtud el Magistrado podría proponer a las partes cambios fácticos y jurídicos⁸²⁸.

Además, igual como acontece con la norma del procedimiento abreviado, si la tesis es agravatoria ha de ser asumida por algunos de los acusadores para entender que autoriza al Magistrado a dictar sentencia conforme a la misma⁸²⁹. Ello, en todo caso, tampoco representa ninguna diferencia con lo que acontece con la tesis del art. 733, que también debe ser asumida por alguno de los acusadores para que ella pueda ser recogida en sentencia, según dilatada jurisprudencia⁸³⁰.

Otros⁸³¹, en cambio, han sostenido que en el juicio ante el Jurado hay una vigencia reforzada del principio acusatorio y siendo la norma aplicable la del art. 788.3, dicha disposición no autorizaría el planteamiento de una tesis como acontece con el art. 733, sino tan sólo, como dice el texto del art. 788.3, autorizaría a requerir «un mayor esclarecimiento» sobre algún hecho de la prueba o de la valoración jurídica.

Lo que no se acaba de entender de esta posición es el cómo se explica que se pueda proponer una cuestión probatoria o jurídica sin que ella no constituya en sí misma una propuesta o insinuación de una consecuencia fáctico-jurídica no prevista previamente por las partes. Directa o indirectamente, y se quiera o no, dicha potestad opera como la conocida tesis, en cuanto permite proponer cuestiones fácticas y probatorias a las partes, con lo cual se incentiva un cambio de las conclusiones de las partes, ya que

⁸²⁷ Ésta ha sido la interpretación sostenida por la Fiscalía General del Estado en la Circular 1/1989 de 8 de marzo de 1989.

⁸²⁸ Sobre la posibilidad de plantear cuestiones fácticas y jurídicas en la tesis, *vid.* lo dicho a propósito del art. 788.3 en el procedimiento abreviado.

⁸²⁹ En cuanto a la tesis que propone hechos o calificaciones favorables al acusado, atenuatorias de la consecuencia jurídico-penal, cabe señalar que ellas no requieren ser asumidas por algunas de las partes, ya que si no se acogen por ninguna de ellas, el juez todavía podrá incluir tanto los hechos como las calificaciones jurídicas favorables al acusado en el escrito objeto del veredicto, quedando habilitado para dictar sentencia de conformidad a ellos.

⁸³⁰ *Vid.* GÓMEZ COLOMER, *El proceso penal ante el Tribunal del Jurado*, *cit.*, pp. 112-113.

⁸³¹ *Vid.* SALOM ESCRIVÁ, Juan-Salvador, *Comentarios a la Ley del Jurado*, *cit.*, pp. 707-708.

sería bastante ingenuo pensar que el requerimiento del Magistrado pueda ser aséptico desde el punto de vista de no insinuación de alguna consecuencia jurídica⁸³².

Por lo demás, el tenor del art. 789.3 no deja dudas respecto a la calidad de tesis de los planteamientos del art. 788.3, puesto que se refiere a la necesidad de que la misma, en caso de ser agravatoria, sea asumida por alguna de las acusaciones. Es decir, exige lo mismo que la jurisprudencia respecto del art. 733.

Cosa distinta sería sostener que el Magistrado a través de la tesis sólo pueda proponer cuestiones fácticas y jurídicas favorables al acusado, lo cual guardaría mayor coherencia con la otra potestad del Magistrado de añadir hechos o calificaciones favorables al acusado en el escrito objeto del veredicto, prevista en el art. 52.1, letra (g), LOTJ. Con todo, si esto fuere así, igual se tendría una tesis, aunque limitada sólo en sentido *favor rei*. Esta interpretación más garantista para el acusado —que no para el acusador— topa, sin embargo, con el más grave de los inconvenientes hermenéuticos, cual es el sentido gramaticalmente claro de la norma positiva. En efecto, la norma del art. 48.2 dice expresamente que se aplica el apartado 3 del art. 788, y en su caso, el apartado 4 del mismo artículo. Este último apartado contiene los supuestos de tesis contra reo: señala que si tras el requerimiento del Magistrado sobre la prueba y/o sobre cuestiones jurídicas, se produce un cambio de «tipificación penal de los hechos o se aprecien un mayor grado de participación o de ejecución o de circunstancias de agravación», el Magistrado puede otorgar un aplazamiento de hasta 10 días para que el acusado pueda defenderse y, eventualmente, aportar elementos de prueba⁸³³. Esta previsión normativa del apartado 4 del art. 788, demuestra que la Ley

⁸³² *Vid.* lo dicho a propósito del procedimiento abreviado.

⁸³³ En consonancia a lo que hemos dicho en los apartados anteriores se debe concluir que puede haber una modificación agravatoria de la acusación a iniciativa de parte o incentivada o provocada por el Magistrado. La Ley, en ambos casos contempla, la posibilidad de defensa y actividad probatoria en los mismos términos que para el procedimiento abreviado. En efecto, el art. 48.2 de la LOTJ se remite a lo dispuesto en el art. 788.4 de la LECrim (procedimiento abreviado) que establece que si las modificaciones en las conclusiones o calificaciones definitivas importan un cambio de tipo penal o en ellas se aprecie un mayor grado de participación, de ejecución o circunstancias de agravación de la pena, el Magistrado-Presidente podrá conceder un plazo de diez días. Sin embargo, ALMAGRO NOSETE, José, *El nuevo proceso penal*, cit., pp. 136-137, considera que es un deber conceder la suspensión, siempre que se pida por la defensa y se cumpla el supuesto legal de suspensión (aplazamiento) de la sesión, a fin de que ésta pueda aportar los elementos de prueba y descargo que

parte del supuesto de que la aplicación del párrafo 3 del mismo artículo puede dar lugar a una agravación de la calificación penal, a partir del requerimiento (tesis) del Magistrado.

1.3.2. La potestad del Magistrado-Presidente de añadir hechos y calificaciones jurídicas en el escrito objeto del veredicto

La otra vía a través de la cual el Magistrado interviene en la modulación del objeto de enjuiciamiento antes que la causa sea sometida al Jurado es mediante las potestades del art. 52, letra (g), de añadir hechos y calificaciones jurídicas en el escrito objeto del veredicto.

Habíamos dicho que en las conclusiones definitivas se fija el objeto del proceso y del debate en su forma más depurada⁸³⁴, en cuanto término de comparación limitador y

estime (art. 788.4). La disposición pretende otorgar la mejor tutela al derecho de defensa y contradicción ante los cambios de la acusación con proyecciones agravatorias.

Como ponen de manifiesto MORA ALARCÓN, José-Antonio (con Marés Roger), *Comentarios a la Ley del Jurado*, cit., pp. 332-333; SALOM ESCRIVÁ, Juan-Salvador, *Comentarios a la Ley del Jurado*, cit., p. 705; CHOZAS ALONSO, José Manuel, *Comentarios a la Ley del Jurado*, AAVV (coordinados por De la Oliva Santos), ECERA, Madrid, 1999, p. 487, este plazo de diez días choca con el plazo del art. 47 que establece que si se suspende el juicio oral por cinco o más días, el Magistrado-Presidente deberá disolver el Jurado. En consecuencia, habría que concluir que el aplazamiento de diez días provoca la disolución del Jurado, interpretación que siendo la literalmente lógica, derivaría en un absurdo normativo: acarrearía el grave problema de constituir una causa de retardo judicial importante. Por dicha razón, los autores citados llegan a la conclusión de que la norma del art. 793.7 (actual 788.4) no provoca el efecto de la preceptiva disolución, constituyendo una excepción a lo dispuesto en el art. 47.

SALOM ESCRIVÁ, Juan-Salvador, *Comentarios a la Ley del Jurado*, cit., p. 705, considera que un plazo de hasta diez días resulta excesivo para el juicio ante el Jurado, ya que tantos días puede constituir un serio problema para los miembros del Jurado, quienes deberán seguir desempeñando su labor durante ese plazo, aparte del problema del cómo evitar las influencias de terceras personas y de los medios de comunicación sobre ellos.

Estimamos que estas consideraciones, aunque puedan ser válidas, en cuanto problemas reales de la institución del Jurado, no justifican la relajación de las garantías respecto de las que puedan otorgarse en otros procesos. Es decir, los problemas reales de eficacia de la justicia criminal no se deben resolver mediante la técnica de la relajación de garantías procesales, que si bien suele ser un medio eficaz, rápido y económico, constituye en sí mismo la negación del sentido de garantía de la función jurisdiccional.

⁸³⁴ Aunque ya hemos visto que el Magistrado puede influir en el contenido de las conclusiones definitivas planteando cuestiones fácticas y jurídicas a las partes.

condicionador del veredicto y la sentencia. Sin embargo, todavía cabe hacer algunas matizaciones.

A continuación de las conclusiones definitivas corresponde someter a decisión del Jurado los hechos de la acusación, los hechos de la defensa y la culpabilidad o inculpabilidad del acusado, así como debe requerírsele, cuando proceda, su criterio sobre la aplicación de los beneficios de la remisión condicional de la pena y la petición de indulto (art. 52 LOTJ). Con este propósito el Magistrado-Presidente debe realizar por escrito una ordenada exposición del objeto del veredicto (escrito objeto del veredicto), a través del planteamiento de una serie de preguntas o proposiciones al Jurado acerca de los hechos y la culpabilidad, tanto como de los posibles beneficios de remisión condicional o petición de indulto.

Respecto de los hechos, estos se someterán al Jurado ordenados en párrafos separados y numerados, y diferenciando y separando los favorables de los desfavorables al acusado. Se somete al Jurado el hecho principal de la acusación, que consiste en el hecho constitutivo de delito, luego se le someten los hechos alegados por la defensa que el Jurado debe declarar como probados o no probados, y posteriormente debe también extender sus preguntas (proposiciones) diferenciando y separando en párrafos consecutivos, los hechos alegados que puedan ser constitutivos de exención de responsabilidad, como asimismo debe incluir en párrafos separados aquellos hechos que pueden constituir el grado de ejecución, de participación, o modificación de responsabilidad penal (art. 52.1, letra (a), (b) y (c) LOTJ).

En lo tocante a la declaración de culpabilidad, el escrito objeto del veredicto debe precisar el hecho delictivo por el cual el acusado debe ser declarado culpable o no culpable, y si fuesen enjuiciados varios hechos delictivos o varios acusados se deben redactar párrafos separados por cada uno de los hechos o acusados (art. 52.1, letra (d), (e) y (f), LOTJ).

Por último, si procede, debe requerir al Jurado su criterio sobre el beneficio de remisión condicional y sobre la petición de indulto (art. 52.2 LOTJ).

Hasta aquí el escrito objeto del veredicto no hace más que sistematizar y ordenar el objeto del proceso y del debate fijado en conclusiones definitivas. Sin embargo, en el art. 52.1, letra (g), se otorga al Magistrado-Presidente la potestad de añadir ciertos

hechos y calificaciones, siempre que sean favorables al acusado y no impliquen un cambio sustancial del hecho justiciable ni causen indefensión.

Este poder del Magistrado se explica por la razón que dábamos *supra*, en el sentido de constituir un contrapeso al casi total sometimiento posterior al veredicto del Jurado. En efecto, una vez que el Jurado pronuncie su veredicto el Magistrado quedará casi totalmente vinculado al contenido de dicha resolución, quedando impedido en sentencia de introducir consideraciones fáctico-jurídicas distintas de las consignadas en el veredicto. Por tal motivo se le permite que si estima necesario considerar otros hechos o calificaciones jurídicas las introduzca en el escrito objeto del veredicto, sometiéndolas al Jurado.

Pero, aparte del fin compensatorio señalado, consideramos que la potestad en comento tiene una justificación adicional, que dice relación con su naturaleza *favor rei*: esta potestad tal vez se explique como el medio con que cuenta el Magistrado para introducir de oficio aquellos hechos o calificaciones que no fueron introducidos por la defensa por una pura consideración estratégica. Como se sabe, no resulta improbable que un hecho o una calificación *favor rei* como una atenuante o una eximente incompleta no sea introducida por la defensa, pues ésta puede estar interesada en sostener sólo alegaciones exculpatorias, con el propósito de dar mayor consistencia a la presentación de su caso a las consideraciones del Jurado. En esta situación la norma se revela muy útil porque permite la introducción de oficio de estos hechos y calificaciones jurídicas, que tal vez por estrategia jurídica no convenga asumir y alegar a la defensa del acusado. Así, puede constituir un grave error de estrategia que la defensa alegue primero la inexistencia del hecho, después la no participación, y, por último, en subsidio, alegue una eximente incompleta. En un sistema de Jurado suele ser bastante más difícil para la defensa hacer planteamientos subsidiarios o alternativos, ya que ello debilita la credibilidad de sus planteamientos frente al juzgador, el Jurado, cuyos miembros no tienen una formación jurídica ni están acostumbrados a abstraerse de sus prejuicios.

Estas posibles introducciones, de acuerdo a los límites establecidos por la norma, tienen tres características. Primero, no influyen sobre el objeto del proceso, ya que los hechos o calificaciones no pueden suponer un cambio sustancial del hecho justiciable. Por lo tanto, se limitan a ampliar o complementar el objeto del debate, lo que en

cualquier caso conlleva ciertos efectos jurídicos nada despreciables; segundo, deben ser introducciones *favor rei*, con lo cual se impiden las introducciones desfavorables al acusado, y tercero, estas introducciones fácticas y jurídicas no deben causar indefensión al acusador.

Con respecto a la primera característica indicada, se ha dicho por ciertos autores⁸³⁵ que la adición de hechos implica la infracción del principio acusatorio, ya que este principio establece que el objeto del proceso sea determinado exclusivamente por los hechos alegados por las partes. En nuestra opinión no hay tal infracción, por cuanto los hechos que puede apreciar e introducir el Magistrado-Presidente en el objeto del veredicto son aquellos que no suponen una variación sustancial del hecho enjuiciado, con lo cual se ha de entender que el objeto del proceso, a pesar de las adiciones, permanece inmutable, al igual que permanece inmutable en el caso del procedimiento abreviado. El art. 789.3 establece un límite análogo para los poderes de decisión del juzgador, ya que permite que en sentencia se modifique la calificación jurídica basada en una modificación fáctica, siempre que ella no sea sustancial⁸³⁶. Concretamente, esto significa que el Magistrado-Presidente puede introducir hechos a favor del acusado, siempre que no importe la apreciación de un hecho delictivo sustancialmente distinto⁸³⁷.

⁸³⁵ DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio y AGUILERA MORALES, Marien, *Comentarios a la Ley del Jurado*, AAVV (coordinados por De la Oliva Santos), ECERA, Madrid, 1999, pp. 527-528; GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis, *Comentarios a la Ley del Jurado*, AAVV (coordinados por Montero Aroca y Gómez Colomer), Aranzadi, Pamplona, 1999, p. 736, también el mismo autor en *El proceso penal ante el Tribunal del Jurado*, cit., p. 118; PONZ NOMDEDÉU, Eugenio, *Comentarios a la Ley del Jurado*, AAVV (coordinados por Montero Aroca y Gómez Colomer), Aranzadi, Pamplona, 1999, p. 757.

⁸³⁶ En consecuencia, si se objeta la potestad del Magistrado-Presidente como contraria al principio acusatorio, habría que concluir, con la misma lógica, que el art. 789.3 LECrim también infringe el mismo principio, porque habría modificación del objeto del proceso, cuando se le permite al Juez dictar sentencia por un delito distinto del de la acusación, basado en un hecho distinto, aunque no sustancialmente diverso.

⁸³⁷ A lo largo de este trabajo hemos sostenido que conforme a la actual configuración de los distintos procesos penales en España, como de su interpretación jurisprudencial, no cabe duda que el juzgador puede introducir modificaciones fácticas a la acusación e incluso introducir hechos (no sustanciales) de oficio. Así acontece en la práctica con el uso de la tesis del art. 733. Además, ello se encuentra reconocido expresamente en el art. 789.3, que dice que no se puede condenar por un **hecho sustancialmente diverso**, con lo cual se está sancionando directamente la posibilidad de recoger en sentencia un hecho parcialmente diverso, siempre que no lo sea sustancialmente. Obviamente, la

Con respecto a la segunda y tercera característica anotada, cabe indicar que al establecer un límite a la introducción de los hechos consistente en que estos sean *favor rei* y que no provoquen indefensión al acusador —art. 52 letra (g)—, plantea la duda de cómo conjugar la aplicación de la norma que autoriza la incorporación de hechos y el límite que impone, ya que lo más lógico es que toda (o casi toda) incorporación de un hecho con repercusiones jurídicas, implique algún grado de indefensión para la acusación. La solución sería concluir que en todo caso de introducción de hechos habría que asegurar correlativamente el planteamiento de tesis con miras al debate y contradicción a favor de la acusación, a fin de que tenga posibilidad de defenderse adecuadamente de los extremos fácticos *favor rei* añadidos.

No obstante, parte de la doctrina —la misma que estima que hay infracción del principio acusatorio en el poder de añadir hechos *favor rei*⁸³⁸— considera que la solución del planteamiento de tesis constituye una confusión del principio acusatorio con el derecho de defensa. Afirman que si el acusatorio se ha roto con la introducción de hechos y la solución de planteamiento de tesis es una técnica de tutela del derecho de defensa y contradicción, no es el medio adecuado para introducir hechos y constituiría una confusión del principio acusatorio (hechos) con el derecho de defensa y contradicción (calificaciones). Consideran que la norma que limita la incorporación de hechos a su no producción de indefensión, en la práctica limitaría su uso casi a su mínima expresión (a la nada)⁸³⁹, al no poderse evitar la infracción del principio acusatorio con la oportunidad de contradicción.

A nuestro juicio, el sometimiento a contradicción de los nuevos extremos fácticos es necesaria y técnicamente apropiada. En nuestra opinión, el principio acusatorio no se ve involucrado en esta hipótesis, el cual, por lo demás, se ha salvaguardado con el cumplimiento del primer límite: el mantenimiento del hecho sustancial, que es el verdadero contenido del objeto del proceso, de modo que las incorporaciones fácticas

jurisprudencia ha establecido la limitación de que si esos hechos dan lugar a una agravación punitiva deben ser asumidos por algunas de las partes.

⁸³⁸ DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio y AGUILERA MORALES, Marien, *Comentarios a la Ley del Jurado*, cit., pp. 527-528.

⁸³⁹ DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio y AGUILERA MORALES, Marien, *Comentarios a la Ley del Jurado*, cit., p. 528.

del Magistrado-Presidente, si no tocan al hecho sustancial, sólo pueden afectar a la defensa de la acusación, no al acusatorio. Si esto es así, el único medio para evitar los posibles riesgos de indefensión de la acusación es la contradicción y la posibilidad de alegación y defensa sobre las introducciones o modificaciones fácticas no sustanciales.

Ha de destacarse que en este caso la Ley expresamente se preocupa de la indefensión del acusador —art. 52 letra (g)—, cuestión que en el procedimiento ordinario la jurisprudencia no ha tenido en cuenta por regla general, al negar el derecho de defensa y contradicción a través del planteamiento de tesis en beneficio del derecho de defensa del acusador.

Por último, y tal como hemos indicado, el Magistrado-Presidente puede añadir no sólo hechos en el escrito del objeto del veredicto, sino además calificaciones jurídicas *favor rei*. También en este caso rige la doble limitación. Es decir, las calificaciones jurídicas deben respetar el límite de la intangibilidad de los hechos sustanciales, con lo cual se excluye la modificación del objeto del proceso a raíz de la añadida calificación jurídica. Asimismo, la calificación del Magistrado tampoco puede provocar indefensión, razón por la cual habría que hacer siempre la debida previa notificación de la calificación para que se respeten las posibilidades de defensa y contradicción en los términos del art. 48.2⁸⁴⁰.

A modo de conclusión, tras lo dicho, corresponde afirmar e insistir en que el término de comparación limitador del veredicto y la sentencia son las conclusiones definitivas, pero con los probables contenidos añadidos en el escrito objeto del veredicto por el Magistrado-Presidente, los cuales inciden en la exacta configuración del objeto del debate: lo amplían.

⁸⁴⁰ Así lo ponen de relieve DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio y AGUILERA MORALES, Marien, *Comentarios a la Ley del Jurado*, cit., p. 529.

2. El término de correlación limitado por las conclusiones definitivas (y el escrito objeto del veredicto)

2.1. El veredicto y su deber de correlación con los hechos de las conclusiones definitivas (y el escrito objeto del veredicto). Posibilidad de modificación de hechos por un miembro del Jurado

El veredicto del Jurado, junto a la sentencia del Magistrado-Presidente, forma el otro término de la correlación, aquél que se halla limitado por las conclusiones definitivas (y el escrito objeto del veredicto).

Ha de decidir ciñéndose al contenido de las conclusiones definitivas, pero en los términos que se hallen recogidas y/o ampliadas en el escrito objeto del veredicto.

Su ámbito de decisión son los hechos y la culpabilidad. El reparto de funciones que hace la Ley entre Jurado y Magistrado, le asigna al primero la realización del enjuiciamiento fáctico en el veredicto. Por lo tanto, el deber de correlación del veredicto con las conclusiones definitivas ha de referirse a esta materia.

En primer lugar, el veredicto será el resultado de un proceso de deliberación del jurado que deberá arribar a unas decisiones sobre los hechos, es decir, sobre el hecho delictivo y los demás hechos que sirvan para determinar el grado de ejecución y el tipo de participación en el mismo, o que puedan eximir o modificar la responsabilidad penal. También debe pronunciarse acerca de los hechos alegados por la defensa y que puedan tener un efecto jurídico.

En segundo lugar, el Jurado tiene que llegar mediante previa deliberación a una decisión sobre la culpabilidad, concebida como aquella declaración acerca de la realización o ejecución del hecho típico por el sujeto acusado, de manera que se ha de entender como el establecimiento del aspecto subjetivo del hecho, y, por tanto, dentro del enjuiciamiento fáctico de la causa, y no como la valoración jurídico-penal de culpabilidad en sentido estricto⁸⁴¹⁻⁸⁴².

⁸⁴¹ Vid. GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis, *Comentarios a la Ley del Jurado*, cit., p. 738; MARCO COS, José-Manuel, *Comentarios a la Ley del Jurado*, AAVV (coordinados por Montero Aroca y Gómez Colomer), Aranzadi, Pamplona, 1999, p. 816.

En tercer lugar, debe manifestar su criterio, cuando proceda, acerca de la remisión condicional y la petición de indulto⁸⁴³.

Las decisiones sobre estos extremos se adoptan por los miembros de los Jurados, quienes deliberan sobre las cuestiones sometidas a su veredicto. Las deliberaciones dan lugar a las votaciones, las que se transformarán en decisiones en un sentido negativo o positivo dependiendo de las mayorías resultante de las mismas.

Con respecto a los hechos, estos se someten a votación en el orden y como fueron propuestos en el escrito objeto del veredicto por el Magistrado, sometiéndose a decisión del Jurado cada párrafo de dicho escrito. En síntesis, se le someten al Jurado los hechos de la acusación y los de la defensa, y aquellos eventualmente introducidos por el Magistrado.

La disposición lógica y legal (art. 52.1 y 59.1 LOTJ) en que deben producirse las votaciones señala que la primera votación sea siempre la del hecho principal de la acusación: el hecho delictivo⁸⁴⁴. Si se obtiene la mayoría legal para darlo por probado, se deberá pasar a votar una probable alegación de la defensa (o del Magistrado) sobre la concurrencia de una causal eximente, y sólo si se excluye la concurrencia de una causal eximente por la falta de la mayoría legal, se debe pasar a los otros hechos que tienen que ver con la ejecución, la participación o la modificación de la responsabilidad penal.

Ahora bien, tanto los unos como los otros requieren de determinadas mayorías para ser dados por probados —siete votos para los desfavorables al acusado y cinco para los favorables, art. 59.1 LOTJ—. Obsérvese que la mayoría de siete votos para los hechos

⁸⁴² A nuestro juicio, la valoración jurídico-penal de culpabilidad no la puede realizar el Jurado (aunque quisiera), pues carece de la formación para realizarla. Esto siempre será una cuestión entregada al Magistrado, ya que supone complejos problemas jurídicos.

⁸⁴³ Todas estas cuestiones se le someten al Jurado mediante el escrito objeto del veredicto.

⁸⁴⁴ Se debe advertir que cuando el Jurado se pronuncia sobre el hecho delictivo, también está decidiendo sobre los relatos fácticos que alegue la defensa y que sean incompatibles. Con esto se quiere significar que no sólo decide sobre el hecho de la acusación, sino también sobre los hechos alegados por la defensa como relatos alternativos al hecho delictivo.

desfavorables y de 5 votos para los favorables, importa que su no obtención produzca la declaración de no probado del hecho respectivo⁸⁴⁵.

Tras las votaciones acerca de los hechos viene la votación sobre la culpabilidad o inculpabilidad del acusado⁸⁴⁶.

La mayoría exigida por la Ley es de 7 votos para dar por probada la culpabilidad y de 5 para establecer la inculpabilidad. Esta regulación es diversa a la de los hechos: estos requieren de una mayoría de 7 y 5 votos para dar por probados los hechos desfavorables o favorables al acusado, respectivamente, pero si no se obtienen se ha de declarar el hecho como no probado, mientras que en el pronunciamiento sobre la culpabilidad-inculpabilidad no sólo se requiere de una mayoría específica para su declaración, sino que también para declarar la inculpabilidad (se requiere de 5 votos), con lo cual no basta con que la tesis de la culpabilidad no obtenga los 7 votos, sino que a la par se requiere como mínimo de 5 votos por la tesis de la inculpabilidad (art. 60.2 LOTJ). En suma, podrían presentarse votaciones del jurado (nueve miembros) que no dieran el establecimiento ni de una ni de otra tesis, cuando 5 jurados votaran por la culpabilidad y 4 por la inculpabilidad, o 6 por la culpabilidad y 3 por la inculpabilidad⁸⁴⁷, situación en la cual deberá proseguirse con las deliberaciones hasta que algún miembro del Jurado cambie su voto en una segunda votación. En caso de persistir el problema de mayorías insuficientes habría que aplicar la regla general de *pro reo* contenida en al art. 54.3 LOTJ, debiendo el Jurado decantarse por la

⁸⁴⁵ Vid. PONZ NOMDEDÉU, Eugenio, *Comentarios a la Ley del Jurado, cit.*, pp. 785-786.

⁸⁴⁶ Corresponde aclarar que en este caso se usa la expresión culpabilidad en un sentido no jurídico, ya que técnicamente la voz culpabilidad dice relación con una valoración jurídica de aplicación de normas penales referidas a la concurrencia de todos los elementos que permiten hacer el juicio de reproche, mientras que aquí se usa en el sentido fáctico de declarar si el jurado estima o desestima que el acusado ha ejecutado los hechos típicos. Vid. en este mismo sentido a GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis, *Comentarios a la Ley del Jurado, cit.*, p. 738; MARCO COS, José-Manuel, *Comentarios a la Ley del Jurado, cit.*, p. 816. A nuestro juicio, el carácter no técnico de la declaración de culpabilidad produce un efecto muy importante en la relación de la sentencia con el veredicto, pues, como se verá más adelante, el veredicto de culpabilidad, si sólo es la afirmación de participación en la ejecución del hecho punible, y no se refiere al juicio de reproche penal como consecuencia de la concurrencia de todos los elementos jurídicos que así lo permiten, podría suceder que, a pesar de haber una declaración de culpabilidad, se dicte una sentencia de absolución fundada en valoraciones jurídico-penales que haga el Magistrado-Presidente en la sentencia.

⁸⁴⁷ Vid. PONZ NOMDEDÉU, Eugenio, *Comentarios a la Ley del Jurado, cit.*, p. 789.

declaración de inculpabilidad, para lo cual tendrían que concordar en un cambio de votos para cumplir con la norma que exige 5 votos por la inculpabilidad⁸⁴⁸.

Hasta aquí las deliberaciones y votaciones se producen sobre unos hechos y una culpabilidad que son exactamente las mismas que las contenidas en el escrito objeto del veredicto, produciéndose una estricta correlación, pues no hay posibilidad de resolver sobre hechos no incluidos en el veredicto. La LOTJ además se encarga de asegurar que así sea, ya que, ante la posibilidad de que el acta de votación se aparte del escrito objeto del veredicto, y dé por probado un hecho sustancialmente distinto o determine una responsabilidad penal más grave, dispone que dicho veredicto (el acta) se tendrá por no puesto, es decir, será anulada aquella resolución y se producirá la devolución del acta al Jurado, con el fin de que se subsane el defecto (art. 63.2 LOTJ).

No obstante, la Ley ha querido flexibilizar esta forma de correlación estricta del Jurado a los hechos que le son sometidos, los cuales en principio son inmodificables en cualquier aspecto por el Jurado. Así, al regular la votación sobre los hechos en el art. 59.2 de la LOTJ, establece que en caso que no se obtenga la mayoría exigida para dar por probado un hecho, cualquier miembro del Jurado puede proponer una nueva redacción del hecho con las precisiones que se estimen pertinentes. Esta facultad está prevista con el fin de salvar el efecto demasiado drástico que conllevaría la estricta correlación ante la no obtención de la mayoría legal para un hecho (de 7 ó 5 votos), al tener que darlo por no probado, cuando en realidad la falta de votos puede deberse a una inadecuada redacción, o no cabal comprensión por una parte del Jurado, o por la ausencia de un complemento fáctico en el relato que lo haga más coherente.

Es evidente que nos hallamos frente a un hecho modificado o por lo menos ante una modificación del relato fáctico. La LOTJ, sin embargo, establece inmediatamente el límite: la nueva redacción del hecho no puede llegar a significar la alteración sustancial

⁸⁴⁸ Seguimos en este punto lo que insinúa GARBERÍ LLOBREGAT, José (con Gimeno Sendra), *Ley Orgánica del Tribunal del Jurado*, Colex, Madrid, 1996, p. 316. En cualquier caso, nos parece incomprensible que se exija una mayoría tan elevada (5 votos de 9) para declarar la inculpabilidad, cuando está claro que es la parte acusadora la que debe probar la acusación más allá de toda duda razonable, de modo que si no se cumple con esta exigencia de prueba y convicción cabría, *sensu contrario*, concluir la declaración de inculpabilidad. Sobre la defensa no pesa la carga de la prueba, ya que su posición está cubierta por la presunción de inocencia.

del hecho ni la agravación de la responsabilidad penal imputada por la acusación, como establece el art. 59.2, párrafo 2º.

Una vez más se vuelve a otorgar a un sujeto procesal que no es parte una facultad para la determinación precisa de los hechos enjuiciados, pero, como hemos dicho, con el límite de que no alcance a constituir una mutación del objeto del proceso ni agravación de la responsabilidad penal, de manera que la nueva redacción del hecho y las precisiones fácticas no sean otra cosa que complementaciones a efectos de hacer más coherente y completo el relato fáctico o modificaciones accesorias del hecho. Además, la modificación propuesta por el miembro del Jurado no puede suponer dejar de someter a votación la parte del hecho redactada por el Magistrado-Presidente, con lo cual se asegura que la modificación del jurado no tenga un efecto derogatorio del escrito objeto del veredicto, sino puramente complementario o aditivo (art. 59.2 párrafo 2º LOTJ)⁸⁴⁹. Si esto es así, nuevamente se ha de concluir que con esta disposición no resulta lesionado el principio acusatorio por no verse sustancialmente modificado el hecho justiciable⁸⁵⁰. No obstante, dicha inclusión fáctica sí que afecta al derecho de defensa por las eventuales consecuencias jurídicas que ello pueda tener para la parte perjudicada con la nueva redacción del hecho (probablemente el acusador, ya que la modificación no puede ser agravatoria). Sin embargo, no queda claro —en realidad la LOTJ no prevé ninguna solución— cómo se pretende tutelar la posible causación de indefensión con la incorporación de una nueva redacción de hechos, con los eventuales ajustes o complementaciones fácticas, cuando ya no hay momento procesal alguno que permita articular debate y contradicción sobre esto⁸⁵¹.

⁸⁴⁹ Vid. PONZ NOMDEDÉU, Eugenio, *Comentarios a la Ley del Jurado*, cit., p. 787.

⁸⁵⁰ Sin embargo, hay opiniones que sostienen que esta potestad de los miembros del Jurado sería inquisitiva y, por lo tanto, contraria a la vigencia del principio acusatorio. Sostienen esta posición GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis, *Comentarios a la Ley del Jurado*, cit., p. 735, y PONZ NOMDEDÉU, Eugenio, *Comentarios a la Ley del Jurado*, cit., pp. 786-787. Este último autor además agrega que la potestad de los miembros del Jurado de introducir modificaciones a los hechos objeto de veredicto, constituye una incongruencia con el sistema del jurado puro que se ha recogido en la Ley española, ya que en «este sistema el Juez lego nunca puede prescindir de las preguntas del Juez técnico, transformarlas, ampliarlas o sustituirlas», p. 786.

⁸⁵¹ Vid. DÍAZ CABIALE, José Antonio, «Prueba, deliberación, veredicto y sentencia», en AAVV, *Comentarios sistemáticos a la Ley del Jurado y a la reforma de la prisión preventiva*, Comares, Granada, 1996, pp. 325-327.

En fin, el poder que tienen los miembros del Jurado para proponer modificaciones a los hechos no se extiende a la culpabilidad, de modo que no se pueden proponer cambios sobre la forma en que se ha propuesto la culpabilidad una vez que se han votado los hechos. Con todo, la declaración de culpabilidad se puede ver modificada a través de la modificación del hecho en el momento en que se votan los mismos, ya que esa modificación se puede referir al hecho principal de la acusación, con lo cual la declaración de culpabilidad lo será respecto de un hecho modificado, y por tanto será una culpabilidad parcialmente modificada.

2.2. *La sentencia, la otra parte del juicio jurisdiccional y su vinculación con el veredicto*

El último referente para la determinación de la correlación es la sentencia. La sentencia del Magistrado-Presidente está sometida en su contenido, en parte importante, a lo establecido en el veredicto (acta de votación)⁸⁵², según se dispone en el art. 4 y 70.1 de la LOTJ, que ordenan que la sentencia deba recoger el veredicto del Jurado. En consecuencia, la sentencia debe incluir los hechos declarados probados y los declarados no probados, tanto como la declaración de culpabilidad o de inculpabilidad del imputado, que son los contenidos fundamentales del veredicto. La correlación, como se ve, es mediata o indirecta, ya que la sentencia recoge el contenido del veredicto, y el veredicto, a su turno, debe ser correlativo en cuanto a los hechos con el escrito objeto del veredicto, y éste con las conclusiones definitivas. En otras palabras, la correlación se manifiesta en una concatenación de actos de pretensión y de resoluciones jurisdiccionales.

Con todo, la vinculación de la sentencia al veredicto se va a plantear fundamentalmente respecto del juicio fáctico y del juicio de culpabilidad, mientras que en lo tocante a la calificación jurídica, el reparto de funciones dispone que ello sea tarea del Magistrado-Presidente, de modo que éste hará el enjuiciamiento jurídico del caso en la sentencia, sin quedar vinculado al veredicto (que no se pronuncia sobre

⁸⁵² Obsérvese que el veredicto se expresa en el acta de votación que es donde consta cada una de las decisiones del Jurado sobre las cuestiones que se le someten (art. 61 LOTJ). *Vid.* MARCO COS, José-Manuel, *Comentarios a la Ley del Jurado*, cit., p. 816.

esto). En esta parte el «deber de correlación» se produce directamente entre las conclusiones definitivas (y el escrito objeto del veredicto) y la sentencia.

En suma, respecto del enjuiciamiento fáctico y de culpabilidad es el veredicto el que debe guardar correlación con las conclusiones definitivas; la sentencia en esta parte viene vinculada al veredicto. Por el contrario, en lo tocante al enjuiciamiento jurídico es la sentencia la que directamente debe guardar correlación con las conclusiones definitivas.

2.2.1. (Continuación) La calificación jurídica en la sentencia y el deber de correlación con las conclusiones definitivas. Problemas

Respecto a la calificación jurídica del hecho punible y de los demás elementos fácticos que puedan tener relevancia penal se debe hacer un detenido análisis, pues aquí se presentan delicadas cuestiones que no están claramente definidas en la Ley, como tampoco en la jurisprudencia y en la doctrina.

En cuanto a la calificación jurídica del hecho delictivo (*nomen iuris*), con la redacción inicial de la LOTJ se manifestaba que el Legislador quería establecer un sistema en que el veredicto penetrara en las cuestiones jurídicas del juicio. Así, el veredicto del Jurado entraba en lo jurídico, conforme lo disponían el art. 52.1 letra (d) y (g) LOTJ con relación a los arts. 60.1 y 61.1 letra (c). El veredicto no sólo hacía la declaración de hechos (probados y no probados) y la declaración sobre la culpabilidad o inculpabilidad, sino que se le exigía un pronunciamiento sobre el tipo de delito que configuraban dichos hechos, pues se referían explícitamente a que debían declarar la culpabilidad sobre «delitos», debiendo elegir de entre las calificaciones realizadas por la acusación (y por la defensa y el Magistrado, eventualmente), de modo que debía especificar el o los delitos por los cuales debía ser declarado culpable o no culpable el acusado. En otras palabras, el veredicto del Jurado determinaba la calificación jurídica del hecho, la cual en todo caso debía ser alguna de las planteadas por la acusación y eventualmente las que añadía el Magistrado-Presidente o la defensa en favor del acusado, todas contenidas en el escrito objeto del veredicto.

La calificación del hecho delictivo del Jurado era vinculante para el Magistrado-Presidente, como lo dejaba claramente establecido el mismo art. 70.1 LOTJ, que decía

(y dice) que «El Magistrado-Presidente procederá a dictar sentencia en la forma ordenada en el art. 248.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, incluyendo, como hechos probados y delito objeto de la condena o la absolución, el contenido correspondiente del veredicto».

La Exposición de Motivos en perfecta sintonía con aquellas disposiciones de la LOTJ establecía (y establece) que el Magistrado se hallaba vinculado por el veredicto, «en la recepción que de éste [el veredicto] ha de hacerse en la sentencia y en el sentido absolutorio o condenatorio del fallo». Y añadía explícitamente que el Magistrado se hallaba «vinculado también por el título jurídico de la condena», quedando en manos del Magistrado, sólo la calificación accesoria necesaria para determinar el grado de ejecución y forma de participación del condenado, y la procedencia o no de las circunstancias modificativas de la responsabilidad y, en consecuencia, la concreción de la pena aplicable.

La Exposición de Motivos intentaba fundar esta opción del legislador en dos razones. En primer lugar, argumentaba que la consideración del hecho no debe ser únicamente desde un punto de vista naturalista, sino normativa, lo cual supondría la consideración de las consecuencias jurídicas que emanan de su «proteica accidentalidad»⁸⁵³, debiendo precisarse el delito que constituye el hecho que se declara probado⁸⁵⁴. En segundo lugar, se argumentaba la necesidad de evitar el defecto de la deficiente articulación de los hechos declarados probados en el veredicto con la

⁸⁵³ Expresión de la Exposición de Motivos, que nos resulta un tanto contradictoria por los términos usados.

⁸⁵⁴ Al respecto la Exposición de Motivos señala: «Entendió Alonso Martínez que extender la competencia al *nomen juris* del delito era manifestación de la confusión entre el hecho y el derecho y, aún más, suponía la invasión por el Jurado de facultades del legislador. Ni esto último parece fácilmente compatible, ni la escisión de lo histórico y lo normativo en el enjuiciamiento es fácil. Por otro lado, ha sido constante el reproche por la ausencia de motivación hacia sistemas organizativos del jurado que admiten la emisión de veredictos por sólo ciudadanos».

«A una y otra objeción pretende dar prudente respuesta la Ley. De una parte, porque el hecho no se estima concebible desde una reduccionista perspectiva naturalista, sino, precisa y exclusivamente, en cuanto jurídicamente relevante. Un hecho, en una concreta selección de su proteica accidentalidad, se declara probado sólo en tanto en cuanto jurídicamente constituye un delito».

«Privar al Jurado de la toma en consideración de ese inescindible vínculo entre la configuración del dato histórico y su consecuencia normativa es, por un lado, inútil ya que el debate le habrá advertido de la consecuencia de su decisión sobre la verdad proclamada y no podrá omitir en su decisión la referencia de las consecuencias de su veredicto pretendidamente sólo fáctico».

sentencia que calificaba, como acontecía con la Ley del Jurado antigua, que reservaba las cuestiones jurídicas al Magistrado⁸⁵⁵. Tanto la primera como la segunda afirmación son equivocadas, al menos en el contexto del modelo procesal español.

La primera, que se refería a la necesidad de considerar el hecho desde una perspectiva normativa, no es correcta porque consideraba que la teoría normativa del hecho impone la necesidad de especificar un delito determinado, cuando en realidad la teoría normativa (en el concepto español) si bien exige una valoración jurídica del hecho, no requiere una precisión específica del delito. Tanto es así que, por ejemplo, desde una correcta perspectiva normativa el hecho punible es sustancialmente el mismo en el delito de homicidio simple y en el de asesinato, o en el de lesiones graves y homicidio tentado. Sostener la necesidad de afirmar un delito determinado como forma de valorar normativamente el hecho constituye una confusión de lo fáctico con lo jurídico, y en la práctica por esta vía se entrega casi totalmente la subsunción jurídico-penal al juzgador lego⁸⁵⁶, lo cual es inaceptable desde un punto de vista técnico.

En cuanto a la segunda argumentación acerca de la necesidad de evitar problemas de articulación de las cuestiones fácticas con las jurídicas, que se producían con la antigua Ley de Jurado que separaba las cuestiones fácticas, sometidas al Jurado, de las jurídicas, conferidas al Magistrado, se ha de contestar que el modo de solución que propiciaba inicialmente la LOTJ y su Exposición de Motivos en lugar de ser un remedio a la falta de articulación podía convertirse en una fuente de mayores incorrecciones de esta misma naturaleza, puesto que era muy probable que un tribunal lego diera por probados unos hechos que no se adecuaran al tipo que consideraba concurrente, a causa de la falta de formación jurídica de los miembros del Jurado. De

⁸⁵⁵ Con respecto a este punto la Exposición de Motivos señalaba (y señala): «Pero, además, con tal escisión se reproduciría una de las causas de mayor reproche al Tribunal del Jurado en nuestra experiencia. La difícil articulación de las cuestiones, con exclusión de los proscriptos aspectos de técnica jurídica, produjo constante debates sobre la corrección de los veredictos y sentencias».

⁸⁵⁶ *Vid.* especialmente las agudas críticas de FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, *El Jurado...*, *cit.*, pp. 167-174 y 215-232; también al respecto, GARBERÍ LLOBREGAT, José (con Gimeno Sendra), *Ley Orgánica del Tribunal del Jurado...*, *cit.*, pp. 290-291; PONZ NOMDEDÉU, Eugenio, *Comentarios a la Ley del Jurado*, *cit.*, pp. 755-757.

esto hemos hallado dos ejemplos, que no se pueden juzgar sino de clamorosos errores⁸⁵⁷.

Parte de la doctrina⁸⁵⁸ puso en evidencia que este deber del Jurado de pronunciarse sobre la calificación jurídica rompía con el dogma de que en el sistema de jurado puro (como el que se estableció en España) el reparto o distribución de funciones entre Jurado y Magistrado, deja la calificación jurídica reservada al Magistrado, como lógica consecuencia de que el Jurado compuesto por legos no tiene necesidad de poseer ningún conocimiento jurídico que le habilite para valorar adecuadamente cuestiones jurídicas, de modo que parece un tanto excéntrica la decisión de otorgar tan delicada labor al Jurado⁸⁵⁹.

⁸⁵⁷ Efectivamente, hay dos sentencias que se refieren a manifiestos errores jurídicos del Jurado con relación a la calificación jurídica de los hechos que él mismo había declarado probado. El primer caso es el que se explica en la STS de 26 de julio de 2000, Sala de lo Penal, ponente Conde-Pumpido Tourón (BDA, m. RJ 2000\7921), que se ve en la obligación de tener que casar una sentencia de un Magistrado-Presidente (Audiencia Provincial de Tarragona) que condenaba conforme al veredicto del Jurado que calificaba de homicidio por «imprudencia» una muerte producida por el condenado que le propinó a la víctima a lo menos seis cuchilladas en órganos vitales con un cuchillo que tenía una hoja de más de 40 centímetros de longitud, además de propinarle un fuerte golpe en la cabeza que le hundió el parietal (art. 142 CP, homicidio imprudente, art. 138 CP, homicidio doloso).

Como se ve, la interpretación jurídica que hizo el jurado del concepto «imprudencia» y del concepto «dolo» no resiste análisis. ¿Cómo un Jurado puede llegar a entender que seis cuchilladas dadas en órganos vitales, y además de un fortísimo golpe en la cabeza (le hundió el parietal), puede constituir sólo «imprudencia», y no dolo? Demás está decir que sólo la ignorancia absoluta sobre lo que es el dolo, y precisamente el dolo eventual, y lo que es la imprudencia, pueden explicar semejante decisión. Es manifiesta la falta de articulación entre los hechos declarados probados y la subsunción que hizo el mismo Jurado, además de grotesca.

El segundo caso (semejante al anterior) se halla tratado en la STSJ de Andalucía de 21 de septiembre de 2001, Sala de lo Civil y de lo Penal, ponente Gavín Ojeda (BDA, m. JUR 2002\47530), que se vio en la necesidad de estimar la apelación del MF y del acusador particular en contra de la sentencia del Magistrado-Presidente (Audiencia Provincial de Cádiz) que recogía la calificación jurídica del veredicto que calificaba de homicidio imprudente una muerte producida por el acusado que le asestó a la víctima una cuchillada en el corazón, nada menos que con un cuchillo de cocina. Se repite la misma historia, y damos por reproducido lo antes dicho.

⁸⁵⁸ Vid. nuevamente las críticas de FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, *El Jurado...*, cit., pp. 215-232; y también de GARBERÍ LLOBREGAT, José (con Gimeno Sendra), *Ley Orgánica del Tribunal del Jurado*, Colex, Madrid, 1996, pp. 290-291, y PONZ NOMDEDÉU, Eugenio, *Comentarios...*, cit., pp. 755-757.

⁸⁵⁹ ARAGONESES MARTÍNEZ, Sara, *Comentarios a la Ley del Jurado*, AAVV (coordinados por De la Oliva Santos), ECERA, Madrid, 1999, pp. 643-644, estimaba posible sostener que no había verdadera vinculación a la calificación delictiva realizada en la acusación, es decir, a las realizadas en

En el mismo año de la promulgación de la LOTJ (en 1995) se dictó la LO 8/1995, de 16 de noviembre, que vino a introducir unas matizaciones al deber del Jurado de pronunciarse sobre la calificación del hecho punible. Esta Ley quiso corregir la distribución de funciones entre Jurado y Magistrado-Presidente que hacía la LOTJ, en los términos que entregaba casi absolutamente la subsunción al Jurado⁸⁶⁰, para lo cual modificó los arts. 60.1 y 61.1 letra (c), que se referían a la necesidad de que el Jurado se pronunciara sobre la culpabilidad o inculpabilidad con relación a delitos precisos, señalando ahora que ese pronunciamiento debía referirse a hechos delictivos (no ya a delitos). Modificación que venía a homogeneizar el contenido de estos artículos con los que tenían el art. 3 y 52.1 letra (d) que señalaban que el veredicto debía pronunciarse sobre la culpabilidad o no culpabilidad respecto a un hecho delictivo, no respecto a un delito. No obstante, no se modificó el párrafo 2º del art. 61.1 letra (c), que sigue aludiendo a delitos, y lo más importante, tampoco se modificó el art. 70.1

las conclusiones definitivas y que se hallaban contenidas en el escrito objeto del veredicto, afirmando que debía ser posible (y necesario) el uso de la tesis para apreciar una calificación distinta. Desde un punto de vista normativo esta interpretación parecía razonable ya que el art. 48.2 LOTJ, que establece la tesis por remisión al art. 788.3 LECrim, no prohíbe su aplicación una vez finalizado el debate del juicio, antes de dictarse sentencia, para debatir una tesis jurídica distinta a la planteada por la acusación. Sin embargo, debe tenerse en cuenta el sentido jurídico que emana de la LOTJ al haber regulado la posibilidad de que el Magistrado-Presidente proponga cuestiones jurídicas en dos momentos procesales anteriores. En primer lugar, inmediatamente después de las conclusiones definitivas, según se establece en el art. 48.2 LOTJ (que se remite al art. 788.3), en el sentido de proponer a las partes calificaciones que podrían ser agravatorias o favorables al acusado. Y en segundo lugar, se debía considerar además que la Ley, con posterioridad, en el escrito objeto del veredicto, consiente una nueva oportunidad para que el Magistrado añada de oficio calificaciones diversas a las planteadas por las partes —art. 52 letra (g)—, aunque en este caso limitadas a aquellas a favor del acusado.

Esta doble posibilidad de planteamiento de calificaciones que tiene el Magistrado, nos lleva a concluir que los momentos procesales señalados son los adecuados para el planteamiento de cuestiones jurídicas por el sentenciador. Después de estos momentos, una vez dictado el veredicto, no se justifica —ni está prevista por la LOTJ— otra posibilidad de tesis para apartarse del criterio de la acusación o de la defensa sobre la calificación jurídica. En suma, consideramos que no es posible plantear una tesis sobre el hecho punible después del veredicto. Para ello la Ley prevé como momento procesal adecuado el inmediatamente posterior a las conclusiones definitivas, conforme al art. 48.2 (788.3 LECrim), o el que se abre para el Magistrado con ocasión del escrito objeto del veredicto, para hacer una calificación delictiva favorable al acusado, según lo señala el art. 52 letra (g).

También rechazan el uso de la tesis después del veredicto GRANADOS CALERO, Francisco, *El jurado en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pp. 246-248; LORCA NAVARRETE, Antonio María, *El Jurado Español*, Dykinson, Madrid, 1995, pp. 224-226.

⁸⁶⁰ FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, *El Jurado...*, *cit.*, p. 232, llega a decir que el veredicto del Jurado en la LOTJ constituye una degeneración del mismo al convertirse en una «cuasi sentencia».

LOTJ, que regula el contenido de la sentencia, disposición que insiste en que ésta debe recoger el contenido del veredicto, «incluyendo, como hechos probados y delito de condena o absolución, el contenido correspondiente del veredicto».

A pesar de lo ambigua y parcial que resultó ser la corrección legal de la LO 8/1995 de 16 de noviembre, la mayoría de la jurisprudencia⁸⁶¹ la ha interpretado en el sentido de exclusión de la calificación jurídica del veredicto, con el fin de modificar en la práctica el criterio de que el Jurado deba pronunciarse sobre este extremo, señalando que ello es materia que le corresponde al Magistrado-Presidente, conforme a las normas que regulan el reparto de funciones acerca de la conformación de la decisión jurisdiccional. Ha quedado claro en la jurisprudencia que el Jurado en su veredicto no puede pronunciarse sobre calificaciones de delitos, sino que sencillamente debe declarar la culpabilidad-inculpabilidad sobre los hechos de la acusación⁸⁶².

En cuanto a la calificación jurídica de los demás elementos fácticos distintos del hecho punible (título de condena: *nomen iuris*), es decir, aquellos que determinan el grado de ejecución, la forma de participación, o que modifican la responsabilidad penal, o que puedan incluso eximirla, también se debe concluir que caen dentro de la órbita de atribuciones del Magistrado-Presidente, y, por lo tanto, que quedan igualmente excluidas de la valoración del Jurado. El Jurado, eso sí, debe pronunciarse sobre los elementos fácticos que permiten su consideración jurídica, como se deduce del art. 52.1 letra (b) y (c) LOTJ.

La separación de lo que es jurídico y de lo que es fáctico, sobre todo cuando se trata de conceptos jurídicos que hacen referencia directa e inmediata a circunstancias concretas, con un escaso nivel de abstracción, se complica, ya que tienden a confundirse o a fundirse en una misma cosa la valoración del hecho y la valoración jurídica del mismo, como salta a la vista con la mera lectura de las causales de modificación de la responsabilidad penal, o las causales eximentes, por ejemplo. Pero

⁸⁶¹ *Vid.* por todas, las siguientes sentencias: STS de 26 de julio de 2000, Sala de lo Penal, ponente Conde-Pumpido Tourón (BDA, m. RJ 2000\7921); STSJ de la Comunidad Valenciana de 24 de noviembre de 1998, Sala de lo Civil y de lo Penal, ponente Climent Barberá (BDA, m. ARP 1998\5815), y STSJ de Andalucía de 21 de septiembre de 2001, Sala de lo Civil y de lo Penal, ponente Gavín Ojeda (BDA, m. JUR 2002\47530).

⁸⁶² *Ibid. cit. supra.*

no por esta dificultad se debe renunciar a intentar esclarecer los límites de una y otra cosa, sobre todo porque en ello se juega la correcta o incorrecta aplicación de la Ley penal sustantiva. A nuestro juicio, la única forma de superar este problema es estableciendo que el Jurado debe pronunciarse sobre el hecho en términos objetivos, sin decidir sobre el elemento valorativo del cual depende el efecto jurídico que le otorga la norma penal, lo cual no quiere decir que el Jurado deba valorar hechos desde una perspectiva naturalista o no normativa, ya que ellos estarán ordenados y propuestos por la acusación y la defensa de una forma dirigida a producir el efecto jurídico que se alega, es decir, desde una visión jurídica o del efecto jurídico del hecho; lo que pasa es que la declaración del Jurado se debe limitar a dar por probados los elementos fácticos desde un punto de vista objetivo, sin entrar a realizar inducciones jurídicas que determinen los efectos jurídicos de los mismos, lo que debe quedar dentro de la órbita de atribuciones del Magistrado. Por ejemplo, el Jurado debe establecer si el acusado al tiempo del hecho punible padecía o no una anomalía o alteración psíquica, y de qué tipo, y con qué intensidad, pero no puede llegar a decir que eso le impidió o no le impidió comprender la ilicitud del hecho (art. 20.1ª CP), pues de esa valoración depende que se considere eximente o eximente incompleta. No puede tampoco valorar cuando el acusado ha obrado en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo (art. 20.7ª CP), o cuando los hechos constituyen estado de necesidad excusante en los términos del CP (art. 20.5ª CP). Esta inferencia que determina la calificación jurídica del elemento fáctico es una cuestión que debe ser decidida en la sentencia, no en el veredicto.

En otras palabras, sostenemos que la inferencia jurídica⁸⁶³ de los efectos penales alegados por las partes, y derivados de los hechos declarados probados por el Jurado

⁸⁶³ Obsérvese que esta posición calza perfectamente con la tesis jurisprudencial de que en casación son susceptibles de ser controladas las inferencias fáctico-jurídicas del juez de la instancia, a través de la vía del art. 849.1 LECrim, ya que ello no sería una cuestión de hecho en sentido estricto, sino más bien vinculada a la valoración jurídico-penal, de modo que serían susceptibles de ser controladas por el juez *ad quem*. En este sentido también es muy clarificadora la explicación que ofrece LARENZ, Karl, *Metodología de la ciencia del Derecho*, cit., pp. 301-307.

Es larga la lista de sentencias que sostienen este criterio expresamente. Sólo a efectos ilustrativos, con respecto al Jurado citamos la STS de 26 de julio de 2000, Sala de lo Penal, ponente Conde-Pumpido Tourón (BDA, m. RJ 2000\7921), y STSJ de Andalucía de 21 de septiembre de 2001, Sala de lo Civil y de lo Penal, ponente Gavin Ojeda (BDA, m. JUR 2002\47530). Y en términos más generales, STS de 23 de julio de 2001, Sala de lo Penal, ponente Marañón Chávarri (BDA, m. RJ

debieran corresponder al Magistrado-Presidente, si se quiere tener un sistema de Jurado que parta de la base de la aplicación de la Ley penal por un juez letrado, previa fijación de hechos por el Jurado.

Hecha esta aclaración sobre el reparto de funciones entre Jurado y Magistrado, y habiendo establecido que el enjuiciamiento jurídico corresponde al Magistrado en los términos indicados, ahora sí se puede entender correctamente cómo se produce el deber de correlación entre conclusiones definitivas y sentencia en esta materia. En efecto, la aseveración de que la calificación jurídica de los hechos se realiza en sentencia, y no en el veredicto, no quiere decir que en esa función el Magistrado esté libre de ataduras, por el contrario, sus potestades de calificación jurídica deberán estar en correlación con las calificaciones introducidas por las partes en sus conclusiones definitivas. Pero esta correlación ha de ser relativizada, teniendo en cuenta que previamente el mismo Magistrado pudo haber ampliado sus posibilidades de calificación jurídica más allá de las contenidas en conclusiones definitivas, con la introducción de oficio de calificaciones jurídicas *favor rei* en el escrito objeto del veredicto. En consecuencia, en sentencia el Magistrado habrá de hacer la calificación jurídica de los hechos del veredicto, debiendo optar por las calificaciones propuestas por el acusador o por la defensa o, eventualmente, por él mismo, en el escrito objeto del veredicto.

Cabe aclarar que ya en este momento el Magistrado no puede desvincularse y ampliar nuevamente sus posibilidades de calificación jurídica, mediante una postrera y nueva formulación de tesis⁸⁶⁴, aunque hay algún autor que sí lo considera posible⁸⁶⁵. Estimamos que una posibilidad de tesis en este momento sería contrariar el sentido de la LOTJ, que ha regulado dos momentos procesales previos para que el Magistrado intervenga en la modulación del objeto de enjuiciamiento, tanto a través de la tesis (art. 48.2 LOTJ) como de la introducción de oficio de hechos y calificaciones jurídicas en el objeto del veredicto (art. 52.1, letra (g) LOTJ), motivo por el cual nos parecería un

2001\9009), y STC de 3 de abril de 2002, Sala Primera, ponente Garrido Falla (BDA, m. RTC 2002\70).

⁸⁶⁴ De esta misma opinión GRANADOS CALERO, Francisco, *El jurado en España, cit.*, pp. 246-248; LORCA NAVARRETE, Antonio María, *El Jurado Español, cit.*, pp. 224-226.

⁸⁶⁵ ARAGONESES MARTÍNEZ, Sara, *Comentarios a la Ley del Jurado, cit.*, pp. 643-644.

exceso dar una tercera posibilidad, que incluso supondría la desvinculación de sus propias previas formulaciones.

2.2.2. La fijación de pena concreta en la sentencia: principio de legalidad penal y la potestad judicial de individualización de la pena

La fijación de la pena concreta se realiza en sentencia. En esa labor el Magistrado-Presidente conserva intactas sus potestades individualizadoras de la pena, sometiéndose únicamente al principio de legalidad (art. 66.1 CP)⁸⁶⁶. La sentencia regulará la fijación de la pena dentro de los márgenes legales previstos para la calificación jurídica que acaba acogiendo en la misma sentencia.

La LOTJ, sin embargo, establece el derecho de las partes a debatir sobre la pena (y las medidas de seguridad y remisión condicional)⁸⁶⁷, respecto de su precisa extensión, antes de que el Magistrado-Presidente adopte la decisión en la sentencia. De esta manera, la Ley (art. 68 LOTJ) dispone que, tras la lectura del veredicto, el MF y las demás partes presenten informe (informes de las partes) acerca de la pena. Estos informes buscan convencer al Magistrado⁸⁶⁸ de que aplique una determinada pena, o que adopte una decisión determinada sobre las medidas de seguridad o la remisión condicional.

Las partes en estos informes deberán partir de la base de la declaración de culpabilidad por hechos precisos, de modo que sus alegaciones no podrán ser realizadas sobre otra base fáctica, dando lugar a alegaciones incompatibles con dicha

⁸⁶⁶ Vid. ARAGONESES MARTÍNEZ, Sara, *Comentarios a la Ley del Jurado, cit.*, p. 642.

⁸⁶⁷ En efecto, la LOTJ no reconoce el trámite del informe sobre el indulto. La razón es que en el indulto, a diferencia de lo que acontece en la remisión condicional, no se ha de debatir sobre los presupuestos legales de su otorgamiento o denegación, puesto que su otorgamiento no depende del criterio del Magistrado, sino del Gobierno, de modo que sería inútil un debate ante el Magistrado que no puede decidir, sino que sólo se limita a solicitar el indulto si el Jurado ha manifestado su criterio favorable. Vid. en este mismo sentido a MARCO COS, José-Manuel, *Comentarios a la Ley del Jurado, cit.*, p. 823.

⁸⁶⁸ El Jurado no se puede pronunciar sobre estas cuestiones, sus facultades de pronunciamiento se han agotado con el veredicto; el Jurado ha cesado como tal, y sólo puede presenciar los informes tras el veredicto en calidad de público. Incluso se afirma que no tienen el deber de permanecer en la sala y presenciar los informes. Vid. MARCO COS, José-Manuel, *Comentarios a la Ley del Jurado, cit.*, pp. 820-821.

declaración, aunque antes la hayan podido realizar —en las calificaciones provisionales o conclusiones definitivas—, cuestión especialmente aplicable a la defensa. En efecto, la defensa deberá informar con el fin de obtener la pena más baja posible o pedir la remisión condicional, si ella es procedente, pero no puede (no debe) informar sobre la base de sus alegaciones fácticas y jurídicas que han sido desestimadas en el veredicto. También la acusación debe realizar su informe con base en la declaración de culpabilidad sobre el o los hechos típicos señalados en el veredicto y no sobre otros, de modo que sus alegaciones sobre la pena (o las medidas de seguridad o sobre la remisión condicional) deberán ser concordantes con el veredicto y no con posibles alegaciones realizadas en calificaciones provisionales o conclusiones definitivas⁸⁶⁹.

2.2.3. Forma en que se integra la resolución jurisdiccional definitiva

A. *Veredicto de culpabilidad y sentencia condenatoria*

La LOTJ da a entender que si el veredicto es de culpabilidad (en el sentido no técnico) el Magistrado debe dictar sentencia de condena (art. 68 LOTJ). Ello es lo que debiera acontecer en la generalidad de los casos.

Sin embargo, la declaración de culpabilidad del Jurado, como lo ha puesto de relieve la doctrina⁸⁷⁰, no es de carácter técnico. Técnicamente, el concepto de culpabilidad dice relación con una valoración jurídica de aplicación de normas penales referidas a la concurrencia de todos los elementos que permiten hacer el juicio de reproche (que es una cuestión técnico-penal), mientras que aquí se usa en el sentido fáctico de declarar si el jurado estima o desestima que el acusado ha ejecutado los hechos típicos⁸⁷¹⁻⁸⁷², y no sobre el aspecto jurídico-penal de esto mismo, por lo tanto,

⁸⁶⁹ Vid. MARCO COS, José-Manuel, *Comentarios a la Ley del Jurado*, cit., pp. 819-820.

⁸⁷⁰ Vid. GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis, *Comentarios a la Ley del Jurado*, cit., p. 738; MARCO COS, José-Manuel, *Comentarios a la Ley del Jurado*, cit., p. 816.

⁸⁷¹ Vid. en este mismo sentido a GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis, *Comentarios a la Ley del Jurado*, cit., p. 738; MARCO COS, José-Manuel, *Comentarios a la Ley del Jurado*, cit., p. 816.

cabría plantearse la posibilidad de una declaración de culpabilidad del Jurado que no diera lugar a una consecuente condena, sino a una absolutoria. Así, por ejemplo, cuando el juez estimara la ausencia de culpabilidad (en el sentido técnico-penal) del acusado por concurrencia de alguna causal de justificación, o por ausencia de responsabilidad penal, aún respetando la declaración del Jurado sobre la realización del hecho típico por el acusado⁸⁷³. Esta hipótesis podría presentarse en el caso que el Jurado estime la participación del acusado y al mismo tiempo considere probado un hecho alegado por la defensa como eximente, pero que el Jurado, pese a declarar probado, estime que no produce el efecto eximente e insista en declarar la culpabilidad del acusado, porque le resta eficacia jurídica al hecho para producir el efecto alegado por la defensa. ¿Qué ocurre en dicha situación? En nuestra opinión, si el Magistrado discrepa del Jurado y considera concurrente la eximente basada en el mismo hecho declarado probado en el veredicto, puede absolver, aún existiendo veredicto de culpabilidad.

Con todo, y como hemos dicho, en la generalidad de los casos el veredicto de condena dará lugar a una sentencia condenatoria.

B. Veredicto de inculpabilidad y sentencia absolutoria

Si el veredicto es de inculpabilidad la sentencia necesariamente ha de ser absolutoria (art. 61 LOTJ).

El veredicto de inculpabilidad se puede basar en que el Jurado ha considerado no probado el hecho punible, o aun estando acreditado, considera que no se ha probado la ejecución del mismo por el acusado. En los casos de falta de prueba del hecho o de la participación, el Magistrado-Presidente se encuentra vinculado al veredicto, siendo imposible otro resultado jurídico penal que no sea la absolución del acusado. Corresponde preguntarse ahora si el Jurado puede valorar y estimar una causal eximente a efectos de declarar la no culpabilidad. Si llegamos a aceptar que se pueda valorar por el Jurado la concurrencia de ellas, habría que concluir, en todo caso, que

⁸⁷² En este sentido GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis, *Comentarios a la Ley del Jurado*, cit., p. 738; MARCO COS, José-Manuel, *Comentarios a la Ley del Jurado*, cit., p. 816.

⁸⁷³ *Ibid. cit. supra.*

dichas valoraciones no serían vinculantes para el Magistrado-Presidente, quien teóricamente podría llegar a condenar, al desestimar, por ejemplo, que el acusado haya actuado en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho⁸⁷⁴.

La regla general será (art. 67 LOTJ) que ante la declaración de inculpabilidad en el veredicto el Magistrado-Presidente deba dictar sentencia absolutoria, y la LOTJ añade que la absolución ha de ser en el acto (inmediatamente)⁸⁷⁵, siendo efectivamente así cuando se trata de un veredicto de inculpabilidad del acusado o acusados por todos los hechos imputados.

En caso que se enjuicien a varios acusados —arts. 52.1 letra (e) y (f) y 61.1 letra (c)— el veredicto puede ser de culpabilidad para unos y de inculpabilidad para otros. Pues bien, respecto de los declarados no culpables se debe dictar sentencia absolutoria de inmediato (art. 67 LOTJ).

En cambio, si se enjuician varios hechos atribuidos al mismo acusado (pueden haber otros acusados), y el veredicto establece la inculpabilidad sólo respecto de una parte de ellos (de los hechos), no se debe dictar sentencia inmediatamente absolviendo por éstos, sino que se debe seguir con el enjuiciamiento y dictar una sola sentencia, que será condenatoria por los hechos que se ha declarado la culpabilidad y absolutoria por los demás en que se ha declarado la inculpabilidad del mismo acusado, ya que la sentencia inmediata se prevé sólo para el caso de que la declaración de inculpabilidad se refiera a todas las imputaciones atribuidas a un acusado y no a una parte de ellas (art. 67 LOTJ)⁸⁷⁶.

⁸⁷⁴ Se nos suscitan dudas sobre este extremo. No conozco jurisprudencia que se haya pronunciado sobre esta cuestión, ni tampoco doctrina.

⁸⁷⁵ Esta norma (art. 67 LOTJ) ordena una sentencia absolutoria que se dicta inmediatamente. El art. 70 LOTJ, sin embargo, establece que la sentencia debe dictarse conforme a las normas del art. 248.3 LOPJ, lo que supone la forma escrita, con lo cual coincidimos con MARCO COS, en que el Magistrado no debería dictar sentencia en el acto, ni siquiera sentencia *in voce*, sino que adelantar en el acto el contenido del fallo absolutorio que con posterioridad se debería contener en la sentencia absolutoria con todos los requisitos que ordena el art. 248.3 LOPJ (art. 70.1 LOTJ). Empero, la Ley es clara y ordena dictar sentencia absolutoria inmediatamente después del veredicto de inculpabilidad. MARCO COS, José-Manuel, *Comentarios a la Ley del Jurado*, cit., p. 816.

⁸⁷⁶ *Vid.* en este sentido, MARCO COS, José-Manuel, *Comentarios a la Ley del Jurado*, cit., p. 817.

2.2.4. Vinculación de la sentencia al desistimiento de la acusación

La última cuestión que se debe considerar en torno a la especial regulación del deber de correlación en el juicio ante el Tribunal del Jurado es la posibilidad de «desistimiento» de la acusación (de la petición de condena). La LOTJ dispone que, desde la iniciación del juicio y hasta las conclusiones definitivas, el acusador se puede desistir de la acusación, y establece que dicho acto tiene efecto vinculante para el Magistrado-Presidente (art. 51).

La LOTJ consagra lo que venía siendo una larga línea jurisprudencial sobre el principio acusatorio, la cual establecía que no podía dictarse sentencia de condena sin que existiera en juicio un acusador que sostuviera la acusación, de modo que su retirada o la petición de absolución en juicio por los acusadores imponía al juzgador la necesidad de dictar sentencia absolutoria.

En el juicio por Jurados el desistimiento (retirada) se producirá, normalmente, en el momento de las conclusiones definitivas, una vez producida la prueba. Sin embargo, es perfectamente posible que el desistimiento se presente durante la práctica de la prueba o incluso antes del inicio de la misma, ya que la LOTJ permite que el desistimiento se produzca en «cualquier momento anterior» a las conclusiones definitivas, con lo cual se otorga vigencia normativa expresa a la práctica jurisprudencial de los procesos ordinarios de permitir la retirada de la acusación aun antes del inicio del debate probatorio, y no sólo en conclusiones definitivas, como sería lo estrictamente procedente en los procesos ordinarios⁸⁷⁷⁻⁸⁷⁸.

⁸⁷⁷ Vid. MUERZA ESPARZA, Julio-Javier, *Comentarios a la Ley del Jurado*, AAVV (coordinados por Montero Aroca y Gómez Colomer), Aranzadi, Pamplona, 1999, p. 731.

⁸⁷⁸ Cabe observar que la posibilidad de que el desistimiento se produzca en cualquier momento del juicio, incluso antes de la práctica de la prueba, es un claro síntoma de penetración solapada de la visión cada vez más dispositiva del proceso penal, de disposición del objeto del proceso. Pues, ¿sobre que base se abandona la acusación antes de la práctica de la prueba, si no se ha modificado ningún elemento de juicio en virtud del cual se había resuelto acusar? Se entiende que para el MF, sometido a legalidad penal, ha de haber un nuevo elemento de juicio, sobreviniente, que motive la retirada de la acusación o la petición de absolución, que antes no existía, y que debería provenir de la práctica de la prueba. Entonces, ¿por qué se admite el desistimiento antes, sin modificación de ninguna circunstancia que justique el acto mismo?

Con respecto al efecto del «desistimiento» cabe destacar que no es evitable mediante el uso de la tesis. Como es sabido, varios autores⁸⁷⁹ defienden en el procedimiento ordinario el uso de la tesis como medio para desvincularse de una petición de absolución o retirada de la acusación. Esta posibilidad no nos parece posible para el juicio ante Tribunal del Jurado, esencialmente por la redacción de la norma⁸⁸⁰, ya que está redactada en un tenor imperativo (preceptivo) imponiendo como necesaria e inevitable la disolución del Jurado y el pronunciamiento de sentencia absolutoria, de manera que interpretar que es posible el planteamiento de tesis constituiría una interpretación forzada que llevaría a contrariar la voluntad legal ínsita en el precepto.

Un problema distinto es el de la motivación del desistimiento, consistente en establecer si el acusador debe expresar el motivo fáctico (como puede ser el convencimiento del acusador de la inexistencia del hecho o la falta de prueba incriminatoria) o el motivo jurídico (como la falta de tipicidad, existencia de excusa legal absolutoria, o la existencia de alguna causal de exención de responsabilidad penal)⁸⁸¹, que lo lleva a retirar su «pretensión». La Ley nada dice al respecto, sin embargo, MUERZA ESPARZA⁸⁸² sostiene que en la práctica forense se suele expresar, aunque someramente, los motivos que llevan al acusador a retirar la acusación, siendo en su opinión necesaria. Con todo, el efecto práctico de un supuesto deber de motivar la retirada de la acusación es bastante escaso, ya que no se puede concluir que el juzgador pueda pronunciarse sobre el mérito del motivo invocado, y desestimar la retirada o desistimiento, al menos en el juicio ante el Jurado. Pensamos que tal como está regulado el desistimiento en la LOTJ el acto parece acercarse más a un acto procesal de causación, que a uno de petición, ya que el órgano jurisdiccional no debe enjuiciar el mérito del desistimiento y la pertinencia de ningún motivo. La LOTJ

⁸⁷⁹ Vid. por todos a ORTELLS RAMOS, Manuel, *Derecho Jurisdiccional, III. Proceso penal, cit.*, tercera edición, p. 409.

⁸⁸⁰ Vid. TOMÉ GARCÍA, José Antonio, *Comentarios a la Ley del Jurado*, AAVV (coordinados por De la Oliva Santos), ECERA, Madrid, 1999, p. 500.

⁸⁸¹ Vid. GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis, *El proceso penal...*, cit., p. 113; MUERZA ESPARZA, Julio-Javier, *Comentarios a la Ley del Jurado, cit.*, p. 732.

⁸⁸² Vid. MUERZA ESPARZA, Julio-Javier, *Comentarios a la Ley del Jurado, cit.*, p. 732.

tampoco prevé motivo alguno, ni las consecuencias jurídicas de la falta de motivación del desistimiento⁸⁸³.

MUERZA ESPARZA⁸⁸⁴ considera que la utilidad de la expresión de motivo radica en que de esta manera el acusado puede conocer la razón por la cual se le deja de acusar; al acusado no le sería indiferente «que se le deje de acusar por dudas probatorias o por falta de tipicidad del hecho» por el cual se le venía hasta entonces acusando.

Tal vez la motivación del desistimiento podría tener sentido si el efecto de vinculación del desistimiento quedara condicionado, igual como acontece con su homónimo procesal civil, a la aceptación del acusado. Una posición afirmativa en este sentido implicaría aceptar que el acusado tiene el poder de oponerse al desistimiento según cuál fuere el motivo del desistimiento, evitando la terminación del proceso y provocando la prosecución del juicio.

Podría alegarse la existencia de un interés del acusado en la prosecución del juicio con el fin del establecimiento en el veredicto y en la sentencia de su inocencia⁸⁸⁵. Pero lo cierto es que este supuesto se presenta como bastante teórico e improbable, aunque no imposible, sobre todo desde un punto de vista humano. No obstante, desde un punto de vista jurídico dicho interés sería irrelevante, si se tiene en cuenta la vigencia de la presunción de inocencia, con lo cual la absolución, sea por la razón que fuere el desistimiento, ha de ser considerada equivalente a una declaración de inocencia (con su efecto de cosa juzgada)⁸⁸⁶. Además, desde un punto de vista puramente jurídico, nos

⁸⁸³ Vid. GOLDSCHMIDT, James, *Problemas...*, cit., p. 63, y también en *Teoría general del proceso*, Labor, Barcelona, 1936, pp. 147-152.

⁸⁸⁴ Vid. MUERZA ESPARZA, Julio-Javier, *Comentarios a la Ley del Jurado*, cit., p. 732.

⁸⁸⁵ En estos términos se pronuncia GIMENO SENDRA, Vicente (con Garberí Llobregat), *Ley Orgánica del Tribunal del Jurado...*, cit., p. 278.

⁸⁸⁶ Paradójicamente MUERZA ESPARZA, Julio-Javier, *Comentarios a la Ley del Jurado*, cit., pp. 732-733, está de acuerdo en que el desistimiento penal no es igual al civil, y por tal razón considera que el acusado no se puede oponer al desistimiento. Según el autor el desistimiento penal, a diferencia de su homónimo civil, es una renuncia de la potestad de plantear una pretensión procesal penal, la cual es un acto unilateral que sólo depende de la voluntad del que la posee. El autor apunta como diferencia fundamental entre el desistimiento civil y el denominado desistimiento en el juicio del Jurado, en que el primero no produce efecto de cosa juzgada, pudiendo el demandado ser sujeto de un nuevo juicio, de modo que el demandado tiene interés jurídico directo en la aceptación, mientras que en el

parece improcedente un veredicto y sentencia meramente declarativa en materia penal, ya que en la práctica no habría un verdadero objeto procesal: tendríamos un «veredicto y sentencia sin objeto». Prueba de ello es que opuesto el acusado al desistimiento penal, el veredicto y la sentencia sólo podrían establecer la inocencia, jamás la culpabilidad y condena del acusado, ya que ello quedaría prohibido por la garantía de que no puede haber condena sin acusación, al menos en los términos conforme lo ha venido entendiendo la jurisprudencia española.

Por último, en lo tocante al alcance del efecto vinculante del desistimiento, se debe distinguir entre el desistimiento total y el parcial. Si éste es total, es decir, referido a todos los hechos y acusados, evidentemente el Magistrado debe disolver el Jurado y dictar sentencia absolutoria (art. 51 LOTJ). Pero el desistimiento también se puede referir a parte de los hechos y/o a parte de los acusados, en cuyo caso nos hallaremos frente a un desistimiento parcial, de modo que la vinculación del Magistrado será al contenido parcial del desistimiento, debiendo absolver por los hechos y/o a los acusados incluidos en el desistimiento, y, a la par, proseguir el juicio por los hechos y acusados que no fueron incluidos en el desistimiento. En la práctica, el Magistrado excluye del pliego del veredicto que debe entregar al Jurado los hechos y/o acusados del desistimiento, con lo cual el Jurado se pronuncia sobre aquellos hechos y acusados no incluidos en el desistimiento, y posteriormente el Magistrado dicta una única sentencia que absuelva por los hechos y acusados que fueron excluidos, y que, a la vez, recoja el veredicto del Jurado sobre los demás hechos y acusados⁸⁸⁷.

desistimiento penal el efecto absolutorio produce efecto de cosa juzgada, excluyendo la posibilidad de otro enjuiciamiento, lo cual elimina la posibilidad de plantear un interés del acusado desde este punto de vista.

Esta opinión resulta, a nuestro parecer, contradictoria con la otra que sostiene el mismo autor acerca de la necesidad de fundamentar el desistimiento, lo cual se justificaría en la medida que ello sirviera como motivo para oponerse al mismo, o para que el juez lo controlara de oficio, cuestión que él mismo desestima.

⁸⁸⁷ Vid. MUERZA ESPARZA, Julio-Javier, *Comentarios a la Ley del Jurado*, cit., p. 732.

CAPÍTULO IV

EL RÉGIMEN DE LAS CONFORMIDADES EN EL PROCESO PENAL ESPAÑOL Y EL DEBER DE CORRELACIÓN DE LA SENTENCIA

CONSIDERACIÓN PREVIA

Tratamiento aparte merecen las específicas regulaciones de la conformidad dentro del proceso penal español, en aquello que afecta o toca directamente a la regulación de la correlación.

Conviene partir por aclarar que en las conformidades penales no hay un problema de auténtica correlación de la sentencia con la acusación. Las conformidades constituyen, más propiamente, regímenes de vinculación de la sentencia a la acusación que ha sido objeto de conformidad, siendo en realidad un sistema especial de exclusión o de disminución legal de los poderes jurisdiccionales⁸⁸⁸, sustituidos parcialmente por la voluntad de las partes (y la defensa técnica) o por el acuerdo de voluntades de las mismas, con lo cual la sentencia deja de contener un enjuiciamiento, pasando a ser parcialmente un acta⁸⁸⁹ que recoge la voluntad de las partes procesales. Desaparece

⁸⁸⁸ Vid. CABAÑAS GARCÍA, Juan Carlos, «El proceso penal español ante una perspectiva de justicia penal negociada», en *Revista de Derecho procesal*, 1991, pp. 252-261; MIRA ROS, Corazón, *Régimen actual de la conformidad*, Colex, Madrid, 1998, pp. 486-488. También aunque más ambiguamente, RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás, *El consenso en el proceso penal español*, Bosch, Barcelona, 1997, pp. 180 y ss; AGUILERA MORALES, Marien, *El «principio de consenso»*. *La conformidad en el proceso penal español*, Cedecs, Barcelona, 1998, pp. 99 y ss.; GIMENO SENDRA, Vicente (con Conde-Pumpido Tourón y Garberí Llobregat), *Los procesos penales*, tomo V, Bosch, Barcelona, 2000, pp. 54-55. También SCHÜNEMANN, Bernd, *La reforma del proceso penal*, *cit.*, pp. 10-11 y 99-109.

⁸⁸⁹ Fue ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, *El allanamiento...*, *cit.*, pp. 118-119 y 216 y ss., el primero en sostener que en la conformidad la sentencia es una sentencia-acta, en el sentido que no recoge un enjuiciamiento del juez, sino que el contenido de la sentencia viene determinado por la voluntad del acusado al aceptar la acusación. Vid. también últimamente SCHÜNEMANN, Bernd, *La reforma del proceso penal*, *cit.*, *passim*, en un sentido muy crítico.

Esta teoría parecía superada en un sistema procesal penal con vigencia de la garantía jurisdiccional y de la exclusividad jurisdiccional en la aplicación del Derecho penal. Sin embargo, obsérvese que la tesis vuelve a ser usada últimamente, ahora como argumento para descartar la inconstitucionalidad del art. 801, por la falta de la debida imparcialidad del juzgador (art. 24.2 CE) al ser el mismo juez el que

strictu sensu el enjuiciamiento jurisdiccional, médula de la sentencia, puesto que en las conformidades el juicio fáctico (los hechos) y/o el juicio jurídico (el Derecho) y/o la consecuencia jurídico penal (la pena), vienen parcialmente impuestas por las voluntades del acusado o del acusado y del acusador, separadas o conjuntamente manifestadas.

Los sistemas de conformidades pueden ser más o menos intensos, lo cual determinará el grado de vinculación y los extremos sujetos a vinculación, pero, con independencia de sus modalidades, las conformidades siempre supondrán un grado de limitación de los poderes de enjuiciamiento, favoreciendo el reconocimiento legal de efectos jurídicos a las voluntades de las partes, sea ésta unilateral del acusado (y de la defensa técnica) allanándose a la calificación y petición de pena (art. 655 y 688) o incluso bilateral con el concurso del acusador (art. 784.3, cuando se realiza la conformidad en el mismo escrito de acusación, o en el caso del art. 787.1 cuando lo piden conjuntamente antes de la práctica de la prueba)⁸⁹⁰.

instruye y el que dicta sentencia. El argumento, en nuestra humilde opinión, es deleznable ya que consiste en descartar la falta de imparcialidad del juzgador y, por lo tanto, descartar la infracción del art. 24.2 CE, basándose en que en la conformidad del art. 801 la sentencia de conformidad no constituye un enjuiciamiento del juez, o sea, no hay infracción de la debida imparcialidad porque no hay juicio jurisdiccional, de modo que da igual que el que dicte la sentencia sea el mismo que el que instruye; total la sentencia es una sentencia-acta. No se advierte que si se acepta la certeza de esta afirmación, ello nos debiera llevar a una conclusión todavía peor, consistente en que si bien no hay infracción de la debida imparcialidad, ello se debe a una falta todavía más grave y anterior a la imparcialidad, como la que se refiere a la falta de garantía jurisdiccional y de la exclusividad jurisdiccional en la aplicación del Derecho penal. Es decir, no hay infracción de la imparcialidad porque ni siquiera hay enjuiciamiento jurisdiccional, exigencia de legitimidad de cualquier sanción penal. Lo sorprendente es que esto no se cuestione en absoluto. *Vid.* AGUILERA MORALES, Marien (con Gascón Inchausti), *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: Comentarios a la Ley 38/2002 y a la Ley Orgánica 8/2002, de 24 de octubre*, Civitas, Madrid, 2003, pp. 406-407, quien usa el argumento criticado para descartar la infracción de la imparcialidad: «La sentencia de conformidad no constituye, en efecto, un acto que presuponga la formación de un juicio; antes al contrario: se trata lisa y llanamente, de un acto de homologación de la conformidad manifestada. La sentencia de conformidad es, en definitiva, lo que hace ya años Alcalá-Zamora y Castillo denominó como sentencia-acto, es decir, una sentencia que no constituye expresión de voluntad del juez». p. 407.

Tampoco el legislador escapa a la tentación de utilizar el argumento de que no hay infracción de la imparcialidad porque no hay juicio, sin cuestionarse en lo más mínimo si ello puede infringir todavía con más fuerza las garantías constitucionales de jurisdiccionalidad del Derecho penal. La Exposición de Motivos de la LO 8/2002, solapadamente dice: «Tal ocurre, por ejemplo, respecto de la novedosa posibilidad de que el Juez de Instrucción pueda, en determinados casos, dictar sentencia de conformidad sin entrar a enjuiciar los hechos...».

⁸⁹⁰ *Vid.* GIMENO SENDRA, Vicente, *Derecho Procesal Penal*, cit., segunda edición, pp. 323-331.

I. LA CONFORMIDAD EN EL PROCEDIMIENTO ORDINARIO

La LECrim recoge el instituto de la conformidad⁸⁹¹ estableciendo un solo género de la misma en el procedimiento ordinario, pero con dos regulaciones separadas (aunque complementarias), lo cual da lugar a dos modalidades de conformidad en este procedimiento. De un lado, la prevista en el art. 655, y de otro, la consagrada en los arts. 688 a 700.

En ambas, sin embargo, lo que se regula es una misma cosa; en términos muy generales, las disposiciones citadas establecen el régimen legal del acto unilateral a través del cual el acusado acepta la pretensión procesal penal en los términos expresados en la acusación provisional.

De esta aceptación —acto unilateral— del acusado, sólo trataremos someramente su ámbito de aplicación en el procedimiento ordinario y los presupuestos que impone la Ley para que ella tenga eficacia, centrándonos en los efectos jurídicos que la Ley atribuye al acto de la conformidad cuando se celebra dentro de su ámbito de aplicación y concurren todos los presupuestos legales.

Los efectos jurídicos de la conformidad nos interesan en la medida que se proyectan sobre la resolución jurisdiccional y producen una determinación más o menos importante del contenido de la misma.

Con el fin de comprender adecuadamente el sentido y alcance de estos efectos, interesa también estudiar la matriz de la conformidad (acto unilateral y no transacción penal) y la *ratio legis* que hay detrás de los efectos vinculantes o determinadores de la resolución jurisdiccional, conferidos por la Ley. Además, esto nos permitirá, posteriormente, contrastar estos extremos con la regulación de la conformidad en el

⁸⁹¹ La institución de la conformidad data de mediados del siglo XIX, siendo anterior a la promulgación de la LECrim, la que no hace más que recoger lo que ya había en leyes procesales precedentes. Precisamente, en las reglas 38-49 de la *Ley provisional reformada prescribiendo reglas para la aplicación de las disposiciones del código penal*, de 1848, y que pasa de ahí a la *Ley provisional reformada, de 9 de junio de 1850*, y de ahí, tras algunas modificaciones legales, se recoge en la LECrim de 1882. Vid. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, *El allanamiento...*, cit., pp. 38-50; CABAÑAS GARCÍA, Juan Carlos, «El proceso penal español...», cit., pp. 234-235; DE DIEGO DÍEZ, Luis-Alfredo, *La conformidad del acusado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 22-35; AGUILERA MORALES, Marien, *El «principio de consenso»...*, cit., pp. 59-68.

procedimiento abreviado, en los juicios rápidos y en el juicio por Jurado, que parecieran obedecer a una lógica parcialmente distinta.

1. La eficacia de la conformidad supeditada a determinados presupuestos

Las modalidades de conformidad, tanto la del art. 655 como la de los arts. 688-700 LECrim, se hallan incardinadas en el procedimiento ordinario, de modo que son las que procede aplicar en aquellos procesos que se sustancian en este procedimiento. No obstante, para que ella tenga eficacia se requiere de la concurrencia de varios presupuestos. A continuación nos referiremos a ellos, pero sólo en la medida que puedan tener interés para comprender de manera más precisa nuestro tema, estos es, la vinculación de la sentencia al contenido de la conformidad.

1.1. Ámbito de aplicación

Se puede considerar al ámbito de aplicación establecido por la Ley como un presupuesto general al cual se halla sometida la eficacia de la conformidad. Resulta necesario entonces saber dentro de qué límites puede producirse.

El art. 655 expresa que la conformidad se puede producir en el procedimiento ordinario cuando se trata de acusaciones (calificación provisional) que pidan (pena concreta) una «pena correccional». Dice específicamente que: «Si la pena pedida por las partes acusadoras [en el escrito de calificación provisional] fuese de carácter correccional, al evacuar la representación del procesado el traslado de calificación podrá manifestar su conformidad absoluta con aquella que más gravemente hubiere calificado, si hubiere más de una, y con la pena que se le pida».

La conformidad es aplicable en el procedimiento ordinario cuando la pena pedida en acusación (calificaciones provisionales) sea correccional, es decir, no exceda de esta categoría de pena. Sin embargo, esta clase de pena actualmente no existe en el ordenamiento español. Tradicionalmente se decía que la «pena correccional» a que alude el art. 655 se correspondía con la de «prisión menor» que contemplaba el CP antiguo, comprendiendo penas que iban desde seis meses y un día a seis años. Esto

cambió con el CP de 1995, porque éste Código ya no prevé dentro de su sistema de penas a la «prisión menor», sino que sólo establece a la «prisión» con una duración máxima y otra mínima. La mínima, denominada «menos grave» (art. 33.3 CP), abarca desde los seis meses hasta los tres años de prisión. Pues bien, resulta que la disposición undécima transitoria del CP de 1995 señala que se entenderán sustituidas las penas de «prisión menor» por la de prisión de 6 meses a 3 años, de modo que se ha de concluir⁸⁹² que ésta es la categoría de pena que debe ser aplicada de acuerdo a lo regulado en la disposición transitoria indicada, que contiene la tabla de equivalencia de los sistemas de penas del antiguo CP con el CP de 1995, en los términos indicados.

En consecuencia, a la conformidad del art. 655 y a la de los arts. 688-700 se les aplica la misma norma, con lo cual tendrían su ámbito de aplicación delimitado a aquellas acusaciones que piden en concreto⁸⁹³ una pena de prisión de hasta 3 años (menos grave, art. 33.3 CP)⁸⁹⁴.

⁸⁹² Vid. GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, *Constitución y Proceso penal*, Tecnos, Madrid, 1996, pp. 48-55 y 166-176; MIRA ROS, Corazón, *Régimen...*, cit., pp. 457-458; AGUILERA MORALES, Marien, *El «principio de consenso»...*, cit, pp. 68-70; BUTRÓN BALIÑA, Pedro, *La conformidad del acusado en el procedimiento penal*, Edit. McGraw Hill, Madrid, 1998, pp. 209-210.

⁸⁹³ La pena que delimita el ámbito de aplicación es la pena en concreto pedida, y no la abstracta del delito de la acusación, ya que la norma expresamente se refiere a la «pena pedida».

⁸⁹⁴ Sin embargo, de los límites del ámbito de aplicación se derivaba una duda, consistente en preguntarse si esta conformidad del procedimiento ordinario no había sido derogada por la LO 7/1988, del procedimiento abreviado, debiendo aplicarse siempre las conformidades reguladas en esta Ley. La duda tenía (y tiene) asidero, pues, como se sabe, el art. 757 LECrim dice que el procedimiento abreviado se aplica a todos los delitos castigados con pena privativa de libertad de hasta 9 años. Esta norma hace aplicable el procedimiento abreviado hasta los 9 años, y la conformidades que se produzcan en su seno tienen un límite de hasta 6 años (art. 787.1 LECrim). Por lo tanto, visto el ámbito de aplicación del procedimiento abreviado y de la conformidad producida en su seno, que es mucho más extenso que el de la conformidad del procedimiento ordinario, que tiene como límite una baja penalidad concreta, inicialmente corresponde concluir que todo caso en que sea factible la conformidad quedará subsumido en el procedimiento abreviado, y, por lo tanto, en sus modalidades de conformidad. Vid. ORTELLS RAMOS, Manuel, «El nuevo procedimiento abreviado...», cit., pp. 13-14.

Eso parecía desprenderse de una primera lectura, pero lo cierto es que el juego de las normas indicadas no impide que en un caso específico, por un delito que en virtud de su pena abstracta corresponda enjuiciarlo en el procedimiento ordinario, es decir, cuya pena abstracta sea superior a 9 años de prisión —es la pena abstracta la que determina el tipo de procedimiento—, y, no obstante, por la concurrencia de alguna eximente incompleta, de una atenuante, de un grado de ejecución menor o de un tipo de participación menos grave, se pida una pena concreta de prisión que no supere los 3 años

1.2. *Presupuestos legales específicos*

La Ley establece unos presupuestos⁸⁹⁵ específicos de la conformidad, que son los requisitos que deben concurrir para entender que ella se ha producido válidamente y que produce los efectos legales previstos.

(prisión menos grave) —la pena concreta es la que determina el ámbito de aplicación de la conformidad—, en cuyo caso sería procedente la conformidad del art. 655 (y la de los arts. 688-700).

Cabe concluir, en consecuencia, que desde un punto de vista técnico la conformidad del procedimiento ordinario está vigente y se aplica dentro del ámbito señalado.

Sustenta esta posición DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, «Disponibilidad del objeto...», *cit.*, p. 9867, quien señala, en síntesis, que no hay derogación de las normas indicadas de los arts. 655 y 688, que se refieren a las infracciones penales que merezcan penas correccionales, en razón de que la pena a que aluden es a la pena en concreto y no en abstracto, de modo que es perfectamente posible que por un delito que en abstracto merezca una pena grave y que por dicha razón deba inicialmente sustanciarse dentro del procedimiento ordinario, sin embargo, por la concurrencia de eximentes incompletas y de atenuantes o por relación con delitos conexos menos graves, se llegue a pedir en calificaciones provisionales una pena correccional. En esta misma línea BARONA VILAR, Silvia, *La conformidad en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, p. 251, quien afirma que «no sólo no ha habido derogación de las normas reguladoras de la conformidad en el proceso penal ordinario sino que ésta va a ser posible en el mismo. Partiendo del art. 655 LECRIM, que regula la conformidad en el ordinario, hay que entender que, como quiera que se está haciendo referencia a la pena pedida por las partes acusadoras, que no a la que teóricamente le correspondería al delito en abstracto que, obviamente, es de los que dan lugar al sumario ordinario y, por tanto, superior a prisión menor, hay que entender que la determinación del procedimiento no va a venir por la pena pedida por las partes sino por la que le corresponde al hecho cometido sin tener en cuenta ninguna circunstancia ni grado de comisión del hecho. En consecuencia es posible seguir un ordinario por un hecho delictivo al que le corresponde una pena superior a prisión mayor pero al que las partes acusadoras califican, en atención a las circunstancias y grado de comisión del mismo, como prisión menor».

También así BUTRÓN BALIÑA, Pedro, *La conformidad...*, *cit.*, pp. 209-210.

⁸⁹⁵ Sólo mencionaremos aquellos que tienen relación con la manifestación de voluntad del sujeto pasivo y de su defensor, y con la forma del acto procesal. No nos referiremos a los presupuestos legales del sujeto pasivo, como son la capacidad y la capacidad de postulación, ni a los que se refieren al órgano jurisdiccional, como son la jurisdicción y la competencia y las garantías unidas a ella, pues aparte de que son materias de tratamiento general, rebasa con mucho los límites de nuestra investigación. En todo caso, *vid.* la completa exposición que hace MIRA ROS, Corazón, *Régimen...*, *cit.*, pp. 211 y ss.

Los presupuestos son de diversa naturaleza⁸⁹⁶. Algunos de estos se refieren a la forma y momento en que se ha de manifestar la conformidad, así el art. 655 dispone que la defensa debe manifestar su conformidad en el escrito de calificaciones (provisional), haciendo constar la no necesidad de la continuación del juicio. Además, la misma norma prevé que con posterioridad corresponde al acusado ratificar la conformidad, acto procesal que reviste carácter oral. Como se ve, el acto a través del cual se conforma la defensa resulta ser escrito (el escrito de calificaciones), mientras que el acto por el cual el acusado ratifica la conformidad es de carácter oral y ante el Tribunal.

De distinta manera se expresa la conformidad del art. 688-700 LECrim, pues en ella se manifiesta la conformidad del acusado y del defensor como respuestas orales a las preguntas también orales que le son formuladas por el presidente del Tribunal al inicio de la vista del juicio⁸⁹⁷. El art. 688.2 expresa: «Si la causa que haya de verse fuese por delito para cuyo castigo se pida la imposición de pena correccional, preguntará el Presidente a cada uno de los acusados si se confiesa reo del delito que se le haya imputado en el escrito de calificación».

⁸⁹⁶ La jurisprudencia se ha pronunciado en dos sentencias con bastante claridad acerca de los presupuestos de la conformidad del art. 655 y 688-700 LECrim: STS de 8 de julio de 1987, Sala de lo Penal, ponente Ruiz Vadillo (BDA, m. RJ 1987\5297), y STS de 1 de marzo de 1988, Sala de lo Penal, ponente Vivas Marzal (BDA, m. RJ 1988\1511). En esta última se expresan los presupuestos legales en los siguientes términos: «**PRIMERO:** (...) La referida conformidad, para que surta efectos, ha de ser necesariamente, **absoluta**, es decir, no supeditada a condición, plazo o limitación de clase alguna, **personalísima**, es decir, dimanante de los propios acusado o acusados o ratificada, por ellos, personalmente y no por medio de mandatario, representante o intermediario, **voluntaria**, éstos es, consciente y libre, **formal**, pues debe reunir las solemnidades requeridas por la Ley, las cuales son de estricta observancia e insubsanables, **vinculante**, tanto para el acusado o acusados como para las partes acusadoras, las cuales, una vez formulada: han de pasar necesariamente tanto por la índole de la infracción como por la clase y extensión de la pena mutuamente aceptada, e incluso para las Audiencias, salvo los casos antes expresados, y finalmente, de **doble garantía**, pues se exige inexcusablemente, anuencia de la defensa y subsiguiente ratificación del procesado o procesados -en la hipótesis contemplada en el artículo 655- o confesión del acusado o acusados y aceptación tanto de la pena como de la responsabilidad civil, más la consecutiva manifestación del defensor o defensores de no considerar necesaria la continuación del juicio -artículos 688 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal».

⁸⁹⁷ BARONA VILAR, Silvia, *La conformidad...*, cit., p. 265; BUTRÓN BALIÑA, Pedro, *La conformidad...*, cit., p. 216; AGUILERA MORALES, Marien, *El «principio de consenso»...*, cit., pp. 123-124; CUCARELLA GALIANA, Luis, *La correlación...*, cit., p. 106.

Otros presupuestos atienden a la manifestación de voluntad del sujeto pasivo y de su defensor.

El primer requisito (jurisprudencial) de este tipo es que la voluntad del acusador se manifieste libre y conscientemente, como lo ha puesto de relieve desde hace años la jurisprudencia⁸⁹⁸.

Junto a la voluntad del acusado la Ley exige la concurrencia de la voluntad del defensor en el escrito de defensa (escrito de calificaciones), quien ha de expresar la aceptación de la acusación más grave y la no necesidad de proseguir con el juicio⁸⁹⁹. La exigencia conjunta de la voluntad del acusado como la de su defensor es lo que se denomina la «doble garantía»⁹⁰⁰. Si no concurre la voluntad del defensor la norma dispone que el juicio debe proseguir⁹⁰¹. Y lo mismo debe acontecer si el defensor manifiesta su conformidad⁹⁰², pero el acusado quiere la continuación del juicio (art. 655.1 y 2), aunque bien es verdad que esta hipótesis, desde un punto de vista práctico del buen hacer profesional, no debiera ocurrir jamás, ya que ¿cómo se puede tolerar

⁸⁹⁸ STS de 8 de julio de 1987, Sala de lo Penal, ponente Ruiz Vadillo (BDA, m. RJ 1987\5297), y STS de 1 de marzo de 1988, Sala de lo Penal, ponente Vivas Marzal (BDA, m. RJ 1988\1511).

⁸⁹⁹ Dos sentencias del Tribunal Supremo han puesto de relieve la necesidad de que concurra la voluntad del defensor en la conformidad, junto a la del acusado: STS de 8 de julio de 1987, Sala de lo Penal, ponente Ruiz Vadillo (BDA, m. RJ 1987\5297); STS de 1 de marzo de 1988, Sala de lo Penal, ponente Vivas Marzal (BDA, m. RJ 1988\1511).

⁹⁰⁰ Vid. STS de 1 de marzo de 1988, Sala de lo Penal, ponente Vivas Marzal (BDA, m. RJ 1988\1511); ATS de 17 de junio de 1991, Sala de lo Penal, ponente García Miguel (BDA, m. RJ 1991\4739). También BARONA VILAR, Silvia, *La conformidad...*, cit., pp. 253-254; PUENTE SEGURA, Leopoldo, *La conformidad en el proceso penal español*, Colex, Madrid, 1994, pp. 49-50; MIRA ROS, Corazón, *Régimen...*, cit., pp. 397-407; AGUILERA MORALES, Marien, *El «principio de consenso»...*, cit., pp. 78-79; BUTRÓN BALIÑA, Pedro, *La conformidad...*, cit., p. 216; CUCARELLA GALIANA, Luis, *La correlación...*, cit., pp. 105-106.

⁹⁰¹ Aunque en este caso cabría plantearse el por qué de la autonomía procesal penal que adoptaría la voluntad del defensor, incluso contra la voluntad del acusado que puede querer conformarse en un caso dado, y, sin embargo, por la disconformidad de la defensa, ello no sería posible. Por el contrario, se podría sostener, como hace PUENTE SEGURA, que siempre debe primar la voluntad del acusado (sea ésta favorable o desfavorable a la conformidad), pues éste siempre tendría la posibilidad de designar nuevo abogado defensor que asumiera su defensa ante la disparidad de criterio. Esta posición se basaría además en el derecho a la defensa del acusado (art. 24.2 CE). PUENTE SEGURA, Leopoldo, *La conformidad...*, cit., pp. 49-50.

⁹⁰² Vid. BARONA VILAR, Silvia, *La conformidad...*, cit., pp. 255-256.

que un defensor se conforme en el escrito de calificaciones sin haberlo acordado previamente con su defendido?

Un segundo requisito es que la conformidad deba ser prestada pura y simplemente, es decir, no puede someterse a plazo, condición o modo. En otras palabras, el acusado y la defensa no pueden conformarse, por ejemplo, a condición de que el tribunal en sentencia rebaje la pena de la acusación.

Cuestión aparte se plantea respecto de la manifestación de voluntad cuando se trata de conformidades con pluralidad subjetiva de acusados o pluralidad objetiva de delitos. Así, cuando se trata de un proceso con pluralidad de acusados (pluralidad subjetiva), todos deben mostrarse conformes. En caso contrario debe proseguir el juicio para todos, inclusive para los que se habían manifestados conformes (art. 655.4 y 697.2)⁹⁰³.

Si son varios los delitos imputados (pluralidad objetiva), el o los acusados deben manifestarse conformes con todos ellos (art. 697.1)⁹⁰⁴, pues de lo contrario se debe proseguir con el juicio respecto de todos los delitos.

Por último, cabe referirse al presupuesto de la pluralidad de acusaciones. Cuando hay varias calificaciones provisionales, el acusado y la defensa se deben conformar con la más grave —no superior a 3 años de prisión— (arts 655 y 689)⁹⁰⁵. Casi huelga decir que de haber una calificación que presenta conclusiones alternativas, en los términos del art. 653 LECrim, la conformidad también debe producirse con la más grave de las conclusiones alternativas.

Por otra parte, es evidente que la conformidad no es procedente ante peticiones de absolución del acusador, pero no por razones de texto legal en la que se esgrima⁹⁰⁶ que

⁹⁰³ Vid. BARONA VILAR, Silvia, *La conformidad...*, cit., pp. 253-254; BUTRÓN BALIÑA, Pedro, *La conformidad...*, cit., p. 216; CUCARELLA GALIANA, Luis, *La correlación...*, cit., pp. 105-106. En contra AGUILERA MORALES, Marien, *El «principio de consenso»...*, cit., pp. 82-86.

⁹⁰⁴ BUTRÓN BALIÑA, Pedro, *La conformidad...*, cit., p. 216; CUCARELLA GALIANA, Luis, *La correlación...*, cit., p. 106. En contra AGUILERA MORALES, Marien, *El «principio de consenso»...*, cit., pp. 86-87.

⁹⁰⁵ BUTRÓN BALIÑA, Pedro, *La conformidad...*, cit., p. 216; CUCARELLA GALIANA, Luis, *La correlación...*, cit., p. 106.

⁹⁰⁶ Vid. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, *El allanamiento...*, cit., p. 77; BARONA VILAR, Silvia, *La conformidad...*, cit., pp. 258-259; CUCARELLA GALIANA, Luis, *La correlación...*, cit., p. 106.

la norma del art. 655 regula la conformidad para supuestos de acusaciones en que se pide la condena, argumentando que es improcedente la conformidad cuando no hay petición de condena, sino sencillamente porque la conformidad es jurídicamente inútil en este supuesto⁹⁰⁷, habida cuenta que la petición de absolución supone el inmediato pronunciamiento de sentencia absolutoria del Tribunal, como lo ha venido interpretando la jurisprudencia⁹⁰⁸.

1.3. *Contenido de las conformidades de los arts. 655 y 688*

Hemos dejado para este momento el análisis separado de un presupuesto específico que reviste especial importancia para entender el instituto de la conformidad y su efecto de vinculación sobre la sentencia.

Nos referimos a aquel que establece que la conformidad debe ser absoluta, lo que significa que la aceptación debe ser de todo el contenido de la acusación, no pudiendo abarcar sólo una parte de la misma, o someter al Tribunal algunos aspectos del objeto del proceso mientras se acepta sólo una parte de la acusación⁹⁰⁹. En lo tocante al contenido de la conformidad, también los arts. 655 y 688-700 son sustancialmente coincidentes⁹¹⁰.

⁹⁰⁷ Cfr. la opinión de DE DIEGO DÍEZ, Alfredo, *La conformidad...*, cit., pp. 285-286, quien sostiene que la conformidad sería posible en este caso, en contra de lo que alguna vez parte de la doctrina mantuvo. Nosotros no le vemos ninguna utilidad a esta posición, ya que de acuerdo al criterio jurisprudencial uniforme del TS, pedida la absolución por el acusador no queda más que dictar sentencia absolutoria. En cualquier caso, la conformidad en este supuesto es inocua.

⁹⁰⁸ Vid. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, *El allanamiento...*, cit., p. 77; BARONA VILAR, Silvia, *La conformidad...*, cit., pp. 258-259; CUCARELLA GALIANA, Luis, *La correlación...*, cit., p. 106. Cfr. la opinión de DE DIEGO DÍEZ, Alfredo, *La conformidad del acusado*, cit., pp. 285-286.

⁹⁰⁹ Vid. STS de 30 de septiembre de 1991, Sala de lo Penal, ponente García Ancos (BDA, m. RJ 1991\6653); ATS de 17 de junio de 1991, Sala de lo Penal, ponente García Miguel (BDA, m. RJ 1991\4739).

⁹¹⁰ La redacción del art. 688, que alude a la confesión del delito —«si se confiesa reo del delito»—, parece que no fuera lo mismo que la conformidad del art. 655, que directamente establece la conformidad sobre la calificación y la pena. El art. 688 se refiere a la confesión que recae sobre el hecho punible y no sobre la calificación. Además, la expresión «si se confiesa reo del delito» pareciera dejar fuera de los efectos de la «confesión» el *petitum* de pena, con lo cual habría un argumento añadido para considerar que la conformidad del art. 688 tiene un contenido distinto de la del art. 655. Empero, todo esto queda evidentemente desvirtuado por la remisión que hace el art. 694 a la regla del

Como hemos dicho, el art. 655 admite la conformidad del acusado con la calificación «que más gravemente hubiere calificado, si hubiere más de una, y con la pena que se le pida».

Los términos de la disposición han inducido a pensar que la conformidad se presta con una calificación y con una pena, que es lo que en definitiva tiene que ser aceptado por el acusado, con lo cual no sería menester que éste se tuviera que pronunciar aceptando los hechos en que se funda la acusación. Es cierto que de una primera lectura literal del precepto (art. 655.1) podía desprenderse que la conformidad se produce sólo con la calificación jurídica y la pena pedida o que es suficiente con que haya aceptación de estos extremos, sin necesidad de que el acusado realice una especial declaración de ciencia de los hechos o un reconocimiento de hechos, puesto que el precepto habla de prestar la conformidad con estos extremos: la acusación que más «gravemente hubiere calificado» y «con la pena que se le pida», omitiendo cualquier referencia a los hechos en que se funda la acusación. Y esta fue la interpretación que sostuvo en su momento ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO⁹¹¹, y, posteriormente, GIMENO SENDRA⁹¹² y RODRÍGUEZ GARCÍA⁹¹³. Sin embargo, la

art. 655, en la que se establece que los efectos de vinculación del órgano jurisdiccional son los mismos en una y otra conformidad, de modo que el contenido de la conformidad del art 688-700 también ha de ser el mismo. En efecto, si se dice en el art. 655 que el Tribunal ha de dictar la sentencia de acuerdo a la «calificación mutuamente aceptada» y sin que pueda imponer pena mayor que la «solicitada», se ha de entender que en la conformidad de los arts. 688-700 se debe aceptar, aparte del hecho punible, la calificación y la pena pedida en la acusación, en idénticos términos que en la del art. 655.

⁹¹¹ ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, *El allanamiento...*, cit., pp. 119-120.

⁹¹² GIMENO SENDRA, Vicente, *Derecho procesal penal*, cit., segunda edición, pp. 328-329, quien sostenía explícitamente: «Dicha declaración de voluntad necesariamente ha de consistir en el reconocimiento y voluntad de la defensa de cumplir la pena más grave de las solicitadas por las distintas partes acusadoras (no olvidemos que, en España, junto a la acusación del MF, subsiste la acusación popular y privada). Por tal razón la conformidad encierra siempre un allanamiento de la defensa a la pretensión penal, entendida como petición de pena y no como hecho punible (STS 7 de febrero 1994)».

«Se diferencia así la conformidad española del *guilty plea* anglosajón, pues para su procedencia no es imprescindible que el acusado preste además una especial declaración de ciencia, o, lo que es lo mismo, no es necesario que efectúe una auténtica confesión. Es suficiente que declare su voluntad de conformarse con la petición de pena más grave de las solicitudes por las partes acusadoras». En esta postura subyacía la idea de distinguir, lo más posible, la conformidad como allanamiento de la conformidad como confesión, negándole la segunda característica, con el fin de perfilar aún más su calidad de allanamiento.

doctrina mayoritaria⁹¹⁴, a la cual adherimos, sostiene que la conformidad también tiene que extenderse a los hechos que fundan la acusación, con lo cual se concluye que la conformidad se presta en términos absolutos o totales, recayendo sobre todos los extremos de la acusación.

Obsérvese que la conformidad entendida como pura manifestación de voluntad de someterse a la pretensión procesal penal de la acusación adolece de un grave problema de dogmática penal. Efectivamente, si se tienen en cuenta los efectos vinculantes de la conformidad al predeterminar (por regla general) el contenido incriminatorio de la sentencia, de aceptarse la tesis criticada de la no necesidad de conformarse también con los hechos, se estaría admitiendo que el acusado fuera condenado sobre la base única de su pura voluntad de soportar la pena pedida en la acusación, sin establecer como presupuesto penal la asunción del supuesto de hecho y de la participación culpable en el mismo, de modo que la pena se sostendría en la pura voluntad del acusado de soportarla, prescindiendo absolutamente de la culpabilidad penal. Se estaría legitimando un Derecho penal sin culpabilidad, y, consecuentemente, la imposición de pena sin verificación ni tan siquiera formal (verificar la real autoinculpación) del hecho y de la participación culpable⁹¹⁵.

El autor mencionado, sin embargo, con posterioridad a la fecha de la obra citada (1997) ha publicado una opinión distinta en otra obra, en la cual pasa a mantener justo lo contrario. Nos referimos a la opinión dada por GIMENO SENDRA en *Los procesos penales, cit.*, tomo V, pp. 108-109.

⁹¹³ RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás, *El consenso...*, cit., pp. 102-107.

⁹¹⁴ Vid. MORENO CATENA, Víctor, *Derecho procesal penal, cit.*, segunda edición, p. 799, y en *El proceso penal, cit.*, volumen III, pp. 2023-2025; DE DIEGO DÍEZ, Luis-Alfredo, *La conformidad del acusado, cit.*, pp. 173-176; AGUILERA MORALES, Marien, *El «principio de consenso»...*, cit., pp. 89-91; GIMENO SENDRA, Vicente, *Los procesos penales, cit.*, tomo V, pp. 108-109. También alguna sentencia se ha pronunciado explícitamente sobre el carácter absoluto de la conformidad: STS de 1 de marzo de 1988, Sala de lo Penal, ponente Vivas Marzal (BDA, m. RJ 1988\1511); STS de 30 de septiembre de 1991, Sala de lo Penal, ponente García Ancos (BDA, m. RJ 1991\6653). Además se cita una SAP de Valladolid de 24 de junio de 1994.

⁹¹⁵ La doctrina no ha reflexionado sobre este punto, sino que se ha preocupado de intentar justificar la no infracción del derecho a no confesarse culpable, art. 24.2 CE, a través de argumentos dialécticos que pretenden demostrar que la conformidad no es una «confesión», ya que la conformidad no opera como medio de prueba, y por tal motivo no habría infracción de la garantía mencionada. GIMENO SENDRA, Vicente, «Los procedimientos penales simplificados (Principios de “oportunidad” y proceso penal monitorio)», en *Justicia*, 1987, Nº 2, pp. 41-43; DE DIEGO DÍEZ, Luis-Alfredo, *La*

1.4. Efecto jurídico de las conformidades de los arts. 655 y 688-700: predeterminación parcial del contenido de la sentencia

El efecto de predeterminación del contenido de la sentencia que produce la conformidad está supeditado al cumplimiento de los presupuestos de eficacia que hemos mencionado. La aceptación de la acusación tendrá que producirse en los momentos procesales y bajo las formas indicadas; la manifestación de voluntad del acusado (y su defensor) tendrá que cumplir con las exigencias de ser libre y consciente, de ser formulada pura y simplemente, y recaer sobre todo el contenido de la acusación. Constatados judicialmente todos estos requisitos, estaremos en presencia de una conformidad que producirá un efecto de predeterminación del contenido de la sentencia, como lo dispone el art. 655.

El art. 655, párrafo 2º, se refiere al efecto de la conformidad señalando que «el Tribunal, previa ratificación del procesado, dictará sin más trámite la sentencia que

conformidad del acusado, cit., pp. 195-201; RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás, *El consenso...*, *cit.*, pp. 102-107.

Estos autores no reparan en que si bien la conformidad no es confesión (medio de prueba), en realidad es algo mucho más grave y produce unos efectos contra reo mucho más poderosos que una simple confesión (medio de prueba). Concretamente, es un reconocimiento de culpabilidad a cambio de ciertas ventajas punitivas, que en principio impone un contenido fáctico a la resolución jurisdiccional de signo inculpativo casi ineludible, y que exime al acusador de la carga de probar en juicio su acusación, con lo cual el acusado logra la exención de la carga de la prueba, pues le basta la conformidad para asegurarse la condena. Además, constituye una aceptación de la calificación jurídica y de la pena.

Con respecto a la exención de la carga de prueba como infracción de la presunción de inocencia, se puede intentar justificar esta situación a través del argumento de que se trata de un derecho que tendría carácter renunciabile, lo cual permitiría afirmar la constitucionalidad de la conformidad en la medida que sea una legítima renuncia del derecho a la presunción de inocencia, cuestión que es discutible.

Con todo, siempre será mucho mejor tolerar que la conformidad, en cuanto contiene un reconocimiento de hechos (culpabilidad), conculque parcialmente el derecho a no confesarse culpable y a la presunción de inocencia, que permitir que la conformidad se produzca sin el reconocimiento expreso de los hechos y de la participación culpable, pues en ese caso el efecto sería todavía mucho peor, ya que se estaría consintiendo nada menos que una imposición de pena por pura voluntad del acusado de soportar dicha pena, sin tener en cuenta el supuesto de hecho y la participación culpable, con lo cual se daría lugar a un Derecho penal sin culpabilidad, es decir, a penas impuestas sin verificación de participación culpable, mientras que si la conformidad supone un reconocimiento de hecho y participación, no se renuncia al modelo liberal de Derecho penal sustantivo, ya que al menos la pena conformada tendría como base la verificación formal de un acto de conocimiento del supuesto fáctico y de participación culpable en el mismo, aunque provenga del acusado (autoinculpación). Peor sería que ello no concurriera. *Vid.* ROXIN, Claus, *Derecho procesal penal, cit.*, pp. 100-102; SCHÜNEMANN, Bernd, *La Reforma del proceso penal, cit.*, pp. 99-109.

proceda según la calificación mutuamente aceptada, sin que pueda imponer pena mayor que la solicitada».

Y en el párrafo 3º añade: «Si ésta no fuese la procedente según dicha calificación, sino otra mayor, acordará el Tribunal la continuación del juicio»⁹¹⁶.

La norma, como se ve, no regula detalladamente la cuestión, de manera que establecer cuán vinculante es para el Tribunal, y señalar cuáles son los efectos de predeterminación del contenido de la sentencia, es una cuestión que requiere de un análisis más preciso que simples aseveraciones generales. Es menester tratar por separado cada uno de los contenidos de la acusación objeto de conformidad y de la sentencia.

1.4.1. Los hechos de la acusación conformada y los de la sentencia

La cuestión consiste en precisar si los hechos de la sentencia están determinados por los hechos de la acusación conformada.

Una primera posición doctrinal entiende que los hechos en que se funda la acusación y que han sido objeto de conformidad deben ser recogidos en la sentencia, sin posibilidad de modificación y de darlos por no probados como resultado de una «valoración de prueba» y de la «libre convicción» del Tribunal.

Lo anterior, a nuestro juicio, no es el resultado de la vigencia del principio acusatorio que opera en el procedimiento ordinario, como se suele afirmar⁹¹⁷, sino más bien un efecto propio de la conformidad, que consiste en la supresión de los poderes de

⁹¹⁶ Estas disposiciones del art. 655 son las aplicables también para la conformidad del art. 688-700, por expresa remisión del art. 694.

⁹¹⁷ Cfr. RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás, *El consenso...*, cit., p. 178; GIMENO SENDRA, Vicente, *Los procesos penales*, cit., tomo V, pp. 108-109; CUCARELLA GALIANA, Luis, *La correlación...*, cit., pp. 273-274. En nuestra opinión, el principio acusatorio limita los poderes del juzgador en cuanto le impide introducir modificaciones al objeto del proceso y, en cierta medida, al objeto del debate, pero no supone en caso alguno la anulación de sus poderes jurisdiccionales. De ahí que el juzgador, aunque se encuentre en un proceso regido por el principio acusatorio, pueda enjuiciar los hechos con entera libertad, y, en consecuencia, darlos por probados o no probados de acuerdo a su libre convicción. En la conformidad es justamente esto lo que no puede acontecer, ya que el «juzgador» es privado de forma total o parcial de sus poderes de enjuiciamiento. ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, *El allanamiento...*, cit., pp. 179 y ss., lo expresa con mucha claridad.

enjuiciamiento del Tribunal el cual debe recoger los hechos aceptados por el acusado (y su defensa)⁹¹⁸. El hecho de la conformidad queda inalterablemente fijado para la sentencia, y ello supone el decaimiento de la valoración de prueba (que no existe) y, por tanto, de la libre convicción (que no es posible).

La jurisprudencia ha dado respaldo a esta interpretación en varias sentencias, así, por ejemplo, en STS de 4 de diciembre de 1969, Sala de lo Penal, ponente González Díaz (RJA, m. RJ 1969\5822); STS de 9 de junio de 1978, Sala de lo Penal, ponente Gil Sáez (RJA, m. RJ 1978\2334); STS de 5 de diciembre de 1984, Sala de lo Penal, ponente Moyna Ménguez (BDA, m. RJ 1984\6239), y STS de 18 de septiembre de 1991, Sala de lo Penal, ponente Móner Muñoz (BDA, m. RJ 1991\6436).

Sin embargo, junto a esta posición doctrinal y jurisprudencial, desde fines del siglo XIX se desarrolla una segunda interpretación, en la que se adopta una exégesis distinta del art. 655, párrafos 2º y 3º. En efecto, desde 1898, con la Memoria del Fiscal del Tribunal Supremo, y con las Instrucciones especiales dadas a los Fiscales de las Audiencias en ese mismo año⁹¹⁹, y con la Resolución dada por el Fiscal del Tribunal Supremo en el año 1899⁹²⁰ se sienta la doctrina de que el Tribunal no se halla vinculado a los hechos de la acusación conformada⁹²¹. La razón fundamental que se esgrime es

⁹¹⁸ Vid. ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, *El allanamiento...*, cit., pp. 179 y ss; RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás, *El consenso...*, cit., pp. 178 y 188-189; DE DIEGO DíEZ, Luis-Alfredo, *La conformidad del acusado*, cit., pp. 428-430. Dice este último, lo siguiente: «Cualquier control sobre la legalidad de la pena de la conformidad, así a favor como en contra del acusado, lo ha de hacer el órgano jurisdiccional tomando como base inalterable los hechos consensuados». Y añade: «Quiere ello decir que, por mor de la conformidad del acusado, el hecho quedaría formalmente fijado en sentencia como acaecido, sin necesidad de prueba». p. 430.

⁹¹⁹ Vid. *Instrucciones dadas á los Fiscales de las Audiencias, por la Fiscalía del Tribunal Supremo*, Sr. Sánchez Román, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1898, tomo 93, Reus, Madrid, pp. 231-247, y específicamente, pp. 240-241.

⁹²⁰ *Resolución dada por el Fiscal del Tribunal Supremo á las consultas que, en virtud de su circular de 30 de mayo último, le han dirigido los Sres. Fiscales de las Audiencias, sobre interpretación y aplicación de diversos artículos del Código penal y otras leyes represivas especiales, de la de Enjuiciamiento criminal y del Jurado*, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1899, tomo 95, Reus, Madrid, pp. 513-550, y específicamente, pp. 537-540.

⁹²¹ No obstante, cabe señalar que en la *Memoria del Fiscal del Tribunal Supremo*, del año 1894, se sostenía una interpretación distinta, esto es, se mantenía que el Tribunal estaba vinculado a la conformidad en términos bastante absolutos, y por dicha razón se proponía la reforma legal del precepto. *Memoria del Fiscal del Tribunal Supremo*, Sr. Santos de Isasa, en *Revista General de*

que la ley sólo proscribe condenar a pena más grave que la de la conformidad, pero no prohíbe que se imponga una de menor entidad o incluso que no se imponga ninguna (absolver). En las Instrucciones dadas a los Fiscales de las Audiencias en 1898⁹²², se dice: «...las Audiencias han de fallar, dada esa conformidad, con arreglo á la calificación mutuamente aceptada, tal precepto [se refiere al 655] no excluye la libertad del juzgador para estimar todo lo que pueda ser favorable al reo, incluso el absolverle, si en su conciencia estima probado que el delito no existe ó que no lo ejecutó la persona á quien se acumula; porque lo que la ley prohíbe es que se imponga pena mayor que la solicitada; pero no que se imponga menor ó que no se imponga ninguna, como lo demuestra que semejante caso no se halle previsto entre los de casación».

Además se ha argumentado en las mismas Instrucciones⁹²³ que «sería inhumano que se obligara al que juzga á condenar porque el acusador lo pide, aunque con error, y porque el procesado se conforma, bien por propia ignorancia ó bien por seguir consejos equivocados de su defensa»⁹²⁴.

Esta interpretación pasa a la doctrina a través de los comentarios de AGUILERA DE PAZ⁹²⁵, quien, recogiendo la tesis de la Fiscalía del Tribunal Supremo, concluía: «En consecuencia, aun cuando el procesado se conforme con la calificación del delito hecha por la acusación y con la pena pedida para él, puede la audiencia absolverle si en conciencia estimase que no había existido el delito de que se le acusara, ó que existiendo dicho delito, no era culpable del mismo el procesado, sin que contra dicho fallo pueda haber lugar á recurso de casación».

Legislación y Jurisprudencia, 1884, tomo 65, Reus, Madrid, pp. 268-293, y específicamente, pp. 288-291.

⁹²² Vid. *Instrucciones dadas á los Fiscales de las Audiencias, por la Fiscalía del Tribunal Supremo*, Sr. Sánchez Román, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1898, tomo 93, Reus, Madrid, p. 240.

⁹²³ Vid. *Instrucciones dadas á los Fiscales de las Audiencias, por la Fiscalía del Tribunal Supremo*, Sr. Sánchez Román, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1898, tomo 93, Reus, Madrid, pp. 240-241.

⁹²⁴ Vid. FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, «Las conformidades...», *cit.*, p. 15; DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, «Disponibilidad del objeto...», *cit.*, p. 9865; AGUILERA DE PAZ, Enrique, *Comentarios...*, *cit.*, tomo V, pp. 77-79, quienes usan el mismo argumento.

⁹²⁵ AGUILERA DE PAZ, Enrique, *Comentarios...*, *cit.*, tomo V, pp. 77-78.

Como se ve, las opiniones antes indicadas coinciden en señalar que el juzgador puede desvincularse de los hechos de la acusación, pudiendo éste formar libremente su convicción sobre los mismos o sobre la participación culpable en ellos⁹²⁶.

Posteriormente son muchos los autores que han adherido a esta doctrina⁹²⁷, como asimismo varias sentencias del Tribunal Supremo⁹²⁸.

Aunque no siempre se manifieste con toda la claridad que sería menester, detrás de estas opiniones late un concepto de conformidad disminuida en los efectos que se le atribuyen, entendiéndola como una institución con efectos solamente procesales, de abreviación procesal (evitación del juicio oral). Tal vez quien exprese mejor esta idea sea SERRA DOMÍNGUEZ⁹²⁹, cuando respecto a la conformidad dice que «su efecto esencial es abreviar el proceso, prescindiéndose de la etapa probatoria y dictándose sin más sentencia. Pero no equivale al allanamiento civil, en cuanto el tribunal puede dictar la sentencia que estime más adecuada, incluso absolutoria, sin otra limitación que la de no imponer pena mayor que la solicitada. Limitación lógica habida cuenta

⁹²⁶ ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, *El allanamiento...*, cit., pp. 182-186, ha calificado estos argumentos de un desbordamiento inadmisibles de los principios inquisitivo y de oficialidad, cuando justamente la institución de la conformidad (allanamiento para él) se basan en los principios del acusatorio y dispositivo (en su opinión, que no compartimos). Aparte del anterior argumento, este autor ha esgrimido otras razones más específicas para rechazar la absolución, que en resumen vienen a decir que en la conformidad, al tribunal, en estricto rigor, no se le obliga a condenar, sino que a verificar que el acusado se ha allanado a la acusación (subyace la idea de sentencia-acta, que se limita a recoger el contenido de la conformidad, según se lo impone la ley), y agrega que la absolución supone un desconocimiento de la «calificación mutuamente aceptada», porque obviamente en ella entra la petición de la pena. Añade, además, el argumento de que no existe fundamento en virtud del cual el tribunal pudiera apartarse de la conformidad, ya que no se ha practicado prueba. El tribunal sólo cuenta con los antecedentes del sumario que no constituyen prueba.

Sobre este punto comparte la opinión precedente AGUILERA MORALES, Marien, *El «principio de consenso»...*, cit., pp. 104 y ss.

⁹²⁷ Vid. por todos a SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, «El juicio oral», cit., p. 778; MIRA ROS, Corazón, *Régimen...*, cit., pp. 488-492; AGUILERA MORALES, Marien, *El «principio de consenso»...*, cit., pp. GIMENO SENDRA, Vicente, *Los procesos penales*, cit., tomo V, pp. 113-116; GALDANA PÉREZ MORALES, Mónica, *Correlación...*, cit., pp. 109-110; CUCARELLA GALIANA, Luis, *La correlación...*, cit., pp. 273-276.

⁹²⁸ STS de 1 de marzo de 1988, Sala de lo Penal, ponente Vivas Marzal (BDA, m. RJ 1988\1511); STS de 19 de julio de 1989, Sala de lo Penal, ponente Díaz Palos (BDA, m. RJ 1989\6265); STS de 5 de julio de 1990, Sala de lo Penal, ponente Puerta Luis (BDA, m. RJ 1990\6235); STS de 7 de febrero de 1994, Sala de lo Penal, ponente Hernández Hernández (BDA, m. RJ 1994\717).

⁹²⁹ SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, «El juicio oral», cit., p. 778.

que si el tribunal estima procedente pena superior debe ordenar la reanudación del proceso. La conformidad del imputado es por tanto una institución con efectos meramente procesales provocando una abreviación del procedimiento ordinario».

En efecto, bajo el argumento de que la conformidad no puede ser un equivalente del allanamiento civil y que ello tiene causa en que en el proceso penal rige la indisponibilidad del objeto del proceso —argumento que también comparte explícitamente la STS de 7 de febrero de 1994 (BDA, m. RJ 1994/717), citada—, se le desconocen o niegan los efectos vinculantes respecto de los hechos (y también de la calificación jurídica, como se verá más adelante), convirtiéndola en la práctica en una institución con meros efectos de abreviación del proceso, como lo dice expresamente SERRA DOMÍNGUEZ⁹³⁰. Si el Tribunal puede declarar no probados los hechos de la acusación o la participación del acusado es porque puede valorar libremente «la prueba» (en realidad los antecedentes del sumario) y puede convencerse o no de la «veracidad» de la acusación y enjuiciar libremente. Desde este punto de vista no se distinguen mayores diferencias con los poderes jurisdiccionales del Tribunal en los juicios ordinarios⁹³¹, salvo en dos cuestiones. Primero, en que el Tribunal no podría, vía art. 733 LECrim, introducir hechos accidentales para hacer una calificación homogénea ascendente (lo cual es un efecto marginal). Segundo, que la «libre valoración» del Tribunal tendría que hacerse de una manera inquisitiva, con base en el sumario. Con respecto a esta última cuestión, cabe plantearse, ante una posible absolución, la infracción del derecho de defensa del acusador y de su derecho a un juicio con todas las garantías (art. 24.2 CE), pues éste no ha podido probar en juicio su acusación⁹³², siendo que él no ha renunciado a su derecho de defensa y al juicio con todas las garantías, sino que ha sido privado de los mismos por una decisión unilateral

⁹³⁰ *Ibid. cit. supra.*

⁹³¹ Nos referimos al enjuiciamiento fáctico, ya que en cuanto a la calificación jurídica «mutuamente aceptada» como al máximo de pena, se les suele reconocer un cierto grado de eficacia vinculante, aunque no faltan aquellos autores que incluso afirman que en supuesto de discrepar el Tribunal acerca de la calificación jurídica podría absolver. *Vid.* GALDANA PÉREZ MORALES, Mónica, *Correlación...*, *cit.*, pp. 109-110; CUCARELLA GALIANA, Luis, *La correlación...*, *cit.*, pp. 274-276.

⁹³² *Vid.* en términos parecidos DE DIEGO DÍEZ, Luis-Alfredo, *La conformidad del acusado*, *cit.*, pp. 431-432.

de la parte acusada, impidiéndole esta decisión ajena el acceso al juicio, y probar en él su acusación (se rompe además la igualdad procesal)⁹³³.

En la práctica, con esta concepción de la conformidad la institución deviene ya no tanto un acto de aceptación unilateral de la pretensión procesal penal, como parece estar regulada en la LECrim, sino más bien en una especie de aceptación unilateral de un *giudizio abbreviato*⁹³⁴, en el que por voluntad exclusiva del acusado (y su defensa) se produce una abreviación del proceso —se evita la etapa del juicio—, y se procede a un enjuiciamiento inquisitivo sobre la base del sumario. En este contexto el juzgador puede condenar o absolver según el resultado de la «libre valoración del sumario».

Siguiendo esta lógica de la conformidad, no se entiende cuál sería el sentido de exigir para su procedencia la aceptación de los hechos, de la calificación jurídica y de la pena, si luego el Tribunal puede desvincularse y «valorar la prueba» y absolver por considerar no probados los hechos o la participación (y además como sostienen algunos autores, que si el Tribunal discrepa de la calificación jurídica también puede absolver)⁹³⁵. En dicho caso, es decir, ante la producción de efectos meramente procesales o de abreviación del proceso, habría sido más oportuno regular un acuerdo de partes o unilateral del acusado acerca de un *giudizio abbreviato*⁹³⁶, es decir, sobre el

⁹³³ Habría sido más respetuoso con los derechos del acusador y con los principios procesales de libre convicción basada en la prueba practicada en juicio, y con el principio de inmediación y de contradicción, que, ante la valoración preliminar de no haber antecedentes sumariales suficiente para probar el hecho o la participación, el Tribunal ordenara la continuación del juicio con la práctica efectiva de prueba. Aunque en dicho caso se suscitaría el problema de la imparcialidad objetiva del Tribunal, la que se vería comprometida al haber valorado preliminarmente los antecedentes del sumario.

⁹³⁴ Lo que técnicamente se denomina un pacto sobre el rito y no sobre el mérito. Esto es especialmente claro en Derecho italiano y también, aunque no tanto, en Derecho chileno. En el proceso penal italiano se regula un proceso abreviado en el que se evita la etapa del juicio oral, y se procede al enjuiciamiento con los antecedentes de la *indagine preliminare*, denominada *giudizio abbreviato*, arts. 438-443 CPP italiano. En el proceso penal chileno, aunque con diferencias importantes respecto del italiano, también se regula un procedimiento abreviado, que evita la etapa del juicio oral, y se procede al enjuiciamiento con los antecedentes de la investigación, arts. 406-415. Respecto del Derecho chileno, *vid.* en esta investigación los apartados dedicados al procedimiento abreviado.

⁹³⁵ *Vid.* GALDANA PÉREZ MORALES, MÓNICA, *Correlación...*, *cit.*, pp. 109-110; CUCARELLA GALIANA, Luis, *La correlación...*, *cit.*, pp. 274-276.

⁹³⁶ *Ibid. cit. supra.*

rito, y no una conformidad sobre la pretensión procesal del acusador, o en otras palabras, regular un acuerdo sobre el rito y no sobre el mérito.

Sin embargo, de la lectura de los arts. 655 y 688-700 se desprende un espíritu del legislador totalmente distinto, al colegirse del tenor literal de las normas una intención vinculante de la conformidad, resultando difícil aceptar, al menos desde el punto de vista de una interpretación de *lege lata*, que el Tribunal pueda valorar libremente el sumario y conformar su convicción en un sentido incriminatorio o absolutorio. A mayor abundamiento, cuando el legislador ha querido darle esta latitud al Tribunal, apartándose de la lógica de la conformidad como aceptación de la pretensión procesal penal, lo ha hecho expresamente, como acontece en la LOTJ, en su art. 50.2, en que se autorizó explícitamente al Magistrado-Presidente para ordenar la continuación del juicio en caso que considere que existen motivos bastantes para estimar la inexistencia del hecho o la falta de participación del acusado.

Además, se ha de tener en cuenta que la conformidad del procedimiento abreviado y la premiada del procedimiento para el enjuiciamiento rápido (arts. 787 y 801.2 LECrim) disponen la vinculación de los hechos de la sentencia a los de la conformidad, y no contemplan excepción alguna al respecto.

1.4.2. La calificación jurídica de la acusación conformada

En cuanto a la calificación jurídica también se ordena una determinación del contenido de la sentencia por la conformidad. El párrafo 2º del art. 655 dispone que si la defensa no conceptúa necesaria la continuación del juicio y el acusado ratifica la conformidad, el Tribunal «dictará sin más trámite la sentencia que proceda según la calificación mutuamente aceptada».

El tenor de la disposición deja claramente establecido el efecto vinculante de la calificación jurídica, ya que dice que la sentencia se dicta «según» la calificación mutuamente aceptada, con lo cual se ordena que el Tribunal recoja la calificación jurídica, quedando inhibido de hacer otra calificación que estime más ajustada a Derecho. Y esto resulta aún más manifiesto cuando la Ley trata el supuesto de desvinculación que se consagra en el párrafo 3º del art. 655, al decir que la desvinculación procede en caso de que la pena pedida no fuese la procedente, sino otra

mayor, pero «según dicha calificación». Es decir, se autoriza la desvinculación sólo cuando la pena pedida sea menor al mínimo legal de aquella que correspondía a la calificación de la acusación, con lo cual no sólo se regula la situación de desvinculación para el caso de que efectivamente corresponda pena mayor, sino también se refuerza la idea de intangibilidad de la calificación jurídica.

Conforme al tenor literal de la disposición (art. 655) el Tribunal estaría absolutamente inhibido en el ejercicio de sus potestades jurisdiccionales de subsunción o de enjuiciamiento jurídico. En efecto, la Ley no prevé ni tan siquiera un control judicial de legalidad *in bonam partem*, en virtud del cual, y como acontecía en la conformidad del art. 793.3⁹³⁷, el Tribunal pueda dictar sentencia favorable al acusado (de absolución o atenuación) cuando estime que los hechos carecen de tipicidad o resulte la concurrencia de una circunstancia eximente o de exención o de atenuación de la pena.

Sin embargo, la imposibilidad incluso de control de legalidad *in bonam partem* nos parece una opción del legislador extrema, ya que aunque se pueda tolerar y comprender el sentido de una vinculación a los hechos de la acusación conformada, sobre todo en un proceso sin juicio y sin prueba, añadir a ello una estricta vinculación a la calificación jurídica, sin posibilidad alguna de control de legalidad ni tan siquiera *in bonam partem*, nos parece peligroso para la efectiva tutela de los derechos y garantías del acusado, puesto que se estaría legitimando la posibilidad de imponer una pena por la pura «voluntad» del acusado de soportarla, incluso *contra legem*, sin que el órgano jurisdiccional pueda controlar ni la realidad del supuesto fáctico ni, posteriormente, la debida configuración típica, antijurídica y culpable de esos hechos, con lo cual habría abandono absoluto del principio de exclusividad y garantía jurisdiccional en la aplicación del Derecho penal (art. 117.3 CE y art. 1 LECrim)⁹³⁸.

⁹³⁷ Corresponde al actual 787.3 LECrim establecido por la Ley 38\2002, de 24 de octubre de 2002, que vino a reemplazar al art. 793.3, consagrando un más amplio control de legalidad del juzgador sobre la calificación de la conformidad, tanto a favor como en contra del acusado.

⁹³⁸ En nuestra opinión, no es precisamente cierto que se infrinja la legalidad penal con la vinculación absoluta; nos referimos a la legalidad penal sustantiva, entendida como *nullum crimen sine lege* y como *nulla poena sine lege*. Más bien creemos que se infringe la exclusividad y garantía jurisdiccional, aunque también se entiende que forman parte del principio de legalidad penal, pero en un sentido distinto. Más propiamente como garantía de aplicación de la legalidad penal y de garantía

A. *Estimamos que es necesario que la conformidad contemple la posibilidad de control judicial «in bonam partem» con respecto a la calificación jurídica*

Por la razones expuestas *supra* es conveniente que en toda conformidad, también en la del art. 655 y 688-700, se cuente con un control judicial *in bonam partem*, como disponía el derogado art. 793.3 LECrim (ahora en términos más amplios el art. 787.3⁹³⁹ para la conformidad del procedimiento abreviado y para la conformidad premiada).

En Derecho comparado, el CPP italiano, en el art. 444.2, a propósito de la regulación de la *applicazione della pena su richiesta delle parti*, también prevé el control judicial *in bonam partem* en virtud del cual el juez puede desestimar la petición de las partes de aplicación de pena por una amplia gama de motivos absolutorios⁹⁴⁰.

de las garantías. *Vid.* FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón, cit., passim*; MONTERO AROCA, *Principios..., cit.*, pp. 15-23.

A nuestro juicio, en un sistema como el español en que existe un acusador necesario sometido a la Ley penal, sus potestades acusadoras deben ser ejercidas de acuerdo a la Ley, y por tal motivo no puede sino acusar conforme a su leal interpretación de la Ley penal, que una vez aceptada por el acusado adquiere carácter vinculante para el Tribunal, es decir, le viene impuesta. Esto no es una cuestión que afecte a la legalidad penal, sino más bien a la exclusividad jurisdiccional en la aplicación del Derecho penal y a la preeminencia del juicio jurisdiccional, porque en la conformidad al juez le viene impuesta un juicio que realiza el acusador: se impone la interpretación que hace de la Ley el acusador, de modo que es una cuestión más de primacía de interpretaciones jurídicas, que en cualquier caso han de tener como único referente a la Ley penal. La conformidad hace prevalecer la interpretación jurídica de la acusación.

Por otra parte, como suele ocurrir a diario, en los procesos ordinarios se cometen infracciones a la «legalidad penal» por desestimar en la sentencia una correcta calificación jurídica del acusador. También podría ocurrir que en una conformidad se hiciera una calificación correcta, que el juzgador erradamente estimara equivocada, y que, de primar su criterio jurídico, conduciría a una infracción de la «legalidad penal».

En suma, cuando en un sistema como el español existe un acusador público necesario sometido a la Ley penal, el problema de la vinculación a la conformidad no se refiere directamente a la infracción de la legalidad penal, sino a la exclusividad y garantía jurisdiccional, como resguardos o garantías de la aplicación de la legalidad penal y de garantía de las garantías procesales. Es el sistema de aplicación del Derecho que otorga más seguridades acerca de la debida independencia, y el único que asegura la imparcialidad objetiva y subjetiva, que ha de poseer el órgano encargado de enjuiciar. Por tal motivo se entiende que es una garantía de aplicación de la legalidad penal.

⁹³⁹ Contempla el control de legalidad tanto *in bonam* como *in malam partem*, como se verá más adelante.

⁹⁴⁰ El art. 444.2 CPP italiano establece que el *giudice* puede absolver por los motivos del art. 129, estos es, por la inexistencia del hecho, por la falta de participación del imputado, porque el hecho no constituye delito, porque se ha extinguido el delito, o por la falta de una condición de procedibilidad.

Hay opiniones doctrinales⁹⁴¹ que, por vía interpretativa y con un supuesto sostén jurisprudencial (STS de 5 de diciembre de 1984, STS de 1 de marzo de 1988, STS de 23 de enero de 1987, STS de 1 de julio de 1990, STS de 7 de febrero de 1994), afirman que hay base para que el Tribunal pueda modificar la calificación jurídica en sus diversos aspectos.

Se afirma que en virtud del control jurisdiccional *in bonam partem* el Tribunal podría absolver por considerar que el hecho no constituye delito. Se cita en apoyo de esta posición la Sentencia del TS de 5 de diciembre de 1984 (BDA, m. RJ 1984\6239), en la parte que dice (considerando primero): «en relación a la pena, manteniendo la calificación de los hechos, puede moverse el Tribunal dentro de la solicitada, separándose únicamente a favor del reo, incluso llegando a la absolución cuando la situación de hecho no revista caracteres de delictivos». Esta opinión jurisprudencial establece dos cuestiones: primero, la general intangibilidad de la calificación jurídica, y segundo, que por vía de excepción y *favor rei* se puede absolver cuando se trata de un hecho que no reviste caracteres de delito. Conclusión esta última que aunque no tenga base legal en la conformidad de los arts. 655 y 688-700, nos parece razonable y necesaria por las razones que hemos esgrimido.

Sin embargo, la doctrina mencionada⁹⁴² añade a lo anterior una interpretación ampliadora que nos parece que se aleja demasiado de la tesis jurisprudencial citada. Esta doctrina dice que se «abre un portillo a la alegación por el órgano decisor de atenuantes y eximentes, así como de todo elemento jurídico determinante de una pena inferior a la solicitada (grado de participación, grado de ejecución, etc) que, lejos de considerarse el resultado de un exhaustivo control de legalidad sobre los hechos

Obsérvese que la norma admite incluso un control judicial sobre el hecho y la participación del imputado, elementos en que se funda la petición de pena. Tan amplias potestades de control tal vez se deba a que la petición se produce antes de que se realice el juicio de acusación, de modo que no ha habido oportunidad para que el juez se pronuncie sobre si hay o no fundamento suficiente, mientras que en el caso de la conformidad española se produce una vez que se ha realizado el juicio de acusación y, por lo tanto, se ha controlado la no concurrencia de los motivos de sobreseimiento.

⁹⁴¹ Vid. MIRA ROS, Corazón, *Régimen...*, cit., pp. 492-496; GIMENO SENDRA, Vicente, *Los procesos penales*, cit., tomo V, pp. 116-118.

⁹⁴² *Ibid. cit. supra.*

introducidos ejercido por el Tribunal, encuentra plena justificación... como un homenaje... al “favor rei”»⁹⁴³.

En consecuencia, se viene a sustentar que por fuerza del *favor rei*, dentro del control judicial *in bonam partem*, cabría no sólo una absolucón a causa de la estimación no delictiva de los hechos, sino que además cualquier modificación en la calificación jurídica, con tal que sea favorable al acusado; la estimación de oficio de atenuantes y eximentes, tanto como cualquier elemento jurídico favorable al acusado, con lo cual, por esta vía interpretativa se hacen aplicables a la conformidad del procedimiento ordinario las situaciones de desvinculación *in bonam partem* que preveía el antiguo art. 793.3 LECrim de la conformidad del procedimiento abreviado.

B. Control judicial de legalidad «in malam partem»

La misma doctrina antes señalada sostiene que también es procedente el control de legalidad *in malam partem* sobre la calificación jurídica, y, por lo tanto, sustenta la desvinculación del Tribunal cuando en su opinión corresponda una calificación jurídica más grave que la contenida en la acusación conformada.

Lo curioso de esta doctrina es que, como se acaba de observar, justificaba las amplias potestades jurisdiccionales para separarse de la conformidad y hacer una calificación a favor del reo en una supuesta interpretación a ultranza del *favor rei*, al reconocer la carencia de bases normativas claras que la sostengan, y al mismo tiempo justifica y sostiene la desvinculación a la calificación jurídica también *in malam partem*⁹⁴⁴, lo cual parece llevarnos a una contradicción. Pero en realidad esta contradicción demuestra que el espíritu que hay detrás de esta doctrina es la de devolver la totalidad de poderes jurisdiccionales al Tribunal —tanto los relativos al enjuiciamiento fáctico como jurídico—⁹⁴⁵, para que los ejerza con idéntica latitud a

⁹⁴³ MIRA ROS, Corazón, *Régimen...*, cit., pp. 493-494. En iguales términos GIMENO SENDRA, Vicente, *Los procesos penales*, cit., tomo V, p. 117.

⁹⁴⁴ Vid. MIRA ROS, Corazón, *Régimen...*, cit., pp. 497-500; GIMENO SENDRA, Vicente, *Los procesos penales*, cit., tomo V, p. 118. También sostiene una tesis parecida, aunque en términos muy ambiguos FENECH, Miguel, *Derecho procesal penal*, cit., pp. 898-899.

⁹⁴⁵ Hasta aquí hemos visto que hay una cierta doctrina que viene sosteniendo que el Tribunal puede desvincularse de los hechos, y que además puede desvincularse de la calificación tanto a favor como

como lo hace en un proceso ordinario, no animándole en realidad una especial preocupación por el *favor rei*, como se declaraba.

En concreto, se sostiene que el tenor literal del art. 655 que se refiere a que el Tribunal debe dictar sentencia «según la calificación mutuamente aceptada», siendo el único supuesto de desvinculación la procedencia de una pena mayor de acuerdo a esa «calificación mutuamente aceptada», no constituye impedimento para hacer una «reinterpretación» y sostener que «a la luz de los principios constitucionales»⁹⁴⁶ se impone la desvinculación «no sólo cuando el Tribunal, partiendo de la calificación aceptada, observe una falta de adecuación de la pena a la legalidad, sino, además, la norma ampara (...) la corrección de errores en el título de condena inicial, a través de la introducción, vía art. 733 de la LECrim, de nuevos elementos jurídicos que comporten una pena mayor». Pues afirman que «si bien se mira, dicha situación [se refiere a una calificación más grave] también conlleva que la pena pedida sea improcedente por corresponder otra mayor»⁹⁴⁷.

De ser posible esta situación de desvinculación —que no compartimos *lege lata*— se requeriría de la continuación del juicio, es decir, de la celebración efectiva del juicio oral, tras lo cual el Tribunal podría hacer uso de la tesis y plantear la calificación agravada que estime procedente. Obviamente que en este supuesto, siendo ineficaz la conformidad, el mismo acusador podría cambiar su calificación en conclusiones definitivas, o asumir la que le plantee el Tribunal por vía de la tesis⁹⁴⁸.

Esta interpretación nos parece contraria al contenido expreso del art. 655, en el cual se deja categóricamente sentado que la calificación jurídica es vinculante para el

en contra del acusado, y enseguida veremos que sostienen que también puede apartarse con entera libertad de la petición de pena. En resumen, la doctrina reduce los efectos de la conformidad a los de un truncamiento del proceso, como antes anotaba SERRA DOMÍNGUEZ.

⁹⁴⁶ Tanto MIRA ROS, Corazón, *Régimen...*, cit., pp. 498, como GIMENO SENDRA, Vicente, *Los procesos penales*, cit., tomo V, p. 118, sostienen que el control de legalidad *in malam partem* es más acorde con los principios constitucionales. Sin embargo, estos autores no desarrollan expresamente la cuestión de los principios constitucionales involucrados, aunque aluden expresamente al principio de legalidad constitucionalmente consagrado en el art. 9.3 y 25 CE.

⁹⁴⁷ GIMENO SENDRA, Vicente, *Los procesos penales*, cit., tomo V, p. 118; y en términos muy parecidos MIRA ROS, Corazón, *Régimen...*, cit., p. 498. De opinión contraria AGUILERA MORALES, Marien, *El «principio de consenso»...*, cit., pp. 113-114.

⁹⁴⁸ *Ibid. cit. supra.*

Tribunal, salvo en el aspecto de la pena, cuando corresponda una mayor, pero dentro del respeto de la calificación⁹⁴⁹. Además en este caso no existe una razón pro reo para hacer la calificación agravatoria, que de alguna manera podría justificar una interpretación más libre del precepto y acorde con los preceptos constitucionales del art. 24.2 CE (a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia) en relación con el art. 117.3 CE (la exclusividad y garantía jurisdiccional).

Por otra parte, ante semejantes interpretaciones jurídicas cabe preguntarse si la conformidad tiene algún efecto, ya que en ellas se acaba por aceptar que el Tribunal ejerza sus potestades jurisdiccionales con la misma latitud que en un proceso ordinario, tanto en lo que dice relación al juicio de hecho como al juicio jurídico, y en sentido *bonam* como *malam partem*, con lo cual se vacía de contenido a la conformidad, disminuida a una mera institución con efectos procesales de truncamiento del proceso.

Tal cual hemos dicho, si se quiere establecer un proceso especial de carácter abreviado, donde se prescindiera de la etapa del juicio, pero sin la privación de potestades jurisdiccionales, correspondería regular una manifestación de voluntad sobre la abreviación del rito procesal, pero no sobre el mérito, como de hecho acontece con la conformidad, y que es lo que se acaba regulando en la LECrim.

1.4.3. La pena, la potestad de individualización judicial y la desvinculación judicial

El último extremo que debe ser objeto de análisis es la pena pedida y la forma en que ésta le impone un contenido a la sentencia. El art. 655 dispone en su párrafo 2º que: «(...) el Tribunal, previa ratificación del procesado, dictará sin más trámite la sentencia que proceda según la calificación mutuamente aceptada, sin que pueda imponer pena mayor». Y en su párrafo 3º añade: «Si ésta no fuese la procedente, sino otra mayor, acordará el Tribunal la continuación del juicio».

La norma regula dos cuestiones distintas. Primero, lo relativo al ejercicio de los poderes de individualización de la pena por parte del Tribunal y las limitaciones

⁹⁴⁹ Sostiene esta opinión AGUILERA MORALES, Marien, *El «principio de consenso»...*, cit, pp. 113-114.

impuestas por la pena pedida. Y segundo, la situación de desvinculación absoluta a la pena pedida como manifestación del control de legalidad *in malam partem*.

En cuanto a lo primero, la conformidad no priva al Tribunal del ejercicio de sus potestades de individualización de la pena; en la sentencia debe señalar la pena precisa (si condena) que impone al acusado, pudiendo apartarse de la pedida por la acusación, con lo cual cabe concluir que el Tribunal conserva esta potestad, aunque sometida a limitaciones. Lo dicho se podría enunciar en dos reglas básicas. De una parte, si la pena es la correspondiente a la calificación aceptada, el Tribunal se encuentra vinculado a ella en cuanto límite máximo que no puede rebasar en el ejercicio de sus potestades de individualización. De otra parte, lo anterior no impide que a raíz de dicha potestad el Tribunal pueda individualizar la pena hacia abajo, dentro de los márgenes legales que corresponden a la calificación aceptada.

Cabe recordar que hay cierta doctrina⁹⁵⁰ que considera que la potestad de individualización de la pena puede ser ejercida hacia abajo no ya dentro de los márgenes que corresponden a la calificación jurídica de la acusación, sino que ampliando su ejercicio sobre la base de hacer modificaciones a la calificación jurídica *in bonam parte* o *favor rei*, pudiendo rebajar la pena pedida a causa de la estimación de un distinto tipo de participación, o de un grado de ejecución diverso, o de la estimación de una causal de atenuación.

Reiteramos que dicha interpretación nos parece, con independencia de una valoración de *lege ferenda*, excesivamente voluntarista, al apartarse del claro contenido legal que constriñe la potestad del Tribunal a una individualización dentro del marco legal correspondiente a la calificación jurídica, estableciendo la intangibilidad de ésta.

En lo tocante a la segunda cuestión, es decir, a la completa desvinculación a la pena, el art. 655 prevé un control judicial de legalidad *in malam partem*, que se manifiesta en la total desvinculación a la conformidad, que deviene ineficaz, cuando la pena pedida no fuese la correspondiente a la calificación de la acusación.

Como tantas veces hemos señalado, esta hipótesis de desvinculación *in malam partem* parte de la base de la inmutabilidad de la calificación jurídica, y por ello es ésta

⁹⁵⁰ Vid. MIRA ROS, Corazón, *Régimen...*, cit., pp. 493-494; GIMENO SENDRA, Vicente, *Los procesos penales*, cit., tomo V, pp. 118-119.

la que sirve de marco jurídico para determinar si la pena pedida es la correcta o no, que lo será en la medida que se encuentre dentro de la prevista por la Ley para la calificación jurídica aceptada.

Es aquí donde incide la doctrina antes criticada de la desvinculación de la calificación *in malam partem*, que considera que si se discrepa de la calificación de la acusación por estimar procedente una más grave, el Tribunal podría desvincularse, ya que ello daría lugar a una pena mayor. Con dicha exégesis no se hace otra cosa que darle la vuelta a la norma y extraer justo la consecuencia contraria de aquella que se deduce naturalmente de la misma, como es que la situación de desvinculación se prevé en caso que la pena sea improcedente precisamente respecto de la calificación aceptada, la que ha de mantenerse inalterada. En la tesis anterior la desvinculación se produciría realmente con la calificación, al estimarse un cambio en cualquier aspecto de la calificación con efectos agravatorios en la consecuencia jurídico-penal⁹⁵¹.

Por último, dada la hipótesis de continuación del juicio por corresponder pena más grave, cabe plantearse la amplitud que ha de tener el objeto del enjuiciamiento en el juicio oral. ¿Sólo limitado a la precisa determinación del *quantum* de la pena o tan amplio como cualquier juicio ordinario? Estimamos que el objeto del enjuiciamiento debe ser igual de amplio que en el enjuiciamiento ordinario, ya que a nuestro entender al concurrir la hipótesis de desvinculación y el Tribunal ordenar la prosecución del juicio, la conformidad deviene ineficaz en todas sus partes, y se ha de realizar el juicio ordinariamente, con la práctica de prueba de cargo (y de descargo), y el acusador podrá reafirmarse en su acusación provisional o modificarla en conclusiones definitivas, y el Tribunal deberá enjuiciar y valorar libremente la prueba, y de acuerdo a ella dictar sentencia⁹⁵²⁻⁹⁵³.

⁹⁵¹ Vid. MIRA ROS, Corazón, *Régimen...*, cit., pp. 497-500 y 502-504; GIMENO SENDRA, Vicente, *Los procesos penales*, cit., tomo V, pp. 117-118.

⁹⁵² GALDANA PÉREZ MORALES, Mónica, *Correlación...*, cit., pp. 111-114.

⁹⁵³ Cfr. GIMENO SENDRA, Vicente, *Los procesos penales*, cit., tomo V, pp. 129-130, quien hace una matización que atiende al motivo por el que se desvincula el Tribunal de la pena pedida, y en virtud de la cual «inadmite la conformidad». Para este autor si se trata de una discrepancia en el cálculo aritmético de la pena, el Tribunal no debe proceder a ordenar la continuación del juicio, sino después de practicar una audiencia previa donde plantee la tesis jurídica correctora de la discrepancia acerca de la pena, en la cual debe invitar al acusado a manifestar la conformidad con la acusación corregida. Sólo si rechaza conformarse con ésta habrá prosecución del juicio, y con la limitación

2. Conformidad: legalidad versus disponibilidad material. El allanamiento como naturaleza jurídica de las conformidades de los arts. 655 y 688-700 LECrim, y la exclusión de la negociación penal (transacción penal)

La doctrina ha sostenido de forma bastante uniforme que la conformidad de los arts. 655 y 688-700 LECrim contenía (y contiene) un acto unilateral del acusado (y la defensa) en virtud del cual éste aceptaba la pretensión procesal penal del acusador, renunciando al derecho de defensa y al juicio (al juicio con todas las garantías, tras la Constitución de 1978). Salvo alguna excepción⁹⁵⁴, provocada por la errada redacción del art. 655 que habla de que ha de dictarse sentencia de acuerdo a la «calificación mutuamente aceptada», la casi unanimidad de los autores⁹⁵⁵ negaba cabida a la negociación penal en las normas de la LECrim. Es decir, se descartaba que las partes en el proceso penal pudieran negociar una aceptación de la pretensión procesal penal, prescindiendo de la legalidad penal. No se podían configurar unos hechos de manera consensuada por las partes, con independencia del mérito del proceso, ni tampoco se

—apunta el autor— de no poder el acusador ni el Tribunal agravar la calificación inicial mediante la estimación de nuevos elementos calificadorios, ya que de lo contrario habría indefensión del acusado ante una agravación de la calificación.

Mientras que en el caso de que la pena más grave que corresponda lo sea a raíz de una calificación jurídica más grave, después de la información a las partes debería producirse inmediatamente el juicio oral, en cuyo caso tanto el acusador como el Tribunal podrían agravar la calificación jurídica mediante la estimación de un elemento jurídico agravatorio.

⁹⁵⁴ ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, *El allanamiento...*, cit., p. 105, dice que DOLZ ARANGO mantenía esta postura.

⁹⁵⁵ Vid. por todos a ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, *El allanamiento...*, cit., pp. 105-154; FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, «La disponibilidad del derecho a la defensa en el sistema acusatorio español», en *Temas del ordenamiento procesal*, tomo II, Tecnos, Madrid, 1969, pp. 1220-1246, y «Las “negociaciones” y “conformidades” del sujeto pasivo del proceso penal», en *Estudios de Derecho procesal civil, penal y constitucional*, tomo III, EDERSA, Madrid, 1992, pp. 393-397; ORTELLS RAMOS, Manuel, «El nuevo procedimiento penal abreviado...», cit., pp. 12-15; DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, «Disponibilidad del objeto...», cit., pp. 9854-9866; GIMENO SENDRA, Vicente, *Derecho procesal penal*, cit., p. 329; CABAÑAS GARCÍA, Juan Carlos, «El proceso penal español...», cit., pp. 245 y ss.; BARONA VILAR, Silvia, *La conformidad...cit.*, pp. 253-274; PUENTE SEGURA, Leopoldo, *La conformidad...*, cit., pp. 7-14 y 69-80; AGUILERA MORALES, Marien, *El «principio de consenso»...*, cit., pp. 20 y ss., y pp. 131-132; DE DIEGO DÍEZ, Luis-Alfredo, *La conformidad del acusado*, cit., pp. 135-163; RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás, *El consenso...*, cit., pp. 77-88; BUTRÓN BALIÑA, Pedro, *La conformidad...*, cit., pp. 155-181; MIRA ROS, Corazón, *Régimen...*, cit., pp. 157-182.

podía acordar una solución jurídica del caso al margen de la Ley penal sustantiva. En definitiva la conformidad de los arts. 655 y 688-700 no daba lugar a un convenio o transacción entre acusador y acusado, sino al reconocimiento de éste de que la pretensión procesal del acusador se hallaba fundada. Como dice ALCALÁ-ZAMORA, «la calificación no es mutuamente aceptada, sino propuesta, o pretendida por una parte (la acusadora) y aceptada, eso sí, por la otra (la acusada)»⁹⁵⁶.

La razón fundamental para rechazar la negociación penal se basaba en la vigencia del principio de legalidad. En efecto, se partía de la base de que en el proceso penal existía (y existe) un acusador público necesario (aparte de los acusadores particulares contingentes)⁹⁵⁷ el cual debía ejercer sus potestades de parte pública en todos los casos en que hubiere un hecho que revistiere caracteres de delito, conforme a la legalidad penal vigente (art 124.2 CE; arts. 3, 4 y 6 EOMF; art. 435 LOPJ; arts. 100, 105 y 271 LECrim). Pero de acuerdo a este principio no bastaba con que las potestades de acusador necesario —el MF— se ejercieran cada vez que concurriera un hecho con apariencia delictiva, sino que la legalidad penal exigía además que dichas potestades fueren en su contenido correspondientes con los contenidos legales de Derecho penal sustantivo. Es decir, la legalidad impedía no sólo la disponibilidad sobre la potestad de acusar, sino también sobre el contenido de la acusación y sobre el Derecho penal. En suma, el MF de acuerdo a la legalidad estricta, no podía, en primer lugar, dejar de acusar cuando había un hecho que revestía caracteres de delito (indisponibilidad sobre la acción penal); pero además, no podía dejar de acusar por el hecho que correspondía a los antecedentes del sumario, y acusar por otro distinto menos grave, o por un «hecho recortado», o introducir circunstancias fácticas inexistentes, o excluir de la acusación alguna circunstancia concurrente (indisponibilidad sobre el objeto del proceso), como tampoco podía dejar de realizar una calificación del hecho y una petición de pena ajustada a las leyes penales sustantivas, estándole vedado hacer calificaciones

⁹⁵⁶ ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, *El allanamiento...*, cit., p. 106.

⁹⁵⁷ Vid. DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, «Disponibilidad del objeto...», cit., p. 9855; AGUILERA MORALES, Marien, *El «principio de consenso»...*, cit., pp. 20 y ss.

agravadas⁹⁵⁸ o degradadas y/o peticiones de penas agravadas o rebajadas al margen de la legalidad (indisponibilidad del Derecho penal material)⁹⁵⁹.

⁹⁵⁸ Recuérdese que hacer calificaciones iniciales arbitrariamente agravadas, cuando concurre, por ejemplo, una atenuante, puede ser una estrategia para provocar una posterior aceptación de la acusación, cuando la acusación sea modificada a la baja, reconociendo la efectiva concurrencia de la causal de atenuación.

Conviene advertir que esta hipótesis no es caso de «libro», sino al contrario, situaciones de este tipo se producen en las realidades procesales estudiadas. En España, la situación descrita se denuncia a propósito de las conformidades en el juicio por Jurados, en el *Informe sobre la aplicación de la Ley Orgánica del tribunal del Jurado desde el 1 de abril de 1997 al 31 de marzo de 1998*. Aprobado por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial en su reunión del día 5 de mayo de 1999, en «Estudios, Informes y Dictámenes», Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, pp. 178-180. En el juicio por Jurados, denuncia este Informe, se suelen producir conformidades negociadas en el juicio por Jurados, en las cuales la acusación le reconoce alguna circunstancia modificativa a la defensa con el propósito de hacer viable la rebaja de la pena, lo cual es claramente una ilegalidad en la mayoría de los casos. Como se dice más adelante, a propósito del juicio por Jurado, el MF (que es el que habitualmente actúa en estas conformidades) debe actuar bajo el principio de objetividad y legalidad, de modo que debe calificar y pedir pena según la Ley penal, y si objetivamente concurre una causal modificatoria debe acusar y considerar dicha circunstancia desde la primera acusación, pero no puede dejar de hacerlo, reservándola para negociarla en posibles modificaciones a la acusación, con el fin de provocar la conformidad del acusado *ex post*. En consecuencia, si la causal modificatoria existía, pero no la consideró en la primera acusación, reservándola para modificar la acusación más adelante como parte de una estrategia, incurre en ilegalidad porque estaba obligado a hacerlo desde el principio. Lo contrario supondría apartarse del principio de objetividad y de la legalidad penal. Por otra parte, y en virtud de los mismos principios de objetividad y de legalidad penal en la actuación del MF, éste no está autorizado para inventarse modificatorias que no existen. Por lo tanto, si al principio no la consideró en su acusación porque no existía en la realidad, y después con vista a hacer viable la acusación se la reconoce a la defensa en la acusación modificada, ello también constituye una ilegalidad.

En el caso del Derecho chileno, el estudio de la casuística procesal también revela el uso de esta práctica en el procedimiento abreviado. El procedimiento abreviado regula un proceso que supone el reconocimiento de hechos. Pues bien, la estrategia de acusar inicialmente por una calificación agravada, para luego rebajarla en un segundo momento mediante la consideración de circunstancias de atenuación, suele ser una técnica usada para provocar el reconocimiento de hechos.

Obsérvese que en el sistema procesal norteamericano existen ciertas prácticas negociadoras en el *plea bargain* que se aproximan a las que se dan tanto en España como en Chile, como son las del *overcharge* y el *Bluffing*. El *overcharge* consiste en sobredimensionar la primera acusación más allá de lo que «hay», con el fin de persuadir al acusado a que negocie en un segundo momento y acepte una acusación «rebajada». El *bluffing* trata de hacer aparecer la evidencia de una acusación muy sólida, cuando en la realidad no lo es tanto, ello con el propósito de dar la impresión de que en el juicio se obtendrá una sentencia condenatoria segura, de modo de hacer aparecer a los ojos del acusado como muy conveniente cualquier pacto que ofrezca la acusación por mínima que sea la rebaja ofrecida. En el *bluffing* se suele manipular el contenido de la evidencia del caso. Vid. ALSCHULER, Albert, «The prosecutor's role in plea bargain», *The University of Chicago, Law Review*, 36, 1968, pp. 54-104; CABAÑAS GARCÍA, Juan Carlos, «El proceso penal español...», *cit.*, pp. 272 y ss.; CABEZUDO RODRÍGUEZ, Nicolás, *El Ministerio Público y la justicia negociada en los Estados Unidos de Norteamérica*, Comares, Granada, 1996, pp. 103-112. Acerca de las críticas que en general se puede

Esta concepción estaba firmemente arraigada no sólo en el ordenamiento jurídico, sino también en la doctrina⁹⁶⁰⁻⁹⁶¹, de manera que la idea de negociación del acusador con el acusado (y la defensa) era sistemáticamente rechazada para la conformidad de los arts. 655 y 688-700. El acusador necesario (el MF) estaba constitucional y legalmente impedido de negociar. De más está decir que en este escenario jurídico una eventual negociación (extraproceso) del acusador particular no tenía sentido, ya que no se le daba reconocimiento, ni menos efectos legales.

En fin, el acusador (el MF, pues es el acusador necesario) debía plantear siempre la acusación y con pleno respeto a la legalidad. Desde este punto de vista la conformidad se convertía en una posibilidad no negociada que devenía en un acto unilateral: en una

formular a este tipo de «justicia criminal» adherimos a la opinión que últimamente ha expresado SCHÜNEMANN, Bernd, *La reforma del proceso penal*, cit., pp. 99-109.

⁹⁵⁹ Vid. DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, «Disponibilidad del objeto...», cit., pp. 9860 y 9877-9883.

⁹⁶⁰ Vid. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, *El allanamiento...*, cit., pp. 105-154; FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, «Disponibilidad...», cit., pp. 1220-1246, y «Las “negociaciones”...», cit., pp. 393-397; ORTELLS RAMOS, Manuel, «El nuevo procedimiento penal abreviado...», cit., pp. 12-15; DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, «Disponibilidad del objeto...», cit., pp. 9854-9866; GIMENO SENDRA, Vicente, *Derecho procesal penal*, cit., segunda edición, p. 329; BARONA VILAR, Silvia, *La conformidad...*, cit., pp. 253-274; PUENTE SEGURA, Leopoldo, *La conformidad...*, cit., pp. 7-14 y 69-80; DE DIEGO DíEZ, Luis-Alfredo, *La conformidad del acusado*, cit., pp. 135-163; AGUILERA MORALES, Marien, *El «principio de consenso»...*, cit., pp. 20 y ss., y pp. 75 y ss; RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás, *El consenso...*, cit., pp. 77-88; BUTRÓN BALIÑA, Pedro, *La conformidad...*, cit., pp. 155-181; MIRA ROS, Corazón, *Régimen...*, cit., pp. 157-182.

⁹⁶¹ Con especial claridad DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, «Disponibilidad del objeto...», cit., p. 9877: «Cuando la norma fundamental dispone en el art. 124.2 que el Ministerio Fiscal ejerza sus funciones con sujeción a ese mismo principio está imperando, sin lugar a dudas, que el Ministerio Fiscal impulse el proceso penal y acuse siempre que se encuentre ante un hecho con apariencia delictiva y que ajuste estrictamente su acusación —configuración del hecho imputado, calificación jurídica y solicitud de pena— a los parámetros legales». Y más adelante en p. 9873, añade: «...sentado todo lo anterior, deseo insistir, frente a tantas inexactitudes, en que las diversas especies de la conformidad del inculpaado contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 no fueron nunca ni son hoy manifestaciones del llamado principio de oportunidad. Porque eran o son conformidades con una calificación que, siendo del Ministerio Fiscal, había de formularse con absoluto respeto al principio de legalidad».

«(...) las conformidades que aparecen en el “procedimiento abreviado” son ya otra cosa: hay una voluntad de implantar la “negociación”, que asoma con descaro, aunque sin acabar de expresarse legalmente con claridad o, mejor, sin acabar de tener claridad legal. Pero se abren en el procedimiento, sin lugar a dudas, oportunidades legales para la negociación, el pacto, el consenso, para la disponibilidad».

manifestación de voluntad unilateral del acusado de aceptar la acusación, acusación sometida a la Ley en su contenido.

3. Naturaleza no transaccional de la conformidad y la «ratio legis» del efecto de predeterminación de la sentencia

Ahora bien, si se ha descartado que sea una transacción penal (negociación penal), cabe preguntarse cuál es la naturaleza del acto procesal del acusado en virtud del cual aceptaba (y acepta) la acusación. Al respecto se han barajado dos teorías que han pretendido incardinar la conformidad en alguna de las figuras conocidas dentro de la dogmática procesal. Hubo autores⁹⁶² que calificaron de confesión la conformidad (precisamente aquella del art. 688 LECrim), inducidos por el tenor literal de la norma del art. 688 que decía «si se confiesa reo del delito»⁹⁶³, dando a entender que el acusado se confesaba culpable. Pero aparte de esta justificación literal de la tesis de que la conformidad era una confesión, los autores no daban ninguna argumentación teórica añadida.

Con posterioridad ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO⁹⁶⁴ viene a contradecir la tesis de la confesión, dando una serie de razones. Resumidamente, el autor dice que la confesión es un medio de prueba, mientras que la conformidad es una declaración de

⁹⁶² FÁBREGA Y CORTÉS, Magín, *Lecciones de práctica forense: segundo curso de procedimientos judiciales*, Bosch, segunda edición, Barcelona, 1921, pp. 605-606 y 615-616; DE PINA, Rafael, *Manual de Derecho procesal penal*, Reus, Madrid, 1934, pp. 108-109. Ambos autores calificaban de confesión la conformidad del art. 688 y ss. LECrim, probablemente basados en el mismo tenor literal de la norma que decía «si se confiesa reo del delito». Sin embargo, en las obras citadas no había un verdadero análisis crítico de la naturaleza jurídica de las conformidades.

⁹⁶³ El art. 688 aparentemente difiere del 655 porque dice que «preguntará el Presidente [del Tribunal] a cada uno de los acusados si se **confiesa reo del delito** que se haya imputado en el escrito de calificación y responsable civilmente a la restitución de la cosa o al pago de la cantidad fijada en dicho escrito por los daños y perjuicios». El término «confiesa» que usa la Ley hace pensar que en realidad no hay conformidad, sino puramente «confesión», sin embargo, claramente no es así, pues en otros artículos que regulan la misma institución habla indistintamente de conformidad o de conformarse, así, por ejemplo, los arts. 692, 695, 699 y 700, haciendo sinónima la voz confesión de la voz conformidad o, mejor dicho, el uso que hace la norma de la voz confesión la refiere a la conformidad. Otra prueba de que ambas regulaciones (tanto la del art. 655 como la de los arts. 688-700) son conformidades de la misma naturaleza es que ellas tienen el mismo efecto jurídico, según lo dispone el art. 694 que se remite al 655 en cuanto a la regulación de los efectos.

⁹⁶⁴ ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, *El allanamiento...*, cit., pp. 106 y ss.

voluntad; que la LECrim no admite la confesión vinculatoria para el juez, pues en ella no hay prueba legal; que la confesión requiere un mínimo de credibilidad y por tal motivo se exige el juramento, cuestión que está prohibida en la LECrim (art. 387), lo que demuestra que en la LECrim no existe la confesión en estricto rigor; que la confesión se dirige a probar hechos, el objeto de la prueba, mientras que la conformidad se dirige a aceptar una acusación con una petición de pena, y por dicho motivo en el procedimiento de conformidad no se prevé ningún interrogatorio sobre hechos, sino una pregunta global sobre culpabilidad, que en realidad es sobre la aceptación de pena.

En fin, concluye el autor que la confesión es un acto de «reconocimiento a favor de la parte adversa» respecto de las «afirmaciones de hecho», mientras que la conformidad es un «acto de reconocimiento» de la «pretensión jurídica». En esto último estriba la diferencia fundamental de las dos figuras, esto es, que la conformidad sea una aceptación de la pretensión jurídica es lo que excluye su consideración como confesión.

El autor califica de allanamiento⁹⁶⁵ este acto de «reconocimiento de la pretensión jurídica de la acusación». No obstante, inmediatamente acota que no puede ser considerado el allanamiento penal un acto a través del cual se dispone de un derecho subjetivo, como acontece en materia civil, ya que en materia penal no corresponde que el acusado disponga del derecho de acusar y del derecho de penar, sino que se trata de un acto en virtud del cual el acusado renuncia o dispone de un derecho procesal, del derecho de defensa.

FAIRÉN GUILLÉN⁹⁶⁶ también sostiene el carácter de allanamiento de la conformidad, y considera que su contenido es un acto de disposición en que el acusado dispone de su derecho de defensa, del derecho a juicio (tras la Constitución, del derecho a juicio con todas las garantías). Pero además agrega que se dispone del Derecho material, ya que la conformidad determina el contenido de la sentencia, al menos parcialmente⁹⁶⁷.

⁹⁶⁵ ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, *El allanamiento...*, cit., p. 129.

⁹⁶⁶ FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, «La disponibilidad...», cit., p. 1231.

⁹⁶⁷ FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, «La disponibilidad...», cit., pp. 1231-1246.

Otros autores como GIMENO SENDRA⁹⁶⁸ o DE DIEGO DÍEZ⁹⁶⁹, están sustancialmente de acuerdo en sostener el carácter de allanamiento de la conformidad de los arts. 655 y 688, pero no se pronuncian decididamente sobre la disposición del contenido material del proceso.

Por el contrario, FENECH⁹⁷⁰, aunque acepta que la conformidad constituye un acto de disposición procesal o sobre el desarrollo del juicio, niega que ello dé pábulo para sostener la calidad de allanamiento del mismo, ya que el autor pone el énfasis en que el allanamiento civil no puede ser transplantado al proceso penal, pues aquél remite a la idea de disposición sobre el contenido material del proceso, cuestión que no acontece en el proceso penal. Añade además que la disposición del desarrollo del juicio que hace el acusado da lugar a un procedimiento especial⁹⁷¹.

Nótese, sin embargo, que FENECH no controvierte sustancialmente la posición de ALCALÁ-ZAMORA, quien está de acuerdo en que el acusado no dispone del derecho de acusar ni de penar, y no obstante, reconocida esta diferencia con el allanamiento civil, insiste en calificar de allanamiento a la conformidad, porque aunque en ella no se disponga del Derecho material sigue siendo un acto de reconocimiento de la pretensión jurídica de la acusación, y en esto radica la naturaleza del allanamiento desde un punto de vista procesal⁹⁷².

⁹⁶⁸ GIMENO SENDRA, Vicente, *Derecho procesal penal*, cit., segunda edición, pp. 328-329.

⁹⁶⁹ DE DIEGO DÍEZ, Luis-Alfredo, *La conformidad del acusado*, cit., pp. 135-144.

⁹⁷⁰ FENECH, Miguel, *Derecho procesal penal*, volumen II, Labor, tercera edición, Barcelona, 1960, pp. 895-897.

⁹⁷¹ En una posición semejante SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, «El juicio oral», cit., p. 778, y CABAÑAS GARCÍA, Juan Carlos, «El proceso penal español...», cit., pp. 252-261.

⁹⁷² En una posición parecida está la STS de 1 de marzo de 1988, Sala de lo Penal, ponente Vivas Marzal (BDA, m. RJ 1988\1511): «PRIMERO: (...) En lo que respecta a su **naturaleza jurídica**, es cuestión asaz controvertida, encontrando, ciertos sectores doctrinales, semejanza, entre esta figura y el **allanamiento** propio del proceso civil, aunque sea preciso reconocer que, en éste, rige el principio dispositivo, mientras que en el proceso penal, prepondera el de legalidad; otras opiniones, entienden que, la debatida figura, pugna con el principio conforme al cual nadie puede ser condenado sin ser previamente oído y defendido, aunque lo cierto es que sí pudo defenderse y ser oído, renunciando a ello porque quiso, admitiendo y confesando su culpabilidad; finalmente se ha dicho que, la conformidad, no es un acto de prueba, sino un medio de poner fin al proceso, es decir, una situación de crisis del mismo, mediante la cual se llega a la sentencia, sin previo juicio oral y público y de modo acelerado, consecuente a la escasa gravedad de la pena solicitada por las acusaciones y el convenio o acuerdo habido entre acusadores y acusados, en el que han participado los defensores de estos últimos.

Con todo, la esencia de la discusión no se debía de centrar tanto en la naturaleza jurídica como cuestión nominal, sino en el tema que subyace tras la discusión de la naturaleza jurídica y que es, a nuestro juicio, lo realmente importante. Consiste en precisar el por qué o la *ratio legis* de los efectos vinculantes de la sentencia que el legislador otorga a la conformidad, ya que como mínimo se ha de admitir que en la conformidad hay un acto de reconocimiento de la pretensión jurídica de la acusación que produce una predeterminación parcial del contenido de la sentencia. Si esto ha de llamarse o no allanamiento, a nuestro juicio, es una cuestión accesorio.

Así, dejada a un lado la cuestión meramente nominal, hay que resolver la cuestión que sí es relevante, y que consiste en precisar la razón última por la que el legislador otorga a la conformidad un efecto de determinación o vinculante del contenido de la sentencia, aunque sea parcial.

Algunos autores⁹⁷³ siguiendo la tesis de GOLDSCHMIDT⁹⁷⁴ han sostenido que la conformidad sería un acto de causación⁹⁷⁵, puesto que si se dan los presupuestos legales establecidos, dicho acto determina el contenido de la sentencia judicial. Lo cierto es que aunque esa determinación de contenido sea relativa y se halle sujeta a control jurisdiccional en los términos que se ha visto, la conformidad efectivamente produce una determinación del contenido de la sentencia. Ahora bien, que se reconozca este tipo de efecto vinculante a la conformidad, y que se le reconozca la calidad de acto de causación, no es lo mismo que decir que ello se deba a una pretendida disposición del contenido material del proceso, como se suele afirmar en tono de crítica, pero

En lo que atañe a los **efectos**, ya que han reseñado anteriormente, bastando con recordar que la Sentencia, de esta Sala, de 28 de diciembre de 1945, entendió que, en estos casos, hay «vinculatio poenae», y las de 13 de octubre de 1886 y 31 de enero de 1889, insistieron en que, las Audiencias, no pueden imponer pena más grave que la mutuamente aceptada, aunque sí absolver o imponer pena inferior a la convenida».

⁹⁷³ ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, *El allanamiento...*, cit., pp. 118-119; DE DIEGO DÍEZ, Luis-Alfredo, *La conformidad del acusado*, cit., pp. 138-139.

⁹⁷⁴ GOLDSCHMIDT, James, *Problemas...*, cit., p. 63, y también en *Teoría general del proceso*, cit., pp. 147-152.

⁹⁷⁵ En la teoría de GOLDSCHMIDT los actos de las partes se clasifican en actos de obtención, que son aquellos dirigidos a obtener del juez una resolución favorable o a proporcionarle los elementos de juicio para que la dicte fundadamente, y en actos de causación, que son aquellos que producen por sí mismo una determinada situación jurídica, o que si requieren de una resolución judicial para producir la situación jurídica pretendida, van dirigidos a determinar su contenido.

equivocadamente. Ésta será la razón de que así sea en el proceso civil, pero no en el proceso penal. Por eso creemos que no es correcto lo que sostiene FAIRÉN GUILLÉN⁹⁷⁶, cuando indica que la determinación por la conformidad del contenido de la sentencia deriva de la disposición del Derecho material por parte del acusado, ya que es claro que ese derecho no le corresponde al acusado y por lo tanto no puede disponer de él⁹⁷⁷. Más bien se trata, a nuestro juicio, de un efecto cuya causa está en la voluntad del legislador (del Estado-Legislator) de compensar, de premiar la renuncia del derecho procesal de defensa, pues, si no, la renuncia del acusado sería la renuncia del todo (de sus derechos y garantías procesales) a cambio de la nada. Y como nadie renuncia gratuitamente a sus derechos, de no haber alguna compensación o premio, en la práctica las conformidades no se producirían. Por este motivo, el Estado, como contrapartida, renuncia anticipadamente en la misma Ley a agravar la consecuencia jurídico-penal más allá de lo que pide la acusación más grave⁹⁷⁸. En consecuencia, si hay alguien que dispone del *ius puniendi* o del Derecho material ese es el Estado, y no

⁹⁷⁶ Como ya hemos establecido antes, este autor sostiene la disponibilidad del Derecho material en su trabajo «La disponibilidad del derecho a la defensa en el sistema acusatorio», ya citado. Pero después parece rectificar este criterio, aunque no se pronuncia definitivamente, en su trabajo «Autodefensa, autocomposición, pacto, contrato, proceso (la defensa)», en *Estudios de Derecho procesal civil, penal y constitucional. La reforma del proceso penal*, tomo III, Edersa, Madrid, 1992, p. 92.

⁹⁷⁷ Han hecho valer consideramos similares para rechazar la posición de FAIRÉN, CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, *La cosa juzgada penal*, cit, p. 50; AGUILERA MORALES, Marien, *El «principio de consenso»...*, cit, p. 255.

⁹⁷⁸ A nuestro juicio en toda conformidad subyace el sentido premial o compensatorio como contrapartida de la aceptación de la pretensión procesal penal del acusador. De este modo, creemos que también existe en la antigua conformidad de los arts. 655 y 688-700, expresándose en el deber del Tribunal de dictar sentencia de acuerdo a la «calificación mutuamente aceptada» y sobre todo en la no agravación de la consecuencia jurídica pedida en la acusación más grave. Tal lógica premial, aunque no se denominara así, ya estaba presente en la doctrina a principios del siglo pasado en los Comentarios de AGUILERA DE PAZ (*Comentarios...*, cit., tomo V, pp. 66-67 y 76-93).

El sentido premial o compensatorio, obviamente, se ha exacerbado muchísimo en las legislaciones modernas, al punto de que actualmente la Ley ofrece rebajas en la pena, con lo cual la compensación se expresa de una manera distinta, específicamente con la creación de una norma penal especial que reglamenta la rebaja de la pena a cambio de la aceptación de la pretensión procesal penal. En la LECrim se ha introducido esta técnica recientemente en el art. 801.2 (conformidad prestada en el juzgado de guardia) en la que se ofrece una rebaja de un tercio respecto de la pena pedida (Ley orgánica 8/2002, de 24 de octubre). En Italia existe desde antes una norma que ofrece la misma rebaja hasta de un tercio sobre la pena en la *Applicazione della pena su richiesta delle parti*, art. 444 CPP italiano.

el acusado que se allana. La *disposición* del Estado se materializa a través de la Ley, como una *renuncia* parcial y anticipada, además de generalmente aplicable a todo supuesto de conformidad, con lo cual se salva el problema de que la disposición sea respetuosa con el principio de legalidad penal y de igualdad ante la ley.

En consecuencia, el sentido premial o de incentivo que tiene la conformidad, y que se manifiesta en una vinculación de garantía de la sentencia, se realiza con pleno respeto a la legalidad penal en los casos de los artículos 655 y 688 LECrim. El acusador público no puede dejar de acusar por el hecho y por el delito que corresponde, y debe pedir la pena legal. Y, por otra parte, el incentivo viene preestablecido u ofrecido por la Ley, con lo cual se tenía que concluir que no había cabida ni a la transacción penal ni a la disposición del objeto del proceso por las partes, como tampoco del Derecho penal. Esto comienza a cambiar con la LO 7/1988, en la cual se abren las puertas a la negociación penal, pero sin mucha claridad. No se sabe bien qué se puede hacer legítimamente dentro de esa negociación. ¿Se puede negociar al margen de la legalidad penal estricta? O dicho de otra manera, ¿qué puede ofrecer el acusador al acusado en esa negociación, con ocasión de las «propiciatorias» modificaciones a la acusación?⁹⁷⁹

II. LAS CONFORMIDADES EN EL PROCEDIMIENTO ABREVIADO. SU CONCEPCIÓN: ¿NEGOCIACIÓN Y LEGALIDAD PENAL A LA VEZ?

Continuando con los argumentos dados precedentemente, a propósito del establecimiento del procedimiento abreviado en el año 1988 (LO 7/1988), corresponde

⁹⁷⁹ A propósito de estas cuestiones conviene tener presente las incisivas observaciones que hace SCHÜNEMANN, Bernd, «¿Crisis del procedimiento penal? ¿Marcha triunfal del procedimiento penal americano?», en *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*, Tecnos, Madrid, 2002, pp. 294-299. El autor sostiene serias críticas relativas a la penetración del modelo de negociación penal norteamericano en los países de Europa continental, afirmando que la práctica del sistema de negociación puede comportar la infracción de varias garantías procesales. Menciona expresamente que le parece inadmisibles la técnica de conseguir el acuerdo del acusado con la acusación a través del ofrecimiento de «ventajas legalmente no previstas». Y recuerda que el § 136 de la StPO «ha extendido acertadamente la garantía constitucional de no declarar contra sí mismo también a la promesa de ventajas, pues éstas tienen como reverso una amenaza concluyente de la desventaja en caso de rebeldía y, de esta manera, constituye una forma de coaccionar a la confesión». p. 296.

Vuelve el autor citado sobre este asunto renovando su posición crítica en *La reforma del proceso penal, cit.*, pp. 99-109.

analizar un posible cambio en la concepción descrita previamente respecto de la conformidad del procedimiento ordinario. Creemos que, en efecto, así acontece, aunque con una ambigüedad normativa que provocará ciertos problemas a la hora de determinar precisamente cuánto se había modificado el modelo y sobre qué partes del mismo recaían aquellas modificaciones.

La Ley de 1988 introduce por primera vez una conformidad que ya no obedecía totalmente al esquema clásico español: por su intermedio se procura cabida al principio del consenso, con lo cual el legislador no hacía otra cosa que seguir el criterio que comenzaba a imponerse en Europa continental a finales de los años ochenta⁹⁸⁰. En efecto, un año antes, en 1987, el Comité de Ministros de la Unión Europea aconsejaba como medida para resolver los problemas de la administración de justicia, adoptar el principio de oportunidad y las soluciones transaccionales para los delitos bagatelarios⁹⁸¹. Por otra parte, en el año 1988 en Italia se aprobaba el nuevo *Codice di procedura penale* italiano, en el cual se introducía la negociación (*patteggiamento* en la *applicazione della pena su richiesta delle parti*, art. 444 y ss. CPPI) en términos bastantes claros.

Las normas concretas de la LO 7/1988, en consonancia con esta nueva corriente europea, contemplaban unas disposiciones que propiciaban la apertura a un sistema de justicia penal negociada (o por lo menos consensuada), aunque no lo declarara y reconociera expresamente⁹⁸². De otro modo, no se podría haber entendido la redacción de los arts. 791.3⁹⁸³ y 793.3⁹⁸⁴ de dicha Ley. Obviamente, estas disposiciones seguían

⁹⁸⁰ Para una visión crítica de la tendencia del Derecho europeo continental a recoger las formas de negociación penal propias del sistema angloamericano, en cuanto se infringen importantes garantías procesales y penales, *vid.* SCHÜNEMANN, Bernd, «¿Crisis del procedimiento penal?...», *cit.*, *passim*, y del mismo autor *La reforma del proceso penal*, *cit.*, pp. 99-109.

⁹⁸¹ *Vid.* Recomendación N° R (87) 18 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, apartados I y II. También, RODRIGUEZ GARCÍA, Nicolás, *El consenso en el proceso penal español*, Bosch, Barcelona, 1997, p. 84; AGUILERA MORALES, Marien, *El «principio de consenso»...*, *cit.*, pp. 20 y ss., y 132 y ss.

⁹⁸² El Preámbulo de la LO 7/1988 nada dice al respecto, lo cual es raro en el Legislador español que suele dar cuenta más o menos clara en las Exposiciones de Motivos o Preámbulos de las principales modificaciones legales que se introducen en las respectivas leyes.

⁹⁸³ El art. 791.3 de la LO 7/1988, decía: «En su escrito, firmado también por el acusado, la defensa podrá manifestar su conformidad con el escrito de acusación que contenga pena de mayor gravedad.

dando cobertura a la conformidad como acto unilateral por el cual el acusado acepta la pretensión acusadora sin mediar transacción, pero, junto a esta tradicional conformidad, se contemplaban momentos y cauces procesales que daban pábulo para que las partes intentaran buscar una conformidad pactada.

El tenor de las disposiciones hacían admitir aún a los más reticentes⁹⁸⁵ el inequívoco sentido de estas figuras; por tal motivo, la discusión se iba a producir no tanto respecto a la existencia de posibilidades reales de negociación conforme a la Ley, sino más bien acerca de si lo que la norma pretendía introducir guardaba armonía con los principios constitucionales que regían (y rigen) el proceso penal y la actuaciones del acusador público, fundamentalmente el principio de legalidad (art. 124 CE, y art. 1, 2, 3, 5, 6 del EOMF) y también el principio de objetividad («imparcialidad», art. 124 CE, y 2.1 y 7 del EOMF)⁹⁸⁶, pues la LO 7/1988 no modificó en absoluto el marco constitucional que

Tal conformidad podrá también formalizarse conjuntamente con el escrito de acusación del Ministerio Fiscal».

⁹⁸⁴ El art. 793.3 de la LO 7/1988, en lo pertinente decía: «Antes de iniciarse la práctica de la prueba, la acusación y la defensa, con la conformidad del acusado presente, podrán pedir al Juez o Tribunal que proceda a dictar sentencia de conformidad con el escrito de acusación que contenga pena de mayor gravedad, o con el que se presentara en ese acto...».

⁹⁸⁵ Vid. ORTELLS RAMOS, Manuel, «El nuevo procedimiento penal abreviado...», *cit.*, pp. 12-15; DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, «Disponibilidad del objeto...», *cit.*, *passim*, y precisamente en p. 9873; CABAÑAS GARCÍA, Juan Carlos, «El proceso penal español...», *cit.*, pp. 245 y ss.; AGUILERA MORALES, Marien, *El «principio de consenso»...*, *cit.*, pp. 20 y ss., y 132 y ss. También SCHÜNEMANN, Bernd, «¿Crisis del procedimiento penal?...», *cit.*, pp. 292-293, se refiere al caso español en que el legislador decide dar cabida a la negociación penal.

⁹⁸⁶ La doctrina centra su análisis sólo en el principio de legalidad cuando se trata de criticar la negociación penal. Estimamos, sin embargo, que este análisis puede verse enriquecido si se analiza el sometimiento a la legalidad del MF junto al principio de objetividad (denominada imparcialidad, aunque el art. 7 EOMF aclara su contenido de objetividad en el ejercicio de sus potestades). En efecto, creemos que puede ayudar a comprender la ilegitimidad de ciertas prácticas negociadoras, las que no podrían tener cabida por la vigencia del principio de objetividad. Así, por ejemplo, el caso del acusador que en la primera acusación no pide una atenuante o una eximente incompleta aunque fuere procedente, con el fin de que el resultado de la acusación sea más grave en el primer momento procesal, guardándose la posible inclusión de ellas en una segunda acusación, todo ello con el propósito de provocar una negociación penal en la cual el acusado se allane. La objetividad impondría al acusador no sólo el deber de alegar aquello a favor de la tesis inculpativa, sino todo aquello que se desprenda de la correcta valoración e interpretación de los elementos de juicio que obran en el proceso, con independencia de su signo favorable o desfavorable a una u otra parte.

Este tipo de tácticas se han dado en el sistema español, *vid. Informe sobre la aplicación de la Ley Orgánica del tribunal del Jurado desde el 1 de abril de 1997 al 31 de marzo de 1998*. Aprobado por el

rige la actuación del MF en el proceso penal: legalidad penal y objetividad. Tampoco modificó las normas de rango legal al respecto. En este escenario se puede decir que desde el punto normativo y estrictamente técnico se había introducido la posibilidad de negociar, pero a la vez regía plenamente el principio de legalidad penal, el sometimiento a la legalidad del acusador público, y su deber de ejercer sus potestades con objetividad. Una interpretación técnica debía de llegar a la necesaria conclusión de que el sistema de conformidad del procedimiento abreviado autorizaba a negociar sólo en la medida que ella no condujera a saltarse la legalidad penal y el deber de objetividad del acusador público⁹⁸⁷, sin embargo, una conformidad negociada dentro de estos márgenes, así, sin más, resulta bastante poco estimuladora de su uso.

A nuestro juicio, el error esencial de la conformidad de la LO 7/1988 (y que con la Reforma de 2002 se corrige en parte) fue que a sabiendas de los principios constitucionales y legales que regían (y rigen) el proceso penal no previó lo evidente: si el MF cumplía como debía con ellos, la conformidad sólo podía reconocer como legítimo objeto de transacción la negociación de la pena concreta dentro de los márgenes legales abstractos, y la utilización de tan escaso margen de maniobra iba a derivar en un uso poco intenso de la conformidad por falta de incentivos para el acusado. Mientras que su uso intenso, como era menester por la excesiva carga de trabajo del MF y de los tribunales (y como finalmente ocurrió)⁹⁸⁸, iba a suponer un cierto relajamiento de la legalidad penal y del deber de sometimiento a la legalidad por parte

Pleno del Consejo General del Poder Judicial en su reunión del día 5 de mayo de 1999, en «Estudios, Informes y Dictámenes», Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, pp. 178-180.

También en el sistema chileno se están produciendo en el seno del procedimiento abreviado, *vid* en este trabajo la parte dedicada a la crítica de estas prácticas forenses en el sistema chileno, dentro del procedimiento abreviado.

⁹⁸⁷ De más está decir que cuando se negocia el acusador particular es irrelevante o, por lo menos, no decisivo en aquella negociación, salvo para frustrarla, pero no para que ella prospere. Lo mismo se tiene que decir del acusador popular.

⁹⁸⁸ Obsérvese que actualmente casi la mitad del total de las acusaciones presentadas acaban en conformidades, según lo dice MORENO CATENA, Víctor, «El proceso penal español. Algunas alternativas para la reforma», en *Sistemas penales europeos* (dirigido por Palomo del Arco, Andrés), Cuadernos de Derecho Judicial, IV, 2002, Madrid, p. 17. En consecuencia, con un mínimo de realismo cabría preguntarse ¿cómo se llega a conseguir un contingente tan elevado de acusados dispuestos a conformarse con la acusación (¿condena segura!)? ¿Por el puro ofrecimiento de lo que la Ley dispone o se requerirá de un incentivo real aunque al margen de la Ley que nada ofrece? La respuesta se antoja evidente.

del MF (y de su control jurisdiccional), con el propósito de ofrecer más incentivos reales para el acusado, o, dicho de otra manera, con el fin de ganar nuevos espacios para una negociación más eficaz.

En esta tesitura resulta mucho más honesto y realista, si se quiere introducir una conformidad negociada y a la vez preservar un sistema procesal penal con vigencia de la legalidad penal, regular directamente los incentivos que se pueden ofrecer y ponerles límites claros, y establecer unos presupuesto estables en virtud de los cuales se ha de poder acceder a este tipo de conformidades. Nos parece en esta línea loable lo que hace el art. 801 al establecer el incentivo de rebaja de pena, y de someterlo a unos presupuestos legales claros, de tal manera que se le pueda exigir con realismo al MF que se atenga a la legalidad penal en la configuración de los hechos, que no manipule las calificaciones y que no se salte los límites abstractos de la pena correspondiente a dicha calificación⁹⁸⁹ en la búsqueda de una aceptación de la pretensión acusatoria por parte del acusado.

Lamentablemente lo anterior no fue lo que hizo la LO 7/1988, ni tampoco lo que ha hecho la Ley 38/2002 que modificó a la primera en esta materia en el procedimiento abreviado⁹⁹⁰. Cabe preguntarse nuevamente, tras la Reforma, cuáles son los márgenes de la negociación en esta conformidad. Teóricamente los mismos que en la LO 7/1988, es decir, dentro de la legalidad penal, y dentro de ella cabría una magra negociación sobre la individualización de la pena, pero sin salirse de los márgenes legales abstractos. Desde luego, quedaría excluida, en virtud del sometimiento a la legalidad del MF, cualquier modulación de los hechos que se aparte del mérito de la instrucción, como también cualquier utilización y manejo de las circunstancias modificatorias, y lo

⁹⁸⁹ Esto mismo lo insinúa de pasada AGUILERA MORALES, Marien (con Gascón Inchausti), *La Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Comentario a la Ley 38/2002 y a la Ley Orgánica 8/2002, de 24 de octubre*, Civitas, Madrid, 2003, p. 375.

⁹⁹⁰ La única conformidad que se atreve a regular con acierto el tema de los incentivos es la conformidad en la guardia del juicio rápido (art. 801), denominada «conformidad premiada», nombre que revela una cierta ingenuidad, pues parte de la idea de que las demás conformidades no son «premiadas», por el sólo hecho de que la Ley no lo prevé expresamente. La práctica demuestra todo lo contrario. Nuevamente se deben tener presentes las observaciones que hace al respecto SCHÜNEMANN, Bernd, «¿Crisis del procedimiento penal?...», *cit.*, *passim*, y especialmente pp. 292-297.

mismo respecto a la posibilidad de barajar calificaciones degradadas respecto de la realmente concurrente.

Cabe preguntarse si con este esquema legal es esperable que la legalidad penal se respete efectivamente, o se corre el riesgo de reeditar las malas prácticas en que suele incurrir el MF, con la aquiescencia de los órganos jurisdiccionales⁹⁹¹, destinadas a estimular al acusado a que preste su conformidad a una «acusación retocada».

La nueva regulación parece intuir el riesgo y ha previsto un control de legalidad del órgano jurisdiccional más estricto sobre la calificación jurídica y la pena que el que había en la anterior regulación. Con esta mayor rigurosidad se establece claramente que el Juez o Tribunal no debiera homologar la conformidad sino cuando considere correcta la calificación y legalmente procedente la pena⁹⁹²; bajo este esquema las partes no podrían negociar ninguna calificación más favorable en una primera⁹⁹³ y, sobre todo, segunda acusación, con el propósito de ofrecer al acusado una «pena conveniente a la conformidad», como tampoco sería viable una modificación en la calificación por la eliminación de circunstancias agravantes o la introducción de atenuantes, o a través de la modificación del grado de perfeccionamiento, o de la forma de participación,

⁹⁹¹ Vid. las prácticas que se denuncian en el *Informe sobre la aplicación de la Ley Orgánica del tribunal del Jurado desde el 1 de abril de 1997 al 31 de marzo de 1998*. Aprobado por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial en su reunión del día 5 de mayo de 1999, en «Estudios, Informes y Dictámenes», Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, pp. 178-180.

⁹⁹² A este respecto conviene tener en cuenta lo que acontece en el modelo de justicia estadounidense, donde la ley penal sustantiva legislada resulta que no es el único parámetro normativo que el juez debe aplicar, sino que el mismo juez cuenta con la discrecionalidad suficiente para modificar la Ley penal cuando ello sea «conveniente». Esto es lo que se denomina *law-making* y *judge-made law*. Para una visión europea continental del sistema estadounidense en este aspecto vid. FANCHIOTTI, Vittorio, «Riflessioni sulla giustizia penale in U.S.A.», en *Cassazione Penale*, fascicolo 1, enero, 1998, *passim*, y especialmente pp. 323-324.

NOBILI, Massimo, «Principio di legalità e processo penale», *cit*, pp. 648-660, advierte los problemas que se suscitan para el Derecho penal sustantivo y el principio de legalidad en sus relaciones con procesos penales que no siempre operan de manera funcional con aquellos.

⁹⁹³ No se puede descartar que las partes realicen contactos extra procesales previos a la primera acusación con el fin de buscar un acuerdo para llegar a una conformidad en el primer momento previsto en el art. 784.3, en cuyo caso la misma acusación provisional, aunque no lo diga o reconozca explícitamente, será fruto de un pacto, y el acusado se manifestará conforme con su contenido el cual habrá sido previamente negociado. En cualquier caso, lo más lógico es que las conformidades tiendan a producirse con posterioridad, en las posibilidades que tienen las partes de modificar el escrito de acusación, como lo prevé el párrafo segundo del art. 784.3 o el art. 787.1.

salvo, claro está, que efectivamente tuvieran una base fáctica dichas modificaciones o introducciones.

La sustancia de la cuestión está en desentrañar el sentido de la conformidad negociada considerando el control de legalidad del Juez o Tribunal, el cual se ejerce sobre toda la calificación jurídica y la pena. Corresponde encontrarle un sentido a la posibilidad de que haya una modificación de la primera acusación⁹⁹⁴ (art. 787.1). En efecto, no resulta muy comprensible que se haga tanto alarde con la debida legalidad a la que se debería someter la conformidad, y que enseguida se admita la posibilidad de segundos momentos procesales para acordar una conformidad, sin que medie ningún nuevo dato objetivo (prueba y/o debate) que permita justificar una modificación de la acusación, como no sea un «súbito cambio de opinión jurídica del acusador» (MF, principalmente) o, más realistamente, una negociación. ¿Pero sobre qué pueden pactar las partes si ya se ha dicho que la calificación y la pena deben ser las legales? ¿Acerca de los hechos? Pero si la misma norma dice que el hecho no puede ser distinto al de la primera calificación (art. 787.1). Con todo, podría plantearse que dicha limitación se refiera al hecho punible que ha de permanecer inmutable, pero no a las circunstancias fácticas adyacentes al hecho sustancial, como puede ser una circunstancia de modificación de la responsabilidad penal, una circunstancia de calificación delictiva, o una circunstancia fáctica que determine la concurrencia de un subtipo agravado o degradado, que pudieran ser objeto de pacto para ser excluidas o introducidas en una segunda acusación fruto del consenso de las partes.

Si cabe una interpretación de este tipo con el fin de buscarle algún sentido a las posibilidades de modificar la primera acusación, veremos que a través de las modificaciones fácticas accesorias se pueden alterar las consecuencias jurídicas y las partes acabarán igual «disponiendo con eficacia de ellas», con lo cual la proclamada

⁹⁹⁴ Hacemos la prevención de que a nuestro juicio no hay impedimento legal para que las partes realicen contactos previos a la primera acusación, cuyo objetivo sea pactar con antelación un contenido de la acusación y de esa manera llegar a la conformidad en el primer momento (art. 784.3), hipótesis en que el acusado se conformará en el escrito de defensa, pero en realidad la verdadera conformidad se habrá producido antes. Pues bien, en este caso los límites del MF para modular la acusación con fines de facilitar la negociación son los mismos que se prevén para las modificaciones posteriores al escrito de acusación en el art. 787.1.

estricta legalidad se vería diluida, ya que el Juez o Tribunal no puede ejercer ningún control sobre los hechos de la conformidad (art. 787.2).

Lo cierto es que la norma (art. 787) no ofrece una regulación exhaustiva sobre determinadas hipótesis imaginables. Así, por ejemplo, qué ocurre en caso que las partes pacten la exclusión de una circunstancia agravante o de una circunstancia de subtipo agravado, recogiendo parcialmente en la acusación la versión de los hechos de la defensa en su escrito de defensa, y que se integra en la segunda acusación en la cual se alcanza la conformidad. Lo mismo podría acontecer con la introducción de una circunstancia atenuante, o de una eximente incompleta que había sido alegada en el escrito de defensa, y no siendo contemplada en la primera acusación se introduce en la segunda, fruto de un pacto entre las partes.

En estos casos el hecho punible es el mismo (no es distinto, art. 787.1), no obstante los hechos accesorios adyacentes al hecho punible han sido modificados, pudiendo provocar importantes repercusiones en la calificación y en la pena.

Por el contrario, si el sometimiento a la legalidad del MF le impide no sólo modificar el hecho punible de la primera acusación, sino incluso acordar unos hechos accidentales distintos a los que se desprenden del mérito de la instrucción, habría sido mucho mejor que la norma dijera expresamente que en las modificaciones a la primera acusación sólo se podían prever rebajas de penas dentro de los márgenes legales abstractos, sin modificación de los hechos de la acusación (tanto el hecho punible como los hechos accesorios)⁹⁹⁵ y de la calificación jurídica en cualquiera de sus partes.

De otra parte, tampoco se puede negar la posibilidad de que los pactos entre acusación y acusado acontezcan antes de la primera acusación (provisional), con la finalidad de que esta misma sea el fruto de la negociación, con lo cual la conformidad no se esperará a un segundo momento procesal para producirse, sino que se manifestará desde el primer momento. Pues bien, resulta que en este supuesto la negociación no tiene un hecho punible ni hechos accesorios objeto de acusación previa que deban ser respetados por la segunda acusación, es decir, no se ve limitada por la

⁹⁹⁵ Con lo cual el principio de legalidad se plasma en la concreta y absoluta «indisponibilidad del objeto del proceso». *Vid. supra* y lo que dice DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, «Disponibilidad del objeto...», *cit.*, p. 9855.

disposición del art. 787.1, que dice que la acusación del pacto no puede «referirse a hecho distinto» a los de la primera acusación. Con todo, en este caso, aunque la Ley no lo diga ¿debe entenderse que por el sometimiento a la legalidad del MF éste no puede dejar de acusar por los hechos que se desprenden de la instrucción? La respuesta, teóricamente, parece que debiera ser afirmativa, pero lo cierto es que la Ley no contempla ningún control sobre estas cuestiones, y el sistema en su globalidad, y juzgado desde un punto de vista práctico, se insinúa en sentido contrario.

Estas cuestiones tienen mucha importancia para comprender el efecto de predeterminación de la sentencia, y sobre la manera en que las partes se sirven de la conformidad con el fin de buscar un contenido de la sentencia, cuando se presenta una situación de previa negociación.

Hecha esta presentación de la cuestión, enseguida situaremos a la conformidad del procedimiento abreviado en su preciso ámbito de aplicación y nos referiremos a su regulación a través de los presupuestos legales de los que depende su eficacia, para luego tratar el tema de interés, cual es el efecto de predeterminación de la sentencia y los problemas que plantea.

1. La eficacia de la conformidad del procedimiento abreviado supeditada a determinados presupuestos

Sólo con el propósito de ubicar a esta conformidad trataremos someramente el ámbito de aplicación y sus presupuestos legales específicos, de modo de clarificar cuándo y bajo qué requisitos procede. De ellos va a depender su eficacia, es decir, de la concurrencia de estas «exigencias» va a depender la producción de los efectos jurídicos de la conformidad, en especial, la determinación del contenido de la sentencia, que es la materia que nos ocupa.

1.1. Ámbito de aplicación

El ámbito de aplicación de la conformidad en el procedimiento abreviado está claramente regulado. El art. 787.1 señala que «Si la pena no excediere de seis años de

prisión, el Juez o Tribunal dictará sentencia de conformidad con la manifestada por la defensa, si concurrieren los requisitos establecidos en los apartados siguientes».

El tenor de la disposición resuelve el problema que se había presentado con la redacción del derogado art. 793.3 párrafo 1º, que no aclaraba el límite de aplicación de la conformidad, existiendo quienes consideraban que la conformidad sólo procedía respecto de penas que no excedieran los 6 años de privación de libertad⁹⁹⁶, mientras que

⁹⁹⁶ Por la primera posición se expresaron en su momento varios autores: GIMENO SENDRA, Vicente, *Derecho procesal penal, cit.*, segunda edición, p. 335; GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, *Derecho Jurisdiccional, III. Proceso penal, cit.*, séptima edición, pp. 258-259; BARONA VILAR, Silvia, *La conformidad del acusado, cit.*, pp. 276-278; CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Cándido, «El Juicio oral», en AAVV, *La reforma del proceso penal*, Tecnos, Madrid, 1990, pp. 190-191; ESCUSOL BARRA, Eladio, *El proceso penal por delitos..., cit.*, p. 116. Esta posición sostenía que la disposición que debía aplicarse en este caso era la contenida en el art. 655, que contenía el límite de la «pena correccional». Las razones fundamentales que se esgrimían eran las siguientes:

Primera razón. La regla del artículo 655 de la conformidad en el procedimiento ordinario por delitos graves no estaba (ni está) derogada y procedía su aplicación supletoria para el procedimiento abreviado, de modo que si nada se previó en las normas del procedimiento abreviado, se debía aplicar el límite previsto en aquélla (CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Cándido, «El Juicio oral», *cit.*, pp. 190-191). Pero a esta posición hay que hacerle una matización importante a partir de la tesis que sostiene GÓMEZ COLOMER (*Constitución y proceso penal, cit.*, pp. 48-55), quien si bien coincidía en la aplicación supletoria del límite de aplicación del art. 655 para el procedimiento ordinario, referida a la pena correccional, que asimilada al antiguo CP se entendía referida a la prisión menor, comprendiendo penas que iban desde seis meses y un día a seis años. Creía este autor necesario corregirla para adecuarla a la promulgación del CP del año 1995, que derogó todo el sistema de penas anterior y modificó la nomenclatura, desapareciendo la «prisión menor», la cual vino a ser reemplazada, en opinión de este autor, por la de «prisión menos grave», pena que tiene otros rangos punitivos, previstos especialmente en el nuevo CP en el art. 33.3, y que abarca desde los seis meses hasta tres años de prisión.

Segunda razón. Tradición jurídica. Abrir la conformidad para delitos con penas altas va contra la inspiración histórica del Derecho español y del Derecho comparado, que la limitan a ilícitos de baja penalidad (BARONA VILAR, Silvia, *La conformidad..., cit.*, p. 277; CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Cándido, «El Juicio oral», *cit.*, pp. 190-191).

Tercera razón. Íntimamente ligada a la anterior, y por dicha razón, toda apertura de la conformidad a ilícitos graves necesita de una norma expresa que así lo establezca. Se rechazaba, en consecuencia, la idea de deducir que estaba implícita en la norma la posibilidad de ampliación de la conformidad al límite máximo del proceso abreviado que era (y es) de nueve años (derogado art. 779 de la LECrim), CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Cándido, «El Juicio oral», *cit.*, pp. 190-191.

Cuarta razón. Se cuestionaba además los efectos de una conformidad por sobre el límite del art. 655, ya que la conformidad tendería a no producir ninguna vinculación del tribunal, en el sentido de que en caso de admitir la conformidad respecto de acusaciones en que se pedían penas más altas que la contemplada en el art. 655, se incurriría en el absurdo de que en estos casos la conformidad tendía a perder su eficacia vinculante o, mejor dicho, limitadora de la facultad individualizadora de la pena, ya que el juzgador pudiendo aplicar una pena menor a la objeto de conformidad, en la medida que ésta sea

otros sostenían que se podía aplicar con la misma amplitud del procedimiento abreviado⁹⁹⁷, es decir, con delitos cuya pena no excedieran de nueve años de privación de libertad.

La nueva disposición eliminó la antigua mención a la «estricta conformidad», cuyo límite de aplicación era de seis años de pena, dando a entender, aunque no lo decía, que a la par había una «conformidad no estricta o simple», que operaba sobre ese límite hasta el máximo de penas que se podía instar en el procedimiento abreviado. En la nueva redacción la norma sólo alude a la pena de seis años de prisión como límite de

más alta y se aproxime al máximo legal el juzgador se veía menos constreñido, perdiendo eficacia vinculante la conformidad (y sentido para las partes) pudiendo en todo caso recorrer con mayor amplitud los márgenes de pena legalmente establecidos y precisados en la acusación conformada, BARONA VILAR, Silvia, *La conformidad...*, cit., pp. 277-278.

⁹⁹⁷ Entre los que sostenían esta posición se contaban los siguientes: ORTELLS RAMOS, Manuel, «El nuevo procedimiento abreviado...», cit., pp. 13-14; DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, «Disponibilidad del objeto...», cit., pp. 9871-9872; ZARZALEJOS NIETO, Jesús, «El nuevo proceso abreviado para delitos menos graves», en AAVV, *Nuevos tribunales y nuevo proceso penal*, La Ley, Madrid, 1989, p. 175, y la Fiscalía General del Estado en la Circular 1/1989. Sus argumentos eran los siguientes:

Primera razón. Se esgrimía que el derogado art. 791.3 que regulaba esta conformidad no contenía ningún tipo de limitación de pena para la procedencia de la misma, por lo que había que remitirse a la norma general del procedimiento abreviado en el cual se incardinaba. Esa norma de referencia era el art. 779, que sí contenía la limitación general para el procedimiento abreviado, que decía: «(...) el procedimiento regulado en este Título se aplicará al enjuiciamiento de los delitos castigados con pena privativa de libertad no superior a nueve años (...)».

Segunda razón. El derogado art. 793.3 que regulaba la conformidad para el caso que se produjera en la etapa del juicio oral y que establecía la vinculación del tribunal aplicable también para el caso del también derogado art. 791.3, que señalaba «(...) podrán pedir al Juez o Tribunal (...)», refiriéndose a estos dos órganos jurisdiccionales porque dependiendo de la pena asignada al delito de la acusación le correspondía a uno u otro el conocimiento del juicio oral. Si el delito tenía asignada una pena superior a 5 años de prisión según lo dispone el art. 14.3 de la LECrim, ese delito es de competencia del tribunal.

Tercera razón. De nuevo con el derogado art. 793.3, pues éste seguía más adelante y agregaba que «Si la pena no excediere de 6 años, el Juez o Tribunal dictará sentencia de estricta conformidad con la aceptada por las partes». Aquí correspondía concluir dos cosas. Primero, la alusión a dos órganos jurisdiccionales, «Juez o Tribunal», se hacía porque al primero le tocaba conocer los delitos que tenían pena de hasta 5 años, y sobre ese límite le correspondía el conocimiento al segundo (hasta los nueve años). Pues bien, en el tramo que va desde los cinco a los seis años, la norma estaba disponiendo la aplicación del mismo régimen que para aquellos delitos de competencia del Juez de lo Penal (hasta cinco años), esto es, el de estricta conformidad, pero con la salvedad de que aquí el competente era la Audiencia Provincial (el «Tribunal»). La segunda consecuencia era que del tenor del art. 793.3, según hemos visto, se concluía que había dos tipos de conformidad, hasta seis años la estricta conformidad, y sobre eso y hasta los nueve años una conformidad que se acercaba más en sus efectos de vinculación al antiguo reconocimiento de hechos.

pena y señala que sólo en este caso el Juez o Tribunal estará obligado a dictar sentencia de conformidad, con lo cual consigue aclarar que sobre este límite de pena la «conformidad» no tiene cobertura legal y, por lo tanto, no produce efecto jurídico alguno, a la vez que deja sin base legal a la distinción entre conformidad estricta y no estricta o simple⁹⁹⁸.

El límite de los seis años de prisión a que alude el art. 787.1 se refiere, a nuestro juicio, a la pena concreta pedida en la acusación conformada y no a la pena abstracta que corresponde al delito de la acusación⁹⁹⁹.

Por otra parte, obsérvese que el límite opera respecto de cada imputación, de modo que si a un mismo acusado se le imputan varios delitos, las penas privativas de libertad pedidas por cada uno de ellos no se suman al objeto de calcular si se encuentra dentro del límite en que se permite la conformidad, sino que el límite de seis años de prisión opera autónomamente para cada uno de los delitos imputados¹⁰⁰⁰. Como dice GASCÓN INCHAUSTI¹⁰⁰¹, «en estos supuestos, por tanto, el dato de que sumadas las diversas penas pedidas superan dicho límite no constituye óbice a la admisibilidad de la conformidad»¹⁰⁰²⁻¹⁰⁰³.

⁹⁹⁸ En estos términos *vid.* Circular 1/2003, de 7 de abril de 2003; GASCÓN INCHAUSTI, Fernando (con Aguilera Morales), *La Reforma...*, *cit.*, p. 135; CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Cándido, *Los juicios rápidos, el procedimiento abreviado y el juicio de faltas* (con Garberí Llobregat, Casero Linares, Colmenero Menéndez de Luarca, Torres Fernández de Sevilla y Vieira Morantes), tomo I, Bosch, Barcelona, 2003, pp. 674-676; ARMENTA DEU, Teresa, *El nuevo proceso abreviado...*, *cit.*, p. 136.

⁹⁹⁹ Así lo ha entendido la mayoría de la doctrina. *Vid.* Circular 1/2003, de 7 de abril de 2003; GASCÓN INCHAUSTI, Fernando (con Aguilera Morales), *La Reforma...*, *cit.*, p. 135; CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Cándido, *Los juicios rápidos...*, *cit.*, pp. 674-675. Opinión en contra la de ARMENTA DEU, Teresa, *El nuevo proceso abreviado...*, *cit.*, p. 136.

¹⁰⁰⁰ Justo lo contrario de lo previsto en el art. 801.1.3º para la conformidad en la guardia.

¹⁰⁰¹ GASCÓN INCHAUSTI, Fernando (con Aguilera Morales), *La Reforma...*, *cit.*, p. 135.

¹⁰⁰² Todo lo contrario a lo que se dispone en la conformidad premiada del art. 801 LECrim, en la cual se establece que si se piden varias penas privativas de libertad, sumadas no pueden superar los dos años de privación de libertad (art. 801.1.3º).

¹⁰⁰³ Con respecto a las otras clases de penas, la norma guarda silencio (art. 787.1 *in fine*), esto es, nada dice acerca del límite de la multa y de la penas privativas de otros derechos, de manera que corresponde concluir que en relación a éstas no opera otra limitación que la propia del procedimiento abreviado y, en consecuencia, se puede acordar la conformidad sin ninguna restricción impuesta por el *quantum* dentro del procedimiento abreviado (art. 757). *Vid.* GASCÓN INCHAUSTI, Fernando (con Aguilera Morales), *La Reforma...*, *cit.*, p. 135.

1.2. *Presupuestos legales específicos*

La Ley regula esta materia en los arts. 784.3 y 787, en los cuales se tratan los presupuestos referidos a la forma en que se manifiesta la conformidad y a su ratificación; a los requisitos bajo los cuales se expresa válidamente la voluntad del acusado, y a los requisitos atinentes al contenido de la conformidad.

En cuanto a la forma y momento en que se debe producir la conformidad, la Ley contempla tres momentos en que se puede producir y manifestar la conformidad, expresándose en cada uno de ellos de un modo distinto. Después de la manifestación (anuncio) se establece un momento y forma específica en que el acusado debe ratificar la conformidad. La manifestación y la ratificación de la conformidad son dos actos distintos, pero en su conjunto conforman la aceptación perfeccionada de la acusación¹⁰⁰⁴.

Por último, en lo tocante al ámbito de aplicación corresponde anotar que el art. 787.5 contiene una exclusión temática con relación a la «adopción de medidas protectoras en los casos de limitación de responsabilidad penal», dejando fuera del objeto de la conformidad esta materia. La disposición dice que «No vinculan al Juez o Tribunal las conformidades sobre la adopción de las medidas protectoras», norma con la que el legislador está diciendo una cosa más precisa que es que la conformidad no produce efectos jurídicos si se llegara a acordar sobre este extremo.

En cuanto al significado de la expresión «medidas protectoras» que usa la Ley, ha de entenderse como referencia hecha a las medidas de seguridad que procede aplicar cuando el acusado se halla en alguna hipótesis de inimputabilidad.

La exclusión de esta materia como objeto de conformidad no es más que la necesaria consecuencia de que en dichos casos, por ser el acusado persona que carece de conciencia y voluntad libre, no puede expresar su libre consentimiento en la aceptación o acuerdo de una conformidad.

¹⁰⁰⁴ El primer momento en que se puede manifestar la conformidad es el previsto en el art. 784.3, párrafo 1º, que permite que el abogado defensor y el acusado puedan manifestar su conformidad en el escrito de defensa firmado por ambos. En este caso, el acusado y la defensa en vez de formular su «contrapretensión» aprovechan el escrito de defensa para aceptar los términos de la acusación.

Un segundo momento procesal es el que se contempla en el art. 784.3 párrafo 2º, en el cual se permite que las partes acusadoras y acusadas, junto con el Letrado de éstas últimas, firmen un nuevo escrito de calificación. A través de este cauce se insinúa legalmente que la conformidad no sólo puede ser un acto de aceptación unilateral de la pretensión acusatoria por parte del acusado, sino que también se puede llegar a una conformidad mediante un pacto entre las partes, cuestión que se plasma en la suscripción de un nuevo escrito después de que inicialmente la defensa había adoptado la decisión de defenderse en su escrito de defensa.

El tercer momento previsto en la Ley es el que se produce ya iniciadas las sesiones del juicio, pero antes de que se dé comienzo a la práctica de la prueba. En este momento la Ley dispone dos modos en que se puede producir y manifestar la conformidad. En primer lugar, «la defensa, con el acuerdo del acusado presente, podrá pedir al Juez o Tribunal que proceda a dictar sentencia de conformidad con el

La ratificación del acusado permite al Juez o Tribunal controlar la libertad y conocimiento con que éste ha prestado la conformidad, en cuanto requisito de eficacia de ésta¹⁰⁰⁵. Da lugar al control de los presupuestos específicos bajo los cuales se expresa válidamente la voluntad del acusado.

Como es natural (y conveniente), la Ley prevé ciertos requisitos para considerar que la voluntad del acusado se expresa válidamente. Concretamente, la voluntad del acusado debe ser libre y con conocimiento de las consecuencias de la aceptación de la acusación. La jurisprudencia del TS había establecido estas exigencias respecto de la

escrito de acusación que contenga pena de mayor gravedad», en cuyo caso el acto de aceptación es oral. En segundo lugar, también puede lograrse una conformidad con un nuevo escrito de acusación que se presenta en ese mismo acto, que no podrá referirse a hecho distinto, ni contener calificación más grave que la del escrito de acusación anterior. En este caso la conformidad se manifiesta por escrito. Nuevamente queda en evidencia que aquí la Ley está dando cauce legal a la posibilidad de que la conformidad pueda ser el resultado de un pacto entre las partes.

En cuanto a la ratificación, en cualquiera de los tres supuestos indicados, la Ley dispone que después de manifestada (anunciada) la conformidad el acusado debe ratificar su voluntad ante el Juez o Tribunal. Este acto tiene lugar una vez abierta las sesiones del juicio, antes del inicio de la práctica de la prueba. GASCÓN INCHAUSTI, Fernando (con Aguilera Morales), *La Reforma...*, cit., pp. 136-137, señala que la conformidad es anunciada en tres momentos distintos, que son los que nosotros hemos indicado, tras lo cual la conformidad se ha de ratificar, acto por el cual, según el autor, se presta realmente la conformidad. Este acto se produce en un único momento: en las sesiones del juicio, justo antes del inicio de la práctica de la prueba.

¹⁰⁰⁵ En las hipótesis de conformidad que tienen lugar en el escrito de defensa o en el nuevo escrito de calificación presentado conjuntamente por las partes, se trata de actos que acaecen en la fase de preparación del juicio oral y por tanto se producen ante el Juez de Instrucción correspondiente, de modo que para la ratificación ante el Juez o Tribunal (del juicio) se deberá remitir lo actuado al Juez o Tribunal competente para enjuiciar la causa (art. 784.5), ante quien se debe ratificar la conformidad y quien es el que debe verificar si concurre la debida libertad y conocimiento en dicha declaración. En este punto, cabe indicar que el acto de ratificación es oral, y que el acusado en caso de cambiar de parecer puede retractarse libremente antes de prestarla, circunstancia en la cual se debe disponer la continuación del juicio.

Respecto a las hipótesis de conformidad que tienen lugar en las mismas sesiones del juicio oral, antes de la práctica de la prueba (art. 787.1), la ratificación se produce inmediatamente de manifestada la conformidad ante el Juez o Tribunal, según dispone el art. 787.4, que dice que «una vez que la defensa manifieste su conformidad, el Secretario informará al acusado de sus consecuencias y a continuación el Juez o Presidente del Tribunal le requerirá a fin de que manifieste si presta su conformidad», términos que dejan claro que primero se manifiesta la conformidad, luego el Secretario informa al acusado de las consecuencias de ella, tras lo cual en acto continuo el Juez o Presidente del Tribunal le requiere su ratificación (o retractación). Como se ve, de lo que se trata es de verificar la validez con que se está produciendo la declaración de voluntad por parte del acusado, lo cual depende de su libertad y conocimiento en esa manifestación. *Vid.* GASCÓN INCHAUSTI, Fernando (con Aguilera Morales), *La Reforma...*, cit., pp. 136-137; ARMENTA DEU, Teresa, *El nuevo proceso abreviado...*, cit., pp. 138-139.

voluntad del acusado ante el silencio de las disposiciones legales de la conformidad del procedimiento ordinario¹⁰⁰⁶. El art. 787 corrige la omisión legal e implanta una precisa regulación sobre este extremo, asumiendo la doctrina jurisprudencial, y además disponiendo una adecuada forma de intervención informadora del Secretario judicial y controladora del órgano jurisdiccional¹⁰⁰⁷.

1.3. *El contenido de la conformidad*

Anteriormente nos hemos referido a los presupuestos que atienden a la forma y momento en que se ha de producir la conformidad y a la voluntad del acusado. Ahora corresponder atender al contenido.

En cuanto a la regulación de los presupuestos de eficacia sobre el contenido de la conformidad, resulta de interés poner de relieve que la conformidad ha de ser absoluta. Este requisito permite, como se verá, comprender de forma más acabada el efecto de predeterminación de la sentencia que produce la conformidad (el sentido de la misma).

¹⁰⁰⁶ *Vid.* al respecto lo que hemos dicho en el apartado correspondiente a dicha conformidad: 1.2, I, Capítulo IV.

¹⁰⁰⁷ Como antes hemos dicho, aparte de la manifestación inicial de la conformidad realizada por escrito o en forma oral en los momentos procesales previstos en los arts. 784.3 y 787.1, el Juez o Tribunal, posteriormente, debe oír «en todo caso al acusado acerca de si su conformidad ha sido prestada libremente y con conocimiento de sus consecuencias» (art. 787.2). Es decir, debe verificar si el acusado la ratifica. Con el propósito de hacer efectivo este control de validez de la voluntad del acusado, la Ley contempla primeramente el trámite de información al acusado de las consecuencias de la conformidad, tarea que corresponde al Secretario del Juzgado o Tribunal, y sólo una vez informado de las consecuencias de la conformidad el Juez o Presidente del Tribunal le requerirá a fin de que «manifieste si presta [ratifica] su conformidad» (art. 787.4). Con este mecanismo se asegura que el consentimiento del acusado sea en todo caso informado, y sobre esa base a continuación se valora la voluntariedad con que se presta. *Vid.* CABEZUDO RODRÍGUEZ, Nicolás, «Justicia negociada y nueva reforma procesal penal», II, *La Ley*, N° 5816, 3 de julio de 2003, pp. 3-6; GASCÓN INCHAUSTI, Fernando (con Aguilera Morales), *La Reforma...*, *cit.*, p. 140; CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Cándido (con otros), *Los juicios rápidos...*, *cit.*, p. 678; ARMENTA DEU, Teresa, *El nuevo proceso abreviado...*, *cit.*, pp. 140-143; AGUILERA MORALES, Marien (con Gascón Inchausti), *La Reforma...*, *cit.*, pp. 387 y 393-394.

Corresponde apuntar que la ratificación de la conformidad es el acto que «perfecciona» la manifestación de voluntad del acusado, de modo que mientras no se preste ante el Juez o Tribunal previa información de sus consecuencias, el acusado puede retractarse sin expresión de causa, en cuyo caso corresponderá ordenar la continuación del juicio oral. Incluso la Ley le otorga al Juez o Tribunal la potestad de desvincularse de la ratificación del acusado cuando, aún después de dada ésta, albergue dudas sobre la libertad de su manifestación de voluntad, pudiendo ordenar la continuación del juicio.

En la conformidad del procedimiento ordinario se discutía si la aceptación del acusado debía suponer también el reconocimiento de los hechos en que se fundaba la acusación. Había algunos autores¹⁰⁰⁸ que consideraban que esto no era necesario, puesto que de una primera lectura literal del precepto pertinente (art. 655.1) deducían que la conformidad se producía sólo con la calificación jurídica y la pena pedida o que bastaba con que hubiera aceptación de estos extremos, de modo que era innecesario una especial declaración de ciencia de los hechos o un reconocimiento de hechos por parte del acusado, puesto que el precepto decía que había que prestar la conformidad con aquellos extremos, pero nada decía respecto de los hechos. Sin embargo, la doctrina mayoritaria¹⁰⁰⁹, como dijimos *supra*, y a la cual adherimos, sostuvo que la conformidad también debía extenderse a los hechos que fundan la acusación, puesto que la conformidad requería una aceptación de todo el contenido de la acusación, con lo cual se vino a concluir que la conformidad se presta en términos absolutos o totales, recayendo sobre todos los extremos de la acusación¹⁰¹⁰.

En la regulación del procedimiento abreviado esta posición cuenta con un claro respaldo normativo, pues tanto el art. 784.3 como el art. 787.1 se refieren a que la

¹⁰⁰⁸ Vid. ALCALA ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, *El allanamiento...*, cit., pp. 119-120; GIMENO SENDRA, Vicente, *Derecho procesal penal*, cit., segunda edición, pp. 328-329; RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás, *El consenso...*, cit., pp. 102-107.

¹⁰⁰⁹ Vid. MORENO CATENA, Víctor, *Derecho procesal penal*, cit., p. 799, y en *El proceso penal*, volumen III, pp. 2023-2025; DE DIEGO DíEZ, Luis-Alfredo, *La conformidad del acusado*, cit., pp. 173-176; GIMENO SENDRA, Vicente, *Los procesos penales*, cit., tomo V, pp. 108-109. También alguna sentencia se ha pronunciado explícitamente sobre el carácter absoluto de la conformidad: STS de 1 de marzo de 1988, Sala de lo Penal, ponente Vivas Marzal (BDA, m. RJ 1988\1511); STS de 30 de septiembre de 1991, Sala de lo Penal, ponente García Ancos (BDA, m. RJ 1991\6653). También SAP de Valladolid de 24 de junio de 1994.

¹⁰¹⁰ Recuérdese que a propósito de esta cuestión sostuvimos que una conformidad sin el reconocimiento de hechos, sino restringida a la calificación y la pena, comportaba una pura manifestación de voluntad de someterse a la pretensión procesal penal de la acusación, lo cual adolecía de un grave problema dogmático-penal sustantivo. Efectivamente, si se tenían en cuenta los efectos vinculantes de la conformidad al predeterminar (por regla general) el contenido incriminatorio de la sentencia, de aceptarse la tesis criticada de la no necesidad de conformarse también con los hechos, se estaba admitiendo que el acusado por pura voluntad de soportar la pena pedida en la acusación pudiera ser efectivamente condenado, sin establecer como presupuesto penal la asunción del supuesto de hecho y de la participación culpable en el mismo, de modo que la pena se sostenía en la pura voluntad del acusado de soportarla, prescindiendo absolutamente de la culpabilidad penal. En la práctica se estaba legitimando un Derecho penal sin culpabilidad, y, consecuentemente, la imposición de pena sin verificación ni tan siquiera formal (verificar la real autoinculpación) del hecho y de la participación culpable. Vid. ROXIN, Claus, *Derecho procesal penal*, cit., pp. 100-102.

conformidad se produce con la acusación, y no solamente con su calificación y pena, y enseguida el art. 787.2 acaba por dejar aún más de manifiesto que la conformidad debe alcanzar también al contenido fáctico de la acusación, cuando expresamente alude al efecto vinculante de los «hechos aceptados por todas las partes», de modo que no queda duda de la necesidad de aceptación del contenido fáctico de la acusación.

Por otra parte, en lo que respecta a la posible pretensión civil acumulada, la Ley nada dice sobre la necesidad de que se extienda la conformidad a esta pretensión, razón por la cual cabe aplicar la regulación supletoria del procedimiento ordinario, art. 695 LECrim, norma en la cual se dispone que si el acusado no acepta la pretensión civil, o aceptándola no se conformare con la cantidad pedida, se deberá ordenar la continuación del juicio. Pero en estos casos el juicio se limitará a la discusión y producción de pruebas respecto a la pretensión civil o a la cantidad precisa¹⁰¹¹. En consecuencia, corresponde concluir que la conformidad con la acusación penal conserva su eficacia en este supuesto¹⁰¹².

¹⁰¹¹ Vid. GASCÓN INCHAUSTI, Fernando (con Aguilera Morales), *La Reforma...*, cit., p. 138.

¹⁰¹² Otro presupuesto referido a la manifestación de voluntad y al contenido de la conformidad es aquel que establece que la conformidad debe producirse con la acusación más grave, si hubiere más de una. En el proceso pueden plantearse varias acusaciones, caso en el cual el acusado tiene que conformarse con aquella que hubiere pedido pena de mayor gravedad (art. 787.1).

La cuestión es bastante simple cuando se trata de una conformidad que se presenta como un acto unilateral de aceptación que se produce con la primera acusación, supuesto en que el acusado debe aceptar la acusación más grave, así, sin más. En cambio, cuando la conformidad se produce con posibles segundos escritos de acusación como consecuencia de un pacto entre las partes (art. 784.3, párrafo 2º y 787.1), adquiere importancia la cuestión de cómo las partes alcanzan un acuerdo en torno al contenido de la acusación, puesto que también en este caso la conformidad debe ser con la más grave de las acusaciones, cuestión que impone la necesidad de que los posibles segundos escritos de acusación sean pactados por todas las acusaciones con el o los acusados, de manera que los escritos del pacto reemplacen a todos los primeros escritos de los acusadores, o en caso de que el pacto sólo se realice entre la acusación más grave y el acusado, subsistiendo otros escritos de acusación, la negociación de éstos tendrá como límite hacia abajo el segundo escrito de acusación más grave, de modo que el ámbito de negociación tendrá como escenario la distancia de pena que exista entre la primera y la segunda acusación más grave.

En cualquier caso, si la conformidad se presta con una acusación que no es la más grave el Juez o Tribunal debe rechazar la conformidad restándole eficacia jurídica, y debería ordenar la continuación, salvo, como apunta GASCÓN INCHAUSTI, que ante la observación de que hay una acusación más grave que aquella que ha sido objeto de conformidad el acusado manifieste su voluntad de conformarse con ésta. Vid. GASCÓN INCHAUSTI, Fernando (con Aguilera Morales), *La Reforma...*, cit., pp. 137-138.

2. Predeterminación del contenido de la sentencia de conformidad y control de legalidad

En la conformidad del procedimiento abreviado, la Ley regula la predeterminación del contenido de la sentencia junto con el control de legalidad de la conformidad.

La lógica de la Ley es que la conformidad vincula en la medida que su contenido sea conforme con la legalidad penal. Establece como presupuesto de la conformidad que su contenido jurídico sea «legalmente correcto». El art. 787.2 dice que «Si a partir de la descripción de los hechos aceptada por todas las partes, el Juez o Tribunal entendiere que la calificación aceptada es correcta y que la pena es procedente según dicha calificación, dictará sentencia de conformidad».

A través de esta norma se establece un control judicial de legalidad sobre la calificación jurídica y la pena.

Dicho control se ejerce sobre los contenidos jurídicos de la conformidad, con independencia de su carácter favorable o desfavorable al acusado, ya que la Ley no distingue ni limita en este aspecto el examen de legalidad, de modo que cabe concluir que el Juez o Tribunal debe verificar en todo caso si la calificación y la pena se corresponden con la legalidad penal, tanto *in bonam* como *in malam partem*¹⁰¹³. Obsérvese que aquí radica una de las principales diferencias con la regulación anterior de la Ley Orgánica 7/1988, que sólo establecía un examen de legalidad *in bonam partem*, cuando el hecho carecía de tipicidad o resultaba manifiesta la concurrencia de una circunstancia de exención o de preceptiva atenuación de pena (art. 793.3, párrafo 2º). Por el contrario, no se ejercía control alguno si la calificación que procedía de acuerdo a los hechos era una más grave o correspondía una pena más grave de acuerdo a la ley.

¹⁰¹³ Vid. CONDE-PUMPIDO, Cándido, *Los juicios rápidos...*, cit., tomo I, pp. 676-678; GASCÓN INCHAUSTI, Fernando (con Aguilera Morales), *La Reforma...*, cit., pp. 138-140; AGUILERA MORALES, Marien (con Gascón Inchausti), *La Reforma...*, cit., pp. 374-375 y 393-395; VEGAS TORRES, Jaime, *El procedimiento para el enjuiciamiento rápido*, Marcial Pons, Madrid, 2003, pp. 189-190; ARMENTA DEU, Teresa, *El nuevo proceso abreviado...*, cit., pp. 141-142; MUERZA ESPARZA, Julio, *La reforma...*, cit., p. 125; CABEZUDO RODRÍGUEZ, Nicolás, «Justicia negociada...», II, cit. pp. 1-3; JUANES PECES, Ángel, «La sentencia de conformidad», *Actualidad*, Nº 573, 10 de abril de 2003, p.2; FUENTES DEVESA, Rafael, «La sentencia de conformidad dictadas por el Juez de guardia», en *La Ley*, Nº 5794, 3 de junio de 2003, www.laley.net, p. 12.

Por otra parte, el art. 787.2 dice que el control se ejerce sobre la calificación jurídica y la pena, sin hacer mención a una parte precisa sobre la cuál ha de recaer, de modo que ese control, *sensu contrario*, debe ser integral. Es decir, ha de recaer sobre todas las partes de la calificación, tanto en los aspectos sustanciales como accesorios de la misma, con lo cual es menester que la calificación sea correcta en el título de condena, en la forma de participación, en el grado de ejecución, en las circunstancias modificativas y, por último, en la pena pedida según calificación jurídica integral.

La nueva norma tiene un claro fin de fortalecimiento del principio de legalidad en cuanto al contenido jurídico de la conformidad. Se trata de que a partir de los hechos aceptados por las partes, la conformidad no se aparte formalmente de la legalidad penal al momento de calificar y extraer las consecuencias jurídicas correspondientes¹⁰¹⁴. En consecuencia, si el Juez o Tribunal considera incorrecta la calificación en cualquiera de los aspectos señalados o improcedente la pena, tiene que desestimar la conformidad.

Pero previamente la Ley contempla un mecanismo para evitar la ineficacia de la conformidad, consistente en que se plantee el previo requerimiento judicial «a la parte que presentó el escrito de acusación más grave para que manifieste si se ratifica o no en él» (art. 787.3). Cuando se trata de nuevos escritos de acusación suscritos por acusador y acusado, el requerimiento sólo irá dirigido al acusador (art. 784.3, párrafo 2º).

El acusador puede aprovechar el requerimiento para modificar la acusación de acuerdo a la ley penal, y si así sucede, se ofrece al acusado la posibilidad de conformarse nuevamente con la acusación corregida. Sólo cuando así lo manifestare, puede el juez o tribunal dictar sentencia de conformidad. Por el contrario, si el acusador se ratifica en su primera acusación y no la corrige, o corregida el acusado no se conforma nuevamente, debe ordenar la continuación del juicio (art 787.3). Es decir, la conformidad deviene ineficaz en todo su contenido.

¹⁰¹⁴ Vid. CONDE-PUMPIDO, Cándido, *Los juicios rápidos...*, cit., tomo I, p. 675; GASCÓN INCHAUSTI, Fernando (con Aguilera Morales), *La Reforma...*, cit., p. 134-140; AGUILERA MORALES, Marien (con Gascón Inchausti), *La Reforma...*, cit., pp. 374-375; CABEZUDO RODRÍGUEZ, Nicolás, «Justicia negociada...», II, cit. pp. 1-3.

Algunos autores¹⁰¹⁵ han matizado los efectos de las incorrecciones de la calificación y de la improcedencia de la pena al entender que no siempre habrá necesidad de que se ordene la continuación del juicio. En efecto, consideran que cuando se trata de los supuestos *bonam partem* de absolución, sea en razón de la atipicidad de los hechos o de la concurrencia de una circunstancia de exención de pena, o incluso en casos de calificaciones o penas menos graves¹⁰¹⁶, corresponde, tras dar audiencia a las partes, el directo pronunciamiento de sentencia absolutoria o de sentencia condenatoria menos grave, haciendo aplicación de la misma regla de la disposición derogada del art. 793.3, párrafo 2º. Curiosamente los autores¹⁰¹⁷ no expresan cuál sería la razón para aplicar la misma regla del derogado art. 793.3, párrafo 2º, que después de la reforma de la Ley 38/2002 no tiene base legal. Se puede intuir como argumento el que no sería viable un requerimiento de corrección de la acusación cuando el Juez o Tribunal considere que los hechos carecen de tipicidad o concurre una causal de exención de pena, ya que la corrección de la acusación de acuerdo a la Ley penal supondría la no acusación, o la petición de absolución, ante lo cual no tendría sentido ni el requerimiento ni la conformidad con una acusación que ya no existiría.

Más atendible sería el requerimiento ante la estimación de una calificación o pena menos grave.

En cuanto a la continuación del juicio, parece ser que los autores¹⁰¹⁸, aunque no lo digan, están suponiendo que no se justifica su realización cuando se trata de supuestos *in bonam partem* en razón de dos consideraciones fundamentales. Primero, como las cuestiones que se presentan son puramente jurídicas, tal continuación del juicio con prueba no tiene sentido: el juicio fáctico ya está prefijado en la misma conformidad. En

¹⁰¹⁵ CONDE-PUMPIDO, Cándido (con otros), *Los juicios rápidos...*, tomo I, *cit.*, pp. 677-678; VEGAS TORRES, Jaime, *El procedimiento...*, *cit.*, pp. 189-190; FUENTES DEVESA, Rafael, «La sentencia de conformidad...», *cit.*, p. 12. Este último sólo se refiere a la hipótesis de absolución por atipicidad de los hechos.

¹⁰¹⁶ Así lo sostiene VEGAS TORRES, Jaime, *El procedimiento...*, *cit.*, pp. 189-190, que cree que también se debe incluir en estos supuestos los casos de calificaciones o penas menos graves, en contra de lo que afirma CONDE-PUMPIDO, Cándido, *Los juicios rápidos...*, *cit.*, tomo I, pp. 677-678, que parece sostener la hipótesis sólo para los casos de absolución por ser los hechos atípicos o por concurrir una causal de exención de pena.

¹⁰¹⁷ *Ibid. cit. supra.*

¹⁰¹⁸ *Ibid. cit. supra.*

segundo lugar, la conformidad supone que se ha aceptado el fundamento de la pretensión procesal penal del acusador —los hechos—, así que la continuación del juicio no se justifica desde el punto de vista de su derecho a un proceso con todas las garantías.

Como argumento en contra podría esgrimirse que en caso de calificaciones o penas más grave, *in malam partem*, también nos encontramos ante cuestiones puramente jurídicas, no fácticas, de manera que tampoco tendría mucho sentido un juicio oral con prueba cuando de lo que se trata es de la correcta aplicación del Derecho penal. Sin embargo, la posición del acusado en la conformidad es de renuncia a su derecho a juicio con todas las garantías y de allanamiento a una pretensión procesal penal adversa a sus intereses, y favorable a la pretensión procesal del acusador, a cambio, claro está, de que como mínimo no se agraven las consecuencias de la conformidad. Ésta conserva su validez mientras su contenido punitivo no decaiga, ya que sería bastante oneroso para el acusado tener que soportar, además de la renuncia a las garantías procesales, la posible condena más grave.

Más allá de estas matizaciones, todo el empeño que pone la Ley en dar tutela al principio de legalidad se verá, no obstante, probablemente esfumado, ya que, como se sabe, el control de legalidad se realiza a partir de los hechos dados, impuestos por la conformidad, sin que el Juez o Tribunal puedan verificar la correspondencia de los mismos con el mérito del proceso (de la instrucción). Se puede barruntar fácilmente que la tentación del acusador público de modular los hechos a discreción (recortar los hechos o introducir o quitar circunstancias fácticas), con el fin de obtener un resultado jurídico «conveniente» a los fines de una «conformidad pactada» es evidente, aunque teóricamente se vuelva a insistir en la vigencia de la legalidad penal y en el sometimiento a la legalidad del MF¹⁰¹⁹.

3. (Continuación) Enjuiciamiento jurídico y control de legalidad

Un segundo aspecto acerca de la predeterminación del contenido de la sentencia y el control de legalidad de la conformidad es el que dice relación con la naturaleza o

¹⁰¹⁹ Vid. GASCÓN INCHAUSTI, Fernando (con Aguilera Morales), *La Reforma...*, cit., p. 138-140; AGUILERA MORALES, Marien (con Gascón Inchausti), *La Reforma...*, cit., pp. 374-375.

carácter de éste. Todos los autores¹⁰²⁰ tratan el control de legalidad del art. 787 como un presupuesto o requisito de la conformidad, señalando que para que ésta sea válida debe ser legalmente correcta en su contenido jurídico, y señalan a continuación¹⁰²¹ que si se cumplen todos los presupuestos o requisitos legales el Juez o Tribunal debe dictar sentencia atendiendo al contenido de la conformidad, como lo expresa el art. 787.2 cuando dice que si «el Juez o Tribunal entendiere que la calificación es correcta y que la pena es procedente según dicha calificación, dictará sentencia de conformidad» (lo mismo da a entender el art. 787.3).

Esta forma de expresar la relación de predeterminación del contenido de la sentencia que le impone la conformidad, si bien no se puede tildar de equivocada, puede inducir a error o confusión al dar la idea de que si concurren los requisitos legales la conformidad determina la sentencia y que el Juez o Tribunal se halla absolutamente privado de sus potestades enjuiciadoras, cuando ello no es así precisamente. A nuestro juicio, la relación que se establece entre conformidad y sentencia predeterminada se puede expresar mejor si se observa que detrás del control de legalidad lo que hay en estricto rigor es un enjuiciamiento jurídico, a partir de los hechos dados en la conformidad. En efecto, cuando se trata del control de legalidad se pone mucho énfasis en su carácter de presupuesto o requisito de la conformidad, cuando sustancialmente hablando lo que hay en ese control es un enjuiciamiento del órgano jurisdiccional que es autónomo del de la conformidad¹⁰²², y del cual depende el juicio propuesto en la conformidad: sólo si el enjuiciamiento jurisdiccional coincide con el de la conformidad, éste último será trasladado tal cual a la sentencia. De lo contrario, el acusador tendrá que modificar la calificación y la pena de acuerdo al enjuiciamiento

¹⁰²⁰ Vid. CONDE-PUMPIDO, Cándido, *Los juicios rápidos...*, cit., tomo I, pp. 676-678; GASCÓN INCHAUSTI, Fernando (con Aguilera Morales), *La Reforma...*, cit., pp. 138-140; AGUILERA MORALES, Marien (con Gascón Inchausti), *La Reforma...*, cit., pp. 374-375 y 393-395; VEGAS TORRES, Jaime, *El procedimiento...*, cit., pp. 189-190; ARMENTA DEU, Teresa, *El nuevo proceso abreviado...*, cit., pp. 141-142; MUERZA ESPARZA, Julio, *La reforma...*, cit., p. 125; CABEZUDO RODRÍGUEZ, Nicolás, «Justicia negociada...», II, cit., pp. 1-3; JUANES PECES, Ángel, «La sentencia de conformidad», cit., p. 2; FUENTES DEVESA, Rafael, «La sentencia de conformidad...», cit., p. 12.

¹⁰²¹ *Ibid. cit. supra.*

¹⁰²² Entre los autores que reconocen el carácter de enjuiciamiento jurídico del control de legalidad, se encuentran GASCÓN INCHAUSTI, Fernando (con Aguilera Morales), *La Reforma...*, cit., pp. 138-140; VEGAS TORRES, Jaime, *El procedimiento...*, cit., pp. 189-190.

del Juez o Tribunal so pena de ineficacia de la conformidad, y la consecuente continuación del juicio, en los términos indicados *supra*. Por tal motivo consideramos inexacto sostener que si concurren todos los requisitos de la conformidad la sentencia se verá vinculada por el contenido de ésta. Es más correcto decir que en la conformidad (del procedimiento abreviado) el juez siempre enjuicia jurídicamente los hechos dados. Y por tal motivo, cabe concluir que la conformidad nunca vincula a la sentencia respecto de la calificación jurídica y la pena. Ello siempre es juicio jurisdiccional.

Respecto a lo anterior, sólo corresponde hacer una matización en relación con el control de legalidad de la pena. Del tenor de la Ley (art. 787.2) se deduce que el control de legalidad no llega a ser una verificación precisa de la procedencia de la pena concreta pedida e individualizada de acuerdo al criterio jurídico del Juez o Tribunal. Es decir, no ha de valorar si es la pena que estima aplicable concreta e individualizadamente, sino que debe limitarse a verificar si la pena pedida, de acuerdo a la calificación penal en todos sus aspectos, se halla dentro de los márgenes que la Ley prevé. Se ha de concluir en consecuencia que el Juez o Tribunal se halla vinculado con la individualización concreta de la conformidad siempre que ella sea legalmente procedente, no pudiendo imponer una pena más grave ni más leve¹⁰²³.

El contenido que sí le viene absolutamente impuesto a la sentencia es el atinente a los hechos en que se funda la conformidad, de manera que el órgano jurisdiccional se halla inhibido de realizar el enjuiciamiento fáctico, y ni tan siquiera puede verificar la existencia de una cierta correspondencia de los hechos con los resultados de la instrucción. Es aquí donde a nuestro juicio se halla la clave de la institución: en el no

¹⁰²³ La doctrina mayoritaria sostiene esta posición, *vid.* CONDE-PUMPIDO, Cándido, *Los juicios rápidos...*, *cit.*, tomo I, pp. 676-678; GASCÓN INCHAUSTI, Fernando (con Aguilera Morales), *La Reforma...*, *cit.*, p. 139; AGUILERA MORALES, Marien (con Gascón Inchausti), *La Reforma...*, *cit.*, pp. 393-394; VEGAS TORRES, Jaime, *El procedimiento...*, *cit.*, p. 190; ARMENTA DEU, Teresa, *El nuevo proceso abreviado...*, *cit.*, p. 146.

En cambio, se ha manifestado en contra CABEZUDO RODRÍGUEZ, Nicolás, «Justicia negociada...» II, *cit.* p. 2, quien ha sostenido el criterio de que el Juez o tribunal debe valorar incluso la proporcionalidad de la pena pedida de acuerdo a los fines de reeducación y reinserción social del art. 25.2 CE. También apoya esta posición, JUANES PECES, Ángel, «La sentencia de conformidad», *cit.*, p. 3.

enjuiciamiento fáctico del juzgador, quedando inhibido de verificar la realidad de los hechos que fundan la conformidad (art. 787.2).

4. (Continuación) Importancia de la configuración de los hechos y sometimiento a la Ley del acusador público: su relación con la determinación del contenido de la sentencia

Todas las preocupaciones del legislador por preservar la legalidad penal son «perfectamente inútiles» si no van unidas a una correcta práctica procesal de los acusadores públicos de ejercer sus potestades sometidos a la legalidad¹⁰²⁴⁻¹⁰²⁵.

¹⁰²⁴ Esta preocupación ha sido puesta en evidencia con claridad por AGUILERA MORALES, Marien (con Gascón Inchausti), *La Reforma...*, cit., p. 374, que dice: «En un ordenamiento como el nuestro, en que la actuación del Ministerio Fiscal se halla presidida por el principio de legalidad y en que la Ley constituye el único parámetro en el ejercicio de la potestad punitiva, el hecho de que el Fiscal pueda *modelar* los términos de la acusación a fin de alentar la conformidad del acusado resulta de todo punto de vista inaceptable». Y más adelante añade: «...conviene tener en cuenta que, en tanto el elemento fáctico del escrito de acusación queda sustraído del control judicial —los hechos mutuamente aceptados por las partes devienen vinculantes para el Juez—, subsiste el riesgo de que la pena que finalmente se imponga al acusado no sea la que legalmente se corresponda con los hechos realmente acaecidos. Por decirlo más llanamente: como quiera que el relato de hechos del escrito de acusación constituye la premisa sobre la que se sostiene la calificación y la pena instada, la negociación puede consistir en presentar un relato fáctico que no coincida con el real».

En un tono menos crítico GASCÓN INCHAUSTI, Fernando (con Aguilera Morales), *La Reforma...*, cit., pp. 138-139, quien destaca el mismo fenómeno de la modulación de hechos con el fin de alcanzar un resultado jurídico favorable a una conformidad pactada: «El tribunal, por tanto, no puede controlar si efectivamente es cierto y exhaustivo el relato de hecho contenido en el escrito de acusación o en el de nueva calificación respecto del que se preste la conformidad: es posible, en consecuencia, que no sean completamente ciertos los hechos aceptados por las partes; y también es posible que del relato de hechos se hayan excluido deliberadamente algunos hechos —sean típicos en sí, o sean subsumibles en circunstancias agravantes de la responsabilidad penal—. El de los hechos es, por tanto, el terreno de la conformidad sobre el que el tribunal no puede pronunciarse ni, por tanto, efectuar ningún género de control; se trata, pues, del terreno en el que habrán de desenvolverse los eventuales pactos o negociaciones, que tendrán por objeto llegar a una versión común de los hechos que, correctamente calificada, conduzca de forma también legal a una pena y a una responsabilidad civil con las que el acusado esté dispuesto a conformarse».

Tiempo antes de las opiniones de los autores citados, ya se había pronunciado de una manera bastante crítica de estas prácticas DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, «Disponibilidad del objeto...», cit., pp. 9855-9883.

¹⁰²⁵ Vid. lo expuesto *supra* acerca de la legalidad penal, la disponibilidad material y las conformidades.

El sometimiento a la legalidad del MF supone que éste acuse en todo caso que corresponda de acuerdo a la Ley, y por todos los hechos sustanciales y accidentales que se desprendan de la instrucción, sin omitir parte de los que realmente existen ni incluir hechos inexistentes¹⁰²⁶⁻¹⁰²⁷. Si lo contrario fuere posible o admisible, la pretendida correcta aplicación del Derecho penal sustantivo sería una pura ilusión, ya que a través de la modulación de los hechos a discreción se podría conseguir el resultado penal deseado y no el previsto idealmente por el legislador penal para cada supuesto (tipificación)¹⁰²⁸. En consecuencia, a través de la vía de la modulación de los hechos se lograría la vinculación absoluta de la sentencia a un contenido buscado y conseguido mediante estas prácticas. Las partes podrían acordar unos hechos irreales, pero que producen unas calificaciones y penas adecuadas a los fines de negociación, consiguiendo imponerle al Juez o Tribunal no sólo los hechos pactados (irreales), sino también la calificación y la pena correspondiente a esos hechos, viéndose en el deber de dictar sentencia con el mismo contenido que la conformidad al ser la calificación y la pena formalmente ajustada a los hechos pactados¹⁰²⁹⁻¹⁰³⁰.

¹⁰²⁶ Vid. DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, «Disponibilidad del objeto...», *cit.*, p. 9877.

¹⁰²⁷ A este respecto TARUFFO, Michele, *La prueba de los hechos*, Trotta, segunda edición, Madrid, 2005 (traducción de Ferrer Beltrán), pp. 62-87, ha demostrado que la racionalidad y justicia de la decisión jurídica va a depender siempre del correcto establecimiento jurisdiccional de los hechos, ya que de ellos depende en último término la específica determinación jurídica del mismo y sus consecuencias. Por eso sostiene que «no tiene sentido invocar valores como la legalidad, la corrección y la justicia de la decisión si no se reconoce que la verdad de los hechos es condición necesaria para una aplicación de la norma». p. 86. En otras palabras, no se puede hablar de legalidad penal, de corrección y justicia de la decisión jurisdiccional, aun cuando se someta formalmente a la legalidad penal, si ésta se basa en el manejo consensuado de los hechos sin referencia a la veracidad procesal de los mismos, ya que finalmente se acaban modelando los hechos por las partes, con el fin de conseguir un determinado y deseado efecto jurídico.

¹⁰²⁸ *Ibid. cit. supra.*

¹⁰²⁹ Volvemos a reiterar que en la práctica procesal penal chilena se han detectado técnicas de provocación de reconocimiento de hechos a través de la abierta manipulación de hechos y de la calificación jurídica, lo que ha acabado traducándose en la «incorrecta aplicación de la Ley penal sustantiva». Vid. los apartados 2 y 3, I, Capítulo VI, dedicados a las malas prácticas del Ministerio Público chileno en la aplicación del procedimiento abreviado, con la connivencia de los jueces de garantía:

¹⁰³⁰ Cabe poner de relieve que acontecería por vía indirecta algo análogo a lo que ocurre en el sistema estadounidense, como es la práctica del *law making* y del *judge-making law*. Vid. FANCHIOTTI, Vittorio, «Riflessioni sulla giustizia penale in U.S.A.», *cit.*, *passim*, y especialmente pp. 323-324.

Por otra parte, la negociación en este contexto, llevada caso a caso entre acusadores y acusados puede concluir en resultados bastantes diversos en supuestos delictivos iguales, puesto que el resultado de la solución pactada dependerá de una infinidad de factores más o menos arbitrarios¹⁰³¹, aparte de la realidad misma de los hechos que se desprendan de la instrucción. Es evidente que esta forma de justicia penal vulnera la igualdad ante la Ley penal (art. 14 CE) y pone en una situación desmejorada en el tratamiento penal a aquellos acusados que no se someten a la acusación, lo cual opera como un castigo para aquellos acusados que quieren ejercer su derecho a un juicio con todas las garantías (plus de castigo por su comportamiento procesal de resistencia)¹⁰³².

Sin embargo, la tentación del acusador público de acudir a estas prácticas y de que ellas sean «consentidas» por el Juez o Tribunal es grande. Obedece a la necesidad de hacer viable la conformidad para el acusado, quien no se conformará a menos que vea que obtiene una buena ventaja o premio de su conformidad. Pues bien, si se aplicara el modelo de conformidad española de la manera que está previsto en la Ley y de acuerdo a los principios constitucionales, es decir, con un MF que acusa por lo que hay, esto es,

¹⁰³¹ Los criterios más o menos arbitrarios que pueden influir en la predisposición a pactar un acuerdo de conformidad y un contenido preciso del mismo, más o menos ventajoso, pueden ser de variada índole. Desde luego, se pueden distinguir criterios utilitarios que nada tienen que ver con consideraciones jurídicas referidas al caso, así como la carga de trabajo del fiscal, el previsible tiempo de demora del desarrollo del juicio, consideraciones de interés público en no llegar a un acuerdo (presión social, trascendencia mediática o no del caso). En el sistema norteamericano se suelen mencionar también las denominadas consideraciones tácticas, que dicho sea de paso no siempre tienen un contenido jurídico referido al caso, así, por ejemplo, la trayectoria del Juez y su reputación sentenciadora, y diríamos, mejor, su buena o mala disposición a ciertas prácticas negociadoras y su sensibilidad al caso preciso de que se trata.

Puede ser de interés tener presente al respecto la larga tradición del sistema norteamericano en esta materia, aunque responda a un modelo de Derecho procesal radicalmente distinto del europeo continental. En todo caso, *vid.* ALSCHULER, Albert, «The prosecutor's role in plea bargain», *cit.*, pp. 54-64; CABEZUDO RODRÍGUEZ, Nicolás, *El Ministerio Público y la justicia negociada...*, *cit.*, pp. 103-112.

¹⁰³² *Vid.* SCHÜNEMANN, Bernd, «¿Crisis en el procedimiento penal?...», *cit.*, pp. 299-301; CABEZUDO RODRÍGUEZ, Nicolás, *El Ministerio Público y la justicia negociada...*, *cit.*, pp. 257-266, y en «Justicia negociada...», II, *cit.*, pp. 4-6; ROXIN, Claus, *Derecho procesal penal*, *cit.*, pp. 100-102. SCHÜNEMANN, en su reciente trabajo sobre *La reforma procesal penal*, *cit.*, pp. 99-109, ha realizado una fortísima consideración sobre un proceso legitimado desde la perspectiva del proceso de garantías, al decir que en dicho proceso (legítimo) «Quien dicta la condena tiene que estar convencido de la culpabilidad conforme a lo surge del expediente, y no puede ocurrir que el inculpado omita impugnar por temor a que se aumente la pena por algo así como una especie de “venganza”. Para esto, el inculpado debe estar protegido mediante la prohibición de reformatio in peius», p. 106.

por los hechos que se desprenden de la instrucción, sin más, y califica y pide la pena que debe según la Ley, cabe preguntarse ¿en dónde está el incentivo para el acusado que ha de renunciar al juicio con todas las garantías y aceptar la pretensión procesal acusatoria? El uso del instituto sería previsiblemente bajo, y parece que eso no es lo que quiere el legislador.

5. La conformidad legalmente incentivada en el procedimiento de enjuiciamiento rápido. El incentivo legal y su influencia en el comportamiento procesal de las partes: sometimiento al principio de legalidad

La conformidad también es posible en el procedimiento de enjuiciamiento rápido de determinados delitos y faltas, creado por la Ley 38/2002.

En este procedimiento se regula un tipo especial de conformidad en el art. 801¹⁰³³, que se puede calificar de conformidad legalmente incentivada¹⁰³⁴⁻¹⁰³⁵, atendiendo a la rebaja de pena prevista en la Ley y a la posible aplicación de la suspensión o sustitución de pena¹⁰³⁶. Dice la Ley que «el acusado podrá prestar su conformidad ante el Juzgado de guardia y dictar éste sentencia de conformidad» (art. 801.1).

El pronunciamiento de esta sentencia queda supeditado al previo control del Juez de guardia en los términos del art. 787, es decir, al control sobre el conocimiento y libertad del acusado, y sobre la legalidad del contenido jurídico de la conformidad. Sólo si se superan estos controles el juez dictará sentencia «en la que impondrá la pena

¹⁰³³ Introducida por la Ley orgánica 8/2002.

¹⁰³⁴ La Circular 1/2003 de la FGE la denomina conformidad beneficiada. No creemos que ella sea en sí mismo un beneficio previsto por el legislador, graciosamente, a favor del acusado, sino más bien consideramos que es un incentivo pensado antes que todo para conseguir del acusado la renuncia a un juicio con todas las garantías y la aceptación de la pretensión adversa.

¹⁰³⁵ Aparte de la conformidad legalmente incentivada, es posible que en el enjuiciamiento rápido se pueda acordar una conformidad bajo las modalidades de las conformidades del procedimiento abreviado, arts. 784.3 y 787, como lo dispone el art. 801.1.

¹⁰³⁶ Como acontece en el sistema italiano con la *applicazione della pena su richiesta delle parti*, art. 444 y ss CPP italiano, en el que se otorga al acusado la rebaja de pena de hasta un tercio.

solicitada reducida en un tercio, y si la pena impuesta fuera privativa de libertad, resolverá lo procedente sobre su suspensión o sustitución» (art. 801.2).

Como se ve, a esta conformidad se aplican los presupuestos legales de la conformidad del procedimiento abreviado (art. 801.2 con relación al 787), con lo cual el legislador la somete a un régimen de validez como acto procesal análogo al de aquella conformidad. Por consiguiente, nos remitimos a lo dicho acerca de la libertad y conocimiento con que debe expresarse el acusado, así como a lo expuesto acerca del deber de información de las consecuencias de la conformidad que tiene el Secretario y al control del Juez de guardia (que es el Juez de Instrucción) sobre estos requisitos. Lo mismo cabe sostener con respecto al control de legalidad que en este caso debe realizar el Juez de guardia (Juez de Instrucción) sobre la calificación jurídica y la pena.

Esta conformidad, naturalmente, posee otras características propias, pero no corresponde tratarlas aquí¹⁰³⁷. Ahora toca atender a su carácter premial.

¹⁰³⁷ En cuanto al momento y forma en que se produce la conformidad, someramente se puede apuntar que corresponde distinguir dos supuestos diversos. Cuando no hay más acusadores que el MF y cuando junto a él existen acusadores particulares.

En la primera hipótesis, es decir, cuando no hay más acusadores que el MF, el Fiscal tiene que presentar la acusación por escrito u oralmente inmediatamente abierto el juicio oral, y en ese mismo momento el acusado dispone de la oportunidad de prestar su conformidad ante el Juez de guardia (art. 800.2). La manifestación de conformidad puede ser escrita u oral, ya que la Ley no obliga a que se guarde una formalidad específica en ese acto.

Si el acusado no se conforma de inmediato con la acusación y decide formular su defensa o pide plazo para presentar su escrito de defensa, precluye la oportunidad de acceder a la conformidad premiada del art. 801, lo cual no obsta a que pueda conformarse con posterioridad pero bajo el régimen de la conformidad del procedimiento abreviado (art. 801.1).

En la segunda hipótesis, cuando junto al MF se hubieren constituido acusadores particulares, también es posible la conformidad, pese al tenor del art. 801.1 que da a entender lo contrario. Esta disposición señala como primer requisito de la conformidad la circunstancia de que «no se hubiere constituido acusación particular», sin embargo más adelante el mismo art. 801, en su número 4, regula expresamente el caso de conformidad premiada en supuesto de acusación particular junto a la del MF, con lo cual el aparente requisito de que «no se hubiere constituido acusación particular» no pasa de ser una regulación separada de casos distintos de la misma conformidad.

Concretamente, la Ley dice que si se «hubiere constituido acusador particular y éste hubiere solicitado la apertura del juicio oral y así lo hubiere acordado el Juez de guardia» (art. 800.4), enseguida se debe proceder de acuerdo a lo que ordena el art. 800.4, que establece que el mismo Juez de guardia «emplazará en el acto a aquélla [al acusador particular] y al Ministerio Fiscal para que presenten sus escritos dentro de un plazo improrrogable y no superior a dos días», tras lo cual «el acusado podrá, en su escrito de defensa, prestar su conformidad con la más grave de las acusaciones» (art. 801.4). *Vid.* AGUILERA MORALES, Marien (con Gascón Inchausti), *La Reforma...*, *cit.*, pp.

La regulación legal admite que esta conformidad sea el resultado de un pacto entre las partes, tanto como de un acto unilateral de aceptación de la acusación.

Por otra parte, junto a lo anterior, y de la misma manera como acontece en la regulación de la conformidad del procedimiento abreviado, en la reglamentación del art. 801 se parte del supuesto del respeto a la legalidad penal y del sometimiento del MF a la legalidad, que, como ya hemos dicho, no sólo se satisface con la calificación jurídica y petición de pena adecuada a la Ley, sino que también exige la deducción de acusación en todo caso que al Fiscal le conste la existencia de un hecho que reviste

382-383; VEGAS TORRES, Jaime, *El procedimiento...*, cit., pp. 185-187; MUERZA ESPARZA, Julio, *La reforma...*, cit., p. 188; Circular 1/2003 de la FGE.

En consecuencia, en este supuesto la conformidad se manifestará en el escrito de defensa, además de acordarse con la más grave de las acusaciones, puesto que en todo caso habrá más de una.

Por último, toca referirse a los límites punitivos que acotan el ámbito de aplicación de la conformidad premiada en el seno del enjuiciamiento rápido. El legislador ha querido establecer unos límites punitivos restrictivos a este tipo de conformidad, más estrictos incluso que el ámbito de aplicación del mismo enjuiciamiento rápido.

En efecto, el procedimiento para el enjuiciamiento rápido se aplica a los delitos castigados «con pena privativa de libertad que no exceda de cinco años, o con cualesquiera otras penas, bien sean únicas, conjuntas o alternativas, cuya duración no exceda de diez años, cualquiera sea su cuantía» (art. 795.1), mientras que la conformidad que se puede acordar en su seno está más limitada respecto a las penas privativas de libertad, ya que el primer límite punitivo referido a la pena abstracta, previsto en el art. 801.1.2º, dice que procede la conformidad siempre que los «hechos objeto de acusación hayan sido calificados como delito castigado con pena de hasta tres años de prisión».

Con este límite abstracto establecido por el art. 801.1.2º, se está admitiendo la conformidad premiada cuando se trata de hechos que de merecer pena privativa de libertad no sean calificados como delitos que merezcan una pena que exceda de tres años de prisión, de modo que se está excluyendo la posibilidad de conformarse con delitos con penas graves (33.2 CP). Así, la Circular 1/2003 de la FGE.

Al contrario, esta norma no contiene ninguna limitación específica respecto de las otras penas no privativas de libertad, con lo cual corresponde concluir que procede acordar la conformidad con la misma latitud que tiene lugar el procedimiento para el enjuiciamiento rápido con respecto a hechos que merezcan estas otras penas. *Vid.* AGUILERA MORALES, Marien (con Gascón Inchausti), *La Reforma...*, cit., pp. 389-391; VEGAS TORRES, Jaime, *El procedimiento...*, cit., pp. 187-188.

La Ley además contempla un segundo límite punitivo —esta vez de pena concreta— que acota más el ámbito de aplicación, y que, por tanto, opera dentro del primer límite abstracto restringiendo todavía más el límite de pena, aunque sólo respecto a la privativa de libertad. Precisamente, el art. 801.1.3º dispone que «tratándose de pena privativa de libertad, la pena solicitada o la suma de las penas solicitadas no supere, reducida en un tercio, los dos años de prisión».

La norma viene a imponer un límite de pena concreta sobre la pena privativa de libertad, de suerte que el acusador no puede pedir una pena de prisión que en su individualización supere los tres años, como tampoco solicitar varias penas menores de tres años pero que sumadas superen ese límite.

caracteres de delito y por todos los hechos sustanciales y accesorios que se derivan de la instrucción, sin quitar ninguno, ni introducir hechos inexistente.

La diferencia esencial entre una y otra regulación no estriba en la vigencia del principio de legalidad penal ni en la preocupación por éste, pues la Ley efectivamente se preocupa de velar por la debida legalidad de la conformidad del procedimiento abreviado, pero lo hace de manera ineficaz al poner el énfasis en el control de legalidad formal de su contenido, sin advertir que el riesgo real en la conformidad está en la posible negociación de las partes centrada en la manipulación arbitraria de los hechos, con el propósito de obtener calificaciones y penas adecuadas a la fines de la negociación. Es decir, sin advertir que el problema del sometimiento efectivo a legalidad penal depende en realidad de la regulación legal de las ventajas o incentivos penales, y de su proyección al contenido de la sentencia, con el fin de evitar que las partes, a través de la vía de manipular los hechos, acaben determinando no sólo el núcleo fáctico de la sentencia (que está fuera de control jurisdiccional), sino también forzando la calificación y la pena de la sentencia, logrando determinar todo el contenido de la sentencia; todo al margen de la previsiones abstractas de la Ley penal sustantiva¹⁰³⁸.

El riesgo de que esto ocurra así es alto, ya que el sistema procesal tiene necesidad de las conformidades en cuanto medio eficaz de aligerar la carga de asuntos que sufren jueces y fiscales¹⁰³⁹, requiriéndose de un buen «contingente de acusados dispuestos a conformarse» —nada menos que la mitad del total de acusados—¹⁰⁴⁰. Y ¿cómo se consigue a ese «contingente de acusados» dispuestos a «cooperar» con el sistema?

¹⁰³⁸ *Vid.* todo lo expuesto *supra* respecto de este punto. La doctrina parece resignarse ante el peligro que se denuncia: la manipulación de los hechos como objeto de negociación. Los análisis más agudos, entre otros, son los de AGUILERA MORALES, Marien, (con Gascón Inchausti), *La Reforma...*, *cit.*, p. 374. En una posición menos crítica GASCÓN INCHAUSTI, Fernando (con Aguilera Morales), *La Reforma...*, *cit.*, pp. 138-139. También, aunque respecto de la antigua conformidad del procedimiento abreviado, DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, «Disponibilidad del objeto...», *cit.*, pp. 9855-9883.

¹⁰³⁹ La sobrecarga de los órganos jurisdiccionales en cualquier sistema de administración de justicia penal moderno es altísima. *Vid.* en el caso español a MORENO CATENA, Víctor, «El proceso penal español...», *cit.*, p. 17, que sostiene que el año 2000 ingresaron «al sistema penal más de 4.500.000» y que «se celebraron 140.000 juicios por delitos y 344.000 juicios por faltas», un 10% del total de los asuntos ingresados.

Dice, por otra parte, que del total de las acusaciones planteadas la mitad terminó en conformidad.

¹⁰⁴⁰ *Ibid. cit. supra.*

¿Respetando la legalidad y acusando por los hechos que efectivamente ocurrieron y pidiendo la pena que corresponde o, por el contrario, saltándose la Ley, acomodando y retocando los hechos, para conseguir una buena rebaja de pena? La respuesta se nos antoja evidente.

La única forma de evitar este riesgo es la regulación legal de la materia, es decir, que sea la Ley quien ofrezca los incentivos —incentivos legales— al acusado¹⁰⁴¹, reconduciendo la cuestión a la luz de la Ley y los someta a unos presupuestos y límites claros e iguales para todos los acusados¹⁰⁴², excluyendo o, por lo menos, desincentivando cualquier posibilidad de arbitrio ilegal provenientes de las partes, y especialmente del MF. A nuestro juicio, este es el gran aporte del art. 801, que viene a decir que si la conformidad cumple con los presupuestos legales (libertad y conocimiento del acusado y contenido legal de la conformidad), que han de ser controlados por el Juez de guardia en los términos del art. 787, éste «dictará, en su caso, sentencia de conformidad, en la que impondrá la pena solicitada reducida en un tercio» (art. 801.2).

Este diseño legal, si bien no contempla la prohibición de la negociación, desincentiva fuertemente aquella al margen de la Ley¹⁰⁴³, pues el MF no tendrá que acudir a las prácticas que se criticaban con el fin de conseguir las conformidades, puesto que es esperable que el acusado se vea legalmente motivado a aceptar unilateralmente la acusación si ella le reporta la nada despreciable rebaja de un tercio sobre la pena concreta pedida¹⁰⁴⁴. Esto mismo se puede expresar de otra manera, en el

¹⁰⁴¹ La doctrina no se pronuncia abiertamente acerca del problema, salvo en cierta medida AGUILERA MORALES, Marien (con Gascón Inchausti), *La Reforma...*, cit., pp. 374-375.

¹⁰⁴² El problema no es sólo de legalidad penal sustantiva y de sometimiento a la legalidad del MF, sino también de igualdad de los acusados ante la Ley penal, ya que a causa de las negociaciones al margen de la legalidad, se acaban resolviendo de distinta manera casos penales que son iguales, dando lugar a diferentes consecuencias jurídico-punitivas.

¹⁰⁴³ La negociación puede tener lugar en cualquier tipo de conformidad con tal que sea legal, lo cual nos sitúa en la individualización concreta de pena siempre dentro de los márgenes legales abstractos. Corresponde especificar que en esta conformidad (en la guardia) la negociación, siempre que sea dentro de la legalidad, es totalmente admisible. Por tal motivo, creemos que las partes podrían pactar sin ningún tipo de objeción una pena concreta dentro de los márgenes legales.

¹⁰⁴⁴ Además de una posible suspensión o sustitución de pena.

sentido de que en un sistema de incentivo legal se hace muchísimo más factible exigir al MF que, en el ejercicio de sus potestades acusadoras, se someta a la Ley¹⁰⁴⁵.

III. LA CONFORMIDAD EN EL JUICIO ANTE EL TRIBUNAL DEL JURADO

La conformidad y sus efectos en el juicio ante el Tribunal del Jurado están regulados en el art. 50 de la LOTJ.

La LOTJ 5/1995 reprodujo, más o menos, la regulación de la conformidad del procedimiento abreviado de la LO 7/1988 (derogados arts. 791.3 y 793.3).

Como veremos enseguida, la regulación de la conformidad en Juicio ante Jurado mantiene las mismas carencias normativas que hemos indicado *supra*. Por ejemplo, se deduce de la regulación de la conformidad que ésta puede ser tanto un acto unilateral del acusado de aceptación de la acusación, como un pacto resultado de una previa negociación de las partes. Sin embargo, el espacio de negociación abierto a las partes sigue necesitado de expresa regulación para saber a ciencia cierta qué pueden hacer las partes a la hora de «acordar una conformidad». Así, quedan sin regulación eficaz la cuestión del ámbito en que pueden moverse las partes a la hora de pactar segundas acusaciones.

¹⁰⁴⁵ Con todo, hay que reconocer que en el uso del sistema de conformidad incentivada si cabe plantearse posibles malas prácticas:

Primera. En el procedimiento de enjuiciamiento rápido la conformidad incentivada sólo es aplicable cuando se trate de hechos delictivos que merezcan una pena abstracta que no supere los tres años, mientras que sobre esa pena sólo procede la conformidad del procedimiento abreviado (no incentivada por la Ley). En este caso, el MF podría mediante una manipulación fáctica sobre la acusación ofrecerle al acusado hacerle entrar su caso en el sistema de conformidad incentivada forzando una rebaja de pena a cambio de su aceptación.

Segunda. También es imaginable que en supuesto de concurso de delitos, quepa pedir varias penas que individualmente no superen los tres años, pero que sumadas sí rebasen dicho límite, con lo cual el caso no podría entrar en la conformidad incentivada al no cumplirse con el requisito de que las penas sumadas no pueden superar este margen de pena (art. 801.1.3º). ¿Podría negociarse una rebaja parcial de cada una de las penas o de algunas para que sumadas no superen los tres años?

Tercera. Además es imaginable la situación contraria, sobre todo cuando haya acusador particular, quien ante un caso en que proceda pedir una pena o penas que entran en los márgenes que permiten la conformidad premiada, acabe por forzar una acusación más grave con el fin de privar al acusado de la rebaja (y las posibles suspensión o sustitución de penas).

La Ley se decanta por el doble juego normativo: de una parte introduce las normas para que las partes puedan negociar, pero de otra, no regula esa posibilidad estableciéndole unos límites claros, fingiendo que no existe o que en la práctica ello no se produce, cuando es evidente que los justiciables (y los jueces) usan de la misma.

Con base en la vigencia del principio de legalidad y del principio de indisponibilidad sólo sería lícito que el MF ofreciera una rebaja de la petición de pena dentro de los marcos de legalidad genéricos de las penas. Sin embargo, el estudio de la casuística demuestra que el MF suele incurrir en prácticas que van mucho más allá y que técnicamente están prohibidas¹⁰⁴⁶. Así, por ejemplo, la manipulación *a posteriori*

¹⁰⁴⁶ Vid. Informe sobre la aplicación de la Ley Orgánica del tribunal del Jurado desde el 1 de abril de 1997 al 31 de marzo de 1998. Aprobado por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial en su reunión del día 5 de mayo de 1999, en «Estudios, Informes y Dictámenes», Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, pp. 178-180. Como hemos dicho antes, este Informe denuncia la producción de conformidades negociadas en el juicio por Jurados, en las cuales la acusación le reconoce alguna circunstancia modificativa a la defensa con el propósito de hacer viable la rebaja de la pena, cuestión que es claramente una ilegalidad en la mayoría de los casos. Existe base legal para pensar que es así. En primer lugar, el MF (que es habitualmente acusador único en estas conformidades) debe actuar bajo el principio de objetividad y legalidad de modo que debe calificar y pedir pena según la Ley penal, y si objetivamente concurre una causal modificatoria debe acusar y considerar dicha circunstancia desde la primera acusación, pero no puede dejar de hacerlo, reservándose para negociar en posibles modificaciones a la acusación dirigidas a provocar la conformidad del acusado *ex post*. En consecuencia, si la causal modificatoria existía pero no la consideró en la primera acusación, reservándola para modificar la acusación más adelante, como parte de una estrategia, incurre en ilegalidad, porque estaba obligado a hacerlo desde el principio. Lo contrario supondría apartarse del principio de objetividad y de la legalidad penal. En segundo lugar, en virtud de los mismos principios de objetividad y de legalidad penal en la actuación del MF, éste no está autorizado para inventarse modificatorias que no existen. Por lo tanto, si al principio no la consideró en su acusación porque no existía en la realidad, y después con vista a hacer viable la acusación se la reconoce a la defensa en la acusación modificada, ello también constituye una ilegalidad.

Pero aún más reprochable se ha de considerar la práctica dada en ciertas conformidades negociadas donde el acusador ha llegado a concederle al acusado la eximente de trastorno mental a cambio de la aceptación por éste de medidas de seguridad privativas de libertad de hasta 25 años de internamiento. Y en algunos casos con la connivencia del Magistrado-Presidente, que no se plantea cuestión alguna sobre la incongruencia de declarar como trastornado mental al acusado eximiéndolo de responsabilidad, pero a la vez considerarlo capaz para prestar su consentimiento en una conformidad penal. Tampoco se plantean los Magistrados-Presidentes cuestión alguna acerca de la legitimidad para acordar la aplicación de medidas de seguridad privativas de libertad con unos plazos que superan con mucho los límites de 6 años de privación de libertad.

En la práctica lo que subyace aquí es el perverso incentivo a la conformidad que incluso se alienta por parte de los mismos órganos jurisdiccionales que a través de esta institución aligeran su carga de trabajo de manera considerable. En efecto, el Informe señalado lo ratifica cuando, al referirse al rol del Magistrado-Presidente en las conformidades en el juicio por Jurados, dice: «Incluso existen muestras

de los hechos de la acusación, recortándolos (degradándolos) a favor del acusado, cuando en realidad habría podido en juicio probar una acusación más extensa. De esta manera se da por probada una acusación disminuida por la «pura voluntad de las partes», disponiendo del objeto del proceso. En segundo lugar, el MF suele aprovechar la vinculación del juzgador a la conformidad, e introducir eximentes incompletas o atenuantes, con lo cual le reconoce por sí y ante sí estas calificaciones al acusado, de modo que «crea calificaciones favorables» al acusado, independiente de su justeza desde el punto de vista penal sustantivo. De estas dos maneras se pueden ofrecer importantes rebajas en la pena pedida que la Ley no contemplaba en estricto rigor para el caso¹⁰⁴⁷. El daño a la vigencia del principio de indisponibilidad y de legalidad penal en estos casos es manifiesto, y, en nuestra opinión, mucho mayor que el que pueden sufrir estos principios cuando la Ley se atreve a reconocer la negociación penal sin ambages, sometiéndola a límites y requisitos legales¹⁰⁴⁸.

1. La eficacia de la conformidad supeditada a determinados presupuestos

Como las demás especies de conformidades, la eficacia de la conformidad del juicio por jurado también se halla sometida a la concurrencia de determinados presupuestos. Hemos mencionado especialmente a aquellos que se refieren a la manifestación de voluntad del acusador, al ámbito de aplicación, al momento procesal adecuado para su acuerdo y a su contenido.

La LOTJ no se preocupa de regular los presupuestos de eficacia que dicen relación con la manifestación de voluntad del acusado. No obstante, no cabe duda que aquí también se requiere que la voluntad del acusado se manifieste libremente y con conocimiento de los efectos de la conformidad, como se exige vía jurisprudencial en la conformidad del procedimiento ordinario, y como expresamente lo demanda el art. 787

de la participación activa del Magistrado-Presidente en la consecución de estos pactos». También MUERZA ESPARZA, Julio-Javier, *Comentarios a la Ley del Jurado, cit.*, pp. 718-733.

¹⁰⁴⁷ *Vid.* las críticas que realizamos a las prácticas que se producen en la rutina jurisprudencial en Derecho chileno con relación al procedimiento abreviado.

¹⁰⁴⁸ Con lo cual, además, se logra el sano efecto de refortalecer la posibilidad de que la conformidad sea un acto unilateral del acusado.

para el caso de la conformidad del procedimiento abreviado. Requisitos que se deben entender aplicables a la conformidad del procedimiento ante Tribunal del Jurado, como exigencia mínima de cualquier acto jurídico, y además porque el art. 24.2 LOTJ dispone que las normas de la LECrim se aplican supletoriamente¹⁰⁴⁹.

Respecto del ámbito de aplicación, la LOTJ corrigió la ambigüedad con que estaba redactada la derogada norma del art. 793.3, que indujo en su momento a una larga

¹⁰⁴⁹ El art. 50.1 LOTJ establece una específica regulación de la manifestación de voluntad en lo relativo a la importancia de la voluntad del acusador para que se produzca la conformidad.

La norma da entender que deben concurrir la voluntad del acusado y la del acusador; así se desprende del tenor del art. 50.1, cuando dice que se «procederá a la disolución del Jurado si las partes interesaren que se dicte sentencia de conformidad con el escrito de calificación que solicite pena de mayor gravedad, o con el que presentaren en el acto, suscrito por todas...».

Sin embargo, y en estricto rigor, hay que distinguir dos situaciones bien claras. Primero, cuando la conformidad se produce con el escrito de calificaciones provisionales, caso en que no se requiere del acuerdo de voluntades de acusado y acusador, sino que solamente de la conformidad del acusado, pues en esta hipótesis la conformidad no responde a la noción de «transacción penal» que requiera de un previo acuerdo de voluntades. En suma, aceptada por el acusado la acusación más grave de las formuladas en su contra, se entenderá producida la conformidad independiente de la voluntad del acusador, la que en cualquier caso cabría presumir implícitamente a favor de la misma, pues se está aceptando la acusación en los términos por él planteada. Además, por la misma razón, carecería de relevancia jurídica la exteriorización de su voluntad en sentido contrario a la conformidad, porque ¿cómo aceptar que el acusador se oponga a la conformidad cuando ella se produce respecto a la acusación planteada por él mismo? Aceptarla supondría someterse al capricho del acusador de llevar por su pura voluntad a juicio al acusado.

Nótese que esta hipótesis que puede parecer tan improbable fue justo la que se planteó en la STS de 28 de febrero de 1996, Sala de lo Penal, ponente Puerta Luis (BDA, m. RJ 1996\1331), caso en que el acusado se conformó con la acusación, siendo condenado de acuerdo a la conformidad, pero a una pena más baja, lo cual dio origen a un recurso de casación del acusador que venía a sostener que no concurrió la voluntad del acusador en esa conformidad, pues ésta se había manifestado en contra si la pena impuesta en definitiva fuere menor a la pedida en conformidad, como aconteció. Uno de los argumentos del Tribunal Supremo para desestimar el recurso fue que en el supuesto de conformidad como acto unilateral del acusado no se requiere de la voluntad del acusador. *Vid.* también MUERZA ESPARZA, Julio-Javier, *Comentarios a la Ley del Jurado, cit.*, pp. 724-725.

La segunda situación es la que se produce cuando la conformidad se da con posterioridad a las calificaciones provisionales, en un escrito donde las «partes» suscriben una acusación modificada a la baja. En este caso el Legislador parece estar regulando un verdadero pacto en el que se exige la concurrencia de ambas voluntades, pues la hipótesis que la Ley contempla se concreta —en la práctica— en alguna oferta de ventaja en la calificación jurídica que da lugar a una petición de pena más baja que la inicial, a cambio de la cual se conforma el acusado, de manera que la voluntad del acusador está comprendida en la misma naturaleza de la conformidad negociada. *Vid.* STS de 28 de febrero de 1996, Sala de lo Penal, ponente Puerta Luis (BDA, m. RJ 1996\1331); MUERZA ESPARZA, Julio-Javier, *Comentarios a la Ley del Jurado, cit.*, pp. 724-725.

polémica sobre cuál era este ámbito de aplicación en la conformidad del procedimiento abreviado.

El art. 50.1 LOTJ establece claramente que las penas privativas de libertad objeto de conformidad no pueden exceder de 6 años, sola o conjuntamente con la de multa o con las de privación de otros derechos. En otras palabras, la acusada tiene que conformarse con la acusación más grave, la que no puede pedir más de 6 años de privación de libertad como pena. Lo mismo rige para el caso que la conformidad sea fruto de una negociación de las partes y que se plasme en un escrito de acusación pactado por éstos¹⁰⁵⁰.

En cuanto a los 6 años como tope máximo en el juicio por Jurados, se debe decir que éste es aplicable solamente a las penas privativas de libertad, y no a la multa¹⁰⁵¹ y demás penas privativas de otros derechos, con lo cual hay que concluir que éstas pueden concurrir y ser objeto de conformidad, junto con la privativa de libertad, sin ningún tipo de limitación temporal¹⁰⁵². Tampoco habría problema para que la conformidad se produjese sólo con una multa o con una pena privativa de derechos, como pena única, ya que si ella puede ser objeto de conformidad como accesoria a una principal privativa de libertad, con mucha más razón se puede aplicar como única pena, teniendo en cuenta que estos límites siempre tienen un fin de garantía.

Por último, cabe llamar la atención acerca de que el límite penológico se define por la pena concreta conformada, y no por la abstracta atribuida al delito de la acusación conformada (en esto la Ley es clarísima), de manera que el límite deja un margen de maniobra bastante amplio a las partes para poder someter a conformidad la totalidad de delitos que se pueden enjuiciar por Jurados, ya que todos mediante la aplicación concreta de las normas penales (atenuantes, eximentes incompletas, grado de

¹⁰⁵⁰ Tras la última reforma de la Ley 38/2002, el límite de 6 años de privación de libertad coincide con el previsto para la conformidad del procedimiento abreviado. Por el contrario, es distinto del que rige para la conformidad del procedimiento ordinario, pues en ésta se habla de que la conformidad procede respecto de «pena correccional», que es una pena con un rango menor (actualmente corresponde a la denominada pena de prisión menos grave: 6 meses a 3 años). *Vid.* AGUILERA MORALES, Marien, *El «principio de consenso»...*, *cit.*, p. 331.

¹⁰⁵¹ Recuérdese que la multa se calcula con el sistema días-multa, y su extensión máxima no puede exceder de 2 años, razón por la cual el máximo de 6 años no se le aplica, ya que tiene un límite todavía menor, impuesto por el art. 50 CP.

¹⁰⁵² Igual como sucede en la conformidad del procedimiento abreviado.

ejecución, participación y juego dentro del marco legal punitivo) pueden en cada caso dar lugar a penas cuyos máximos no superen los 6 años¹⁰⁵³.

Dejamos hasta aquí la explicación de los presupuestos de la conformidad, aunque en ellas se incluyen materias muy importantes¹⁰⁵⁴. Corresponde ahora dedicarse al análisis de nuestro tema.

¹⁰⁵³ Vid. MUERZA ESPARZA, Julio-Javier, *Comentarios a la Ley del Jurado*, cit., p. 726; AGUILERA MORALES, Marien, *El «principio de consenso»...*, cit., p. 331. cfr. MIRA ROS, Corazón, *Régimen...*, cit., pp. 463-466, quien llega a una conclusión distinta, aunque no deja de criticar a la LOTJ por la falta de previsión normativa clara.

¹⁰⁵⁴ Una de esas materias es la referida a los momentos procesales adecuados para llegar a una conformidad. Toca partir señalando que es uno de los temas que más incertidumbre ha provocado tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, a la hora de intentar buscar una interpretación más o menos coherente, ya que la Ley no ofrece señales muy claras sobre las soluciones más ajustadas a Derecho.

El art. 50 LOTJ que regula la institución de la conformidad está ubicado sistemáticamente dentro de las causales de disolución anticipada del Jurado. Dicha situación, sin ningún tipo de aclaración en el texto mismo, ha provocado dudas de cuál es el momento (o momentos) procesal (procesales) adecuado para la conformidad de las partes.

Desde luego, la ubicación de la norma hace pensar que la conformidad tuviera que producirse con las conclusiones provisionales, en el juicio oral después de constituido el Jurado, por ello la LOTJ la establece como una causal de disolución del Jurado. Y lo mismo se desprende del primer apartado del art. 50 que señala: «procederá la disolución del Jurado si las partes interesaren que se dicte sentencia de conformidad con el escrito de calificación que solicite pena de mayor gravedad, o con el que presentaren en el acto, suscrito por todas, sin inclusión de otros hechos que los objeto del juicio, ni calificación más grave que la incluida en las conclusiones provisionales». Vid. MUERZA ESPARZA, Julio-Javier, *Comentarios a la Ley del Jurado*, cit., pp. 720-721.

Pues bien, una primera interpretación sería que la conformidad se ha de prestar al inicio del juicio oral, inmediatamente después de constituido el Jurado, es decir, antes del desarrollo del juicio, lo cual además hallaría base legal en la aplicación supletoria del art. 688 LECrim por la remisión que hace el art. 42.1 LOTJ a las normas de la LECrim, arts. 680 y siguientes, y, por tanto, al art. 688. En suma, el acusado tendría la oportunidad de conformarse tras el juramento o promesa de los Jurados y hasta la lectura de los escritos de calificación provisional por el Secretario. Cfr. MIRA ROS, Corazón, *Régimen...*, cit., p. 349.

Sin embargo, los apartados 2 y 3 del art. 50 mueven a duda sobre si es éste el momento en que se puede producir. Efectivamente, el apartado 2 parece suponer que la conformidad se ha de producir una vez comenzado el juicio, ya que dispone que si el Magistrado-Presidente estima que existen motivos bastantes para estimar que el hecho justiciable no ha sido perpetrado o que no lo fue por el acusado, «mandará seguir el juicio». Vid. MUERZA ESPARZA, Julio-Javier, *Comentarios a la Ley del Jurado*, cit., pp. 720-721.

Por otra parte, del apartado 3 se desprendería una cosa distinta: que la conformidad se debe producir una vez practicada la prueba, ya que dispone que si el Magistrado estima «que los hechos aceptados pudieran no ser constitutivos de delito, o que pueda resultar la concurrencia de una causa de

exención o de preceptiva atenuación», no disolverá el Jurado, y le someterá por escrito el objeto del veredicto, lo cual hace presumir que el debate probatorio del juicio ha concluido.

En realidad resulta que ninguno de estos momentos procesales es excluyente de los otros, de modo que el momento del art. 688 LECrim aplicado supletoriamente, como los de los apartados 2 y 3 del art. 50 LOTJ, son aptos para llegar a una conformidad, pues así lo autoriza la literalidad de la norma. Puede, eso sí, discutirse acerca de la utilidad de la misma, desde un punto de vista de economía procesal, de las hipótesis que se sitúan en el juicio oral o incluso en las postrimerías del mismo, en todos los casos después de constituido el Jurado. En efecto, la conformidad producida en esta fase del desarrollo del juicio oral no ofrece una clara motivación de economía procesal dada por la evitación del juicio mismo. Como mucho, dicha economía procesal estaría dada por el ahorro del veredicto y sus incidencias, haciendo posible el directo pronunciamiento de sentencia de conformidad. Cfr. GIMENO SENDRA, Vicente, *Derecho procesal penal*, cit., segunda edición, p. 328; BUTRÓN BALIÑA, Pedro, *La conformidad...*, cit., pp. 266-267, y SERRANO BUTRAGUEÑO, Ignacio, «El juicio oral ante el Tribunal del Jurado», en AAVV, *Comentarios sistemáticos a la Ley del Jurado*, Comares, Granada, 1996, pp. 210-211.

De otra parte, que la conformidad sea procedente en estos momentos —en el juicio y después de constituido el Jurado— no quiere decir que su procedencia no sea posible, también, previo al juicio oral, aunque de la ubicación sistemática y de la literalidad del precepto (art. 50) se deduzca lo contrario. En efecto, la conformidad sería procedente en las calificaciones provisionales, expresada la conformidad en ellas mismas, sin necesidad de esperarse a la constitución del Jurado y al inicio de las sesiones del juicio. A favor de esta interpretación se han esgrimido argumentos prácticos y jurídicos. Los argumentos prácticos más decisivos son la economía procesal y el ahorro de medios, pues la conformidad antes del juicio y previo a la constitución del Jurado evitaría una etapa del proceso con el consiguiente aceleramiento del mismo, y redundaría en un importante ahorro de recursos públicos (y privados). Pesa sobre todo el argumento de evitar la constitución del Jurado, pues abrir el juicio oral y constituir un Jurado, con los costes que ello supone para el Estado y los ciudadanos, y luego disolverlo anticipadamente, prescindiendo de sus funciones, no resulta aconsejable. Vid. SALOM ESCRIVÁ, Juan-Salvador, *Comentarios a la Ley del Jurado*, cit., pp. 580-582; MUERZA ESPARZA, Julio-Javier, *Comentarios a la Ley del Jurado*, cit., pp. 719-724; DE DIEGO DíEZ, Luis-Alfredo, *La conformidad del acusado*, cit., pp. 549-555; AGUILERA MORALES, Marien, *El «principio de consenso»...*, cit., pp. 336-337.

Los argumentos legales para sostener que es posible la conformidad desde los escritos de calificaciones se encuentran en la aplicación supletoria de la LECrim, en aquello que no se oponga a la LOTJ, según lo dispone el art. 24.2 y 29 LOTJ. Ambas normas dan valor supletorio a la LECrim. El art. 24.2 hace una remisión general a la LECrim aplicable a todo el proceso en forma supletoria, en cuanto no se oponga a la LOTJ. El art. 29 hace una remisión a la LECrim como regla que se ha de aplicar en cuanto al contenido de los escritos de calificaciones provisionales, señalando expresamente que el de la defensa se ha de regir por las normas del art. 652 y 653 LECrim. Bien es cierto que el art. 29 no se remite expresamente al art. 655 LECrim, sin embargo éste se entiende aplicable porque el art. 652, al que sí hace remisión, dice que en el escrito de la defensa, ésta puede manifestar si está «conforme» o no con las conclusiones de la acusación, lo cual vale como una remisión a la posibilidad de conformarse en los términos del art. 655 LECrim. Además, el carácter supletorio general de la LECrim respecto del juicio por Jurados declarado por el art. 24.2 LOTJ es otro buen argumento legal para la aplicación del art. 655, como también del art. 784.3 LECrim (procedimiento abreviado).

La jurisprudencia ha venido a confirmar la posibilidad de que la conformidad se produzca desde calificaciones provisionales en adelante, de modo que ella puede producirse no sólo en el juicio oral, una vez constituido el Jurado, sino además desde el mismo momento de las calificaciones

2. Predeterminación del contenido de la sentencia por la conformidad

La conformidad es la solución jurídica dada al objeto de enjuiciamiento, basada en la aceptación de la acusación por el acusado o en la previa negociación de las partes del contenido de la misma. Desde este punto de vista la conformidad siempre aspira a convertirse en la decisión definitiva de la cuestión inicialmente sometida a la jurisdicción, pues sino, ella misma no tendría sentido. Pero para llegar a ser esa decisión definitiva debe ser recogida en la sentencia que ha de dictar en todo caso un órgano jurisdiccional. El problema entonces radica en establecer qué grado de determinación del contenido de la sentencia va a producir la conformidad. Obviamente, ese grado de vinculación en Derecho español no puede ser absoluto, porque ello colisionaría con la vigencia de principios constitucionales muy asentados, como son la exclusividad de la potestad jurisdiccional en los órganos jurisdiccionales y la aplicación del Derecho penal por la sola vía jurisdiccional. Al juzgador debe estar reservado el enjuiciamiento penal. No obstante, la conformidad viene a relativizar esto en buena medida, siempre que concurran los requisitos de la misma y dentro de los límites legales.

La conformidad puede llegar a determinar una parte de la decisión definitiva del órgano jurisdiccional. Pero subsiste la duda ¿hasta qué punto? ¿Sólo respecto del enjuiciamiento fáctico o también se extiende al enjuiciamiento jurídico y a la atribución de sus consecuencias jurídicas? La LOTJ contempla una regulación específica, aunque insuficiente en algunos aspectos.

provisionales realizadas por la defensa, las cuales en cualquier caso deben ser ratificadas ante el Magistrado-Presidente.

En la jurisprudencia se observa que en la práctica suelen producirse las conformidades no sólo en las calificaciones provisionales iniciales, sino también (y quizás más) en la audiencia preliminar (art. 31.3 LOTJ), en la cual el acusador puede aprovechar de plantear una modificación («a la baja») de su acusación en el momento de los informes de las partes, que será el instante en el que la acusada pueda aprovechar para prestar su conformidad.

En fin, de producirse la conformidad en estos momentos, la opinión de la jurisprudencia ha sido que el Juez de Instrucción debe dictar el auto de apertura del juicio oral y remitir los testimonios a la Audiencia Provincial. Designado el Magistrado-Presidente se realiza una audiencia a la que asisten las partes, las que deben ratificar los términos de la conformidad, tras lo cual se dicta sentencia recogiendo el contenido de aquella, siempre que no concurra algún motivo de desvinculación. Igual opinión sostienen, como hemos dicho, FGE, Circular 4/1995 de 29 de diciembre de 1995, VII; SALOM ESCRIVÁ, Juan-Salvador, *Comentarios a la Ley del Jurado*, cit., pp. 581-582.

La norma básica es la del art. 50.2 LOTJ que dice «El Magistrado-Presidente dictará la sentencia que corresponda, atendidos los hechos admitidos por las partes (...)». La disposición se corresponde con la regulación del procedimiento abreviado en el sentido de restringir los ámbitos de vinculación del juzgador a los hechos admitidos, con lo cual deja en claro que la vinculación, inicialmente, sólo se produce sobre los hechos. Las calificaciones jurídicas y las penas de la conformidad no vinculan al Magistrado. Enseguida precisaremos qué significado tiene esta afirmación inicial.

2.1. *Determinación sólo de los hechos admitidos*

El Magistrado-Presidente tiene que dictar sentencia ajustada a Derecho, pero debe partir de los hechos admitidos por las partes, según se desprende del tenor del art. 50.2 LOTJ.

La LOTJ dice que la vinculación es a los «hechos admitidos», pero no a la calificación jurídica y la pena.

Esto, que en principio es bastante razonable, ya no lo parece tanto cuando se tiene en cuenta que la conformidad que se regula en el art. 50 LOTJ se produce sobre toda la acusación, cuyo contenido no es sólo fáctico sino también jurídico, puesto que contiene la calificación jurídica del hecho y de los demás elementos fácticos y la petición de pena (art. 650 LECrim), y, no obstante, la vinculación se produce sobre una parte de esos contenidos: lo fáctico¹⁰⁵⁵. Algunos¹⁰⁵⁶ piensan que habría sido más oportuno regular directamente una conformidad limitada a los hechos o un reconocimiento de hechos, que no hablar de una conformidad sobre la acusación, cuando en estricto rigor su efecto está limitado a sólo una parte de su contenido, y cuando su fin sería antes que el de vinculación a una «pretensión» la elusión del juicio oral y de la etapa del veredicto con todas sus incidencias¹⁰⁵⁷.

¹⁰⁵⁵ Vid. DE DIEGO DÍEZ, Luis-Alfredo, *La conformidad del acusado*, p. 556; MUERZA ESPARZA, Julio-Javier, *Comentarios a la Ley del Jurado*, cit., p. 727; AGUILERA MORALES, Marien, *El «principio de consenso»...*, cit., p. 335.

¹⁰⁵⁶ *Ibid. cit. supra.*

¹⁰⁵⁷ En términos parecidos DE DIEGO DÍEZ, Luis-Alfredo, *La conformidad del acusado*, p. 556.

Efectivamente, desde un punto de vista técnico parece más lógico hablar de conformidad sobre los hechos —que no sobre la acusación— ya que es lo fáctico lo que tiene efecto vinculante para el contenido de la sentencia, pero lo cierto es que visto desde un punto de vista de la realidad práctica, la conformidad acaba por convertirse, en un elevado número de casos, en la decisión definitiva, no ya exclusivamente en el aspecto fáctico, sino también en lo jurídico, y la razón para que ello suceda así es doble. De una parte está el evidente incentivo que recibe la conformidad cuando se concibe como un mecanismo de descarga de trabajo de los órganos jurisdiccionales, con lo cual éstos en la praxis miran con buenos ojos el uso frecuente y expedito de este «expediente», como lo demuestran los estudios empíricos¹⁰⁵⁸, y por tal motivo los jueces tienden a ser menos estrictos en el control de legalidad de los contenidos de la conformidad. Por otra parte, al permitírsele a las partes vincular al Magistrado-Presidente a unos hechos se produce en las «partes» la tentación de «moldearlos» para hacerlos calzar con las calificaciones y consecuencias jurídicas que se pactan en cada caso¹⁰⁵⁹⁻¹⁰⁶⁰. Estas dos razones prácticas hacen que la conformidad influya en el contenido de la sentencia mucho más de lo que está previsto en las disposiciones legales.

¹⁰⁵⁸ *Informe sobre la aplicación de la Ley Orgánica del tribunal del Jurado desde el 1 de abril de 1997 al 31 de marzo de 1998, cit.*, pp. 178-179.

¹⁰⁵⁹ Nos remitimos a las prácticas denunciadas en el *Informe sobre la aplicación de la Ley Orgánica del tribunal del Jurado desde el 1 de abril de 1997 al 31 de marzo de 1998, cit.*, pp. 178-180, las cuales hemos expuesto *supra*.

¹⁰⁶⁰ Conviene recordar lo dicho por TARUFFO, Michele, *La prueba de los hechos, cit.*, pp. 62-87, quien ha demostrado que la racionalidad y justicia de la decisión jurídica va a depender siempre del correcto establecimiento jurisdiccional de los hechos, pues en último término la específica determinación jurídica y las consecuencias jurídicas de la decisión jurisdiccional vienen condicionadas por la determinación de los hechos. Y por lo mismo, no sentido proclamar la legalidad y racionalidad y justicia de la decisión cuando se manipulan los hechos con el fin de lograr un determinado efecto jurídico.

2.2. *El Magistrado-Presidente se puede desvincular de los hechos admitidos en casos bonam partem*

El Magistrado se halla inicialmente vinculado a los hechos de la conformidad, sin embargo la misma Ley contempla hipótesis de desvinculación en supuestos *bonam partem*. El art. 50.2 LOTJ permite al Magistrado desvincularse de la conformidad sobre los hechos admitidos, cuando considere que hay «motivos bastantes para estimar que el hecho justiciable no ha sido perpetrado o que no lo fue por el acusado».

La norma plantea dudas. Se discute cuál es el sentido de la norma, es decir, si los motivos de desvinculación están autorizando una valoración de la «prueba» o, por el contrario, si sólo estaría entregando al Magistrado un poder para valorar la existencia de «prueba objetivamente incriminatoria», tanto sobre el hecho como de la participación, más allá de la misma «confesión» (que supone la conformidad).

Algún autor¹⁰⁶¹ considera que se estaría otorgando al Magistrado un control relativo a la existencia de elementos incriminatorios distintos de la «confesión» (conformidad), para dar por probados los hechos y la participación, de modo que su no existencia determina la desvinculación del Magistrado. Esta potestad sería manifestación de la presunción de inocencia.

Otros sostienen¹⁰⁶² que en realidad sería una aplicación del principio *in dubio pro reo*, yendo esta potestad más allá de un control sobre la existencia objetiva de prueba incriminatoria, al entender que la expresión «motivos bastantes» alude a la existencia de «dudas razonables» del Magistrado acerca del hecho delictivo o de la participación en él del acusado, de manera que a aquél se le estaría autorizando a hacer una valoración de la prueba o de los elementos de convicción, con lo cual si el Magistrado no se convence más allá de toda duda razonable sobre estos extremos queda desvinculado de la conformidad, de modo que estaríamos frente a una valoración de prueba en *stricto sensu*, y no ante un control de existencia de prueba incriminatoria como el que autoriza el art. 49 LOTJ.

¹⁰⁶¹ PUENTE SEGURA, Leopoldo, *La conformidad...*, cit., p. 155.

¹⁰⁶² Vid. DE DIEGO DÍEZ, Luis-Alfredo, *La conformidad del acusado*, p. 559; FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, «Comentarios al Anteproyecto de Ley del Jurado de 11 de marzo de 1994», en *Revista de Derecho Procesal*, 1994, N° 2, p. 471.

A nuestro juicio esta potestad debía de ser una manifestación de la presunción de inocencia en virtud de la cual el Magistrado consiguiera controlar la existencia de prueba de cargo —aparte la misma confesión (conformidad) del acusado—, pero no pudiendo extenderse a una valoración de prueba, ya que sino el Magistrado se convierte en quien valora la prueba o incluso las diligencias de investigación (cuando la conformidad se produce antes de la práctica de la prueba), cuestión que no puede hacer en el juicio oral sin conformidad, cabe entonces concluir que con mayor razón le debía de estar vedado valorar en este caso.

La conformidad debería tener algún efecto, y uno de ellos debía de ser el de exonerar de la carga probatoria a la acusación, aunque no al extremo de eximirlo de aportar otros elementos de convicción inculpativos distintos de la misma confesión (conformidad). Obsérvese, empero, que esta interpretación colisiona con el art. 49, que es la norma que establece el control sobre la existencia de prueba de cargo, autorizando al Magistrado a dictar sentencia de absolución directamente, previa disolución del Jurado, mientras que acá en el art. 50.2 se dispone otra cosa. En este caso la desvinculación del Magistrado pasa por someter al Jurado la causa, forzando el enjuiciamiento fáctico¹⁰⁶³. Cabría pensar que aquí la LOTJ se está refiriendo a una cosa distinta a la del art. 49, más próxima a una valoración negativa de la prueba¹⁰⁶⁴, porque en el caso de la falta de prueba de cargo, nos parece que el Magistrado tiene la potestad de dictar sentencia absolutoria directamente, sin someter la causa al Jurado (de acuerdo al art. 49 LOTJ), aún en el caso de que exista la conformidad.

La potestad del Magistrado de «valorar la prueba» de acuerdo al art. 50.2 LOTJ, en nuestra opinión debe ser ejercida en toda conformidad, con independencia del momento procesal en que se produzca, sea en la fase intermedia, sea en el juicio oral

¹⁰⁶³ *Vid.* el caso que se presentó en la STSJ de Cataluña de 10 de septiembre de 1997, Sala de lo Civil y de lo Penal, ponente Vidal Andreu (BDA, m. ARP 1998\3942), en el cual el Magistrado-Presidente dictó sentencia absolutoria directamente por considerar que el hecho de la conformidad no era delictivo, que es uno de los supuestos del párrafo 3 del art. 50. Bien es cierto que la sentencia no trata de un supuesto del párrafo 2 del art. 50, sin embargo su argumentación se extiende expresamente a este párrafo al señalar que tanto en unos como en los otros supuestos el Magistrado debe someter la causa al Jurado.

¹⁰⁶⁴ Algo parecido ha concluido AGUILERA MORALES, Marien, *El «principio de consenso»...*, *cit.*, pp. 336-337.

antes de la prueba o con posterioridad a ella¹⁰⁶⁵, debiendo controlar efectivamente que la conformidad no se preste respecto de unos hechos inexistentes o en los cuales no existe participación del acusado. Sin embargo, consideramos que en principio se muestra difícil esta posibilidad cuando la conformidad se produce antes de la práctica de la prueba, pues de qué manera el Magistrado puede hacerse una opinión sobre la existencia del delito, o acerca de la participación, si dicha valoración habría de producirse antes de la práctica de la prueba¹⁰⁶⁶, sin tener otros elementos de juicio para realizar una valoración diversa de la que se hace en la conformidad. Puestos en esta situación no queda más que aceptar que esa valoración se haga sobre la base de los antecedentes de la instrucción.

En cuanto a la forma de desvinculación, la norma dice que en estos dos casos el Magistrado debe mandar seguir el juicio¹⁰⁶⁷⁻¹⁰⁶⁸ y, después, someterle los hechos y la participación al Jurado. La desvinculación del Magistrado no se manifiesta en la directa asunción de la función enjuiciadora en su totalidad, sino en el forzamiento del juicio de acuerdo a las reglas generales, restándole eficacia a la conformidad. La solución de seguir el juicio para someterle la causa al Jurado resulta coherente con el sistema de Jurado, pues es éste quien tiene atribuida la función del pronunciamiento del juicio fáctico, y no el Magistrado, quien debe realizar sólo el juicio jurídico¹⁰⁶⁹.

¹⁰⁶⁵ Ya nos hemos referido, en nota precedente, a los momentos procesales para llegar a una conformidad.

¹⁰⁶⁶ SERRANO BUTRAGUEÑO, Ignacio, «El juicio oral ante el Tribunal del Jurado», *cit.*, pp. 210-211.

¹⁰⁶⁷ Este mecanismo de desvinculación es semejante a lo que dispone el artículo 655, párrafo 3, aunque difiere en la causal, pues en el ordinario procede para el caso de que el tribunal estime la aplicación de una pena mayor que la conformada.

¹⁰⁶⁸ En el caso que la conformidad se haya producido antes de la práctica de la prueba, ese mandar seguir el juicio que dispone la norma pasa antes que todo por la práctica de la prueba misma.

¹⁰⁶⁹ Cuestión aparte es el posible condicionamiento del Jurado por la previa declaración del Magistrado. La doctrina ha puesto de relieve que el Jurado puede verse condicionado por la previa declaración del Magistrado de inexistencia del hecho o de no participación, en virtud de la cual se somete la causa a veredicto del Jurado. El Jurado de algún modo se puede prevenir anticipadamente en el sentido de la no prueba del hecho delictivo o de la no prueba de la participación, recibiendo lo que llama DE DIEGO «un sutil mensaje de absolución» del Magistrado. Es irrefutable que si el Jurado conoce esta declaración del Magistrado, ella puede provocar una pérdida de la imparcialidad del Jurado. Con el fin de evitar dicho efecto se podría entender que el Magistrado debe informar a las partes acerca de sus estimaciones en ausencia del Jurado *Vid.* DE DIEGO DÍEZ, Luis-Alfredo, *La*

2.3. *La calificación jurídica y la pena de la conformidad no producen efecto vinculante. Sus problemas*

De acuerdo al tenor del art. 50.2 LOTJ es claro que el Magistrado-Presidente no está vinculado ni a la calificación jurídica ni a la pena pedida. Esta cuestión que se presenta como tan irrefutable (e irrefutada por la doctrina), en el sentido de que el Magistrado tiene que calificar e imponer la pena sometiéndose únicamente a Derecho, puede plantear problemas.

Resulta que el párrafo 1 del mismo art. 50 se refiere al límite de pena que las partes pueden introducir en su conformidad, hablando directamente de que «La pena conformada no podrá exceder de seis años de privación de libertad, sola o conjuntamente con las de multa y privación de [otros] derechos». La LOTJ deja entrever una cuestión que es elemental en la conformidad y en la transacción penal, como es que esa conformidad o acuerdo que se concreta en una especie de confesión por parte del acusado se hace fundamentalmente porque se valora como ventajosa la pena incluida en la conformidad. Lo cierto es que cuando el acusado evalúa una conformidad con una acusación, la fijación de la pena es, que duda cabe, la principal cuestión a considerar. Y éste llegará a un acuerdo o a una conformidad con la expectativa de que ese acuerdo le otorgue una cierta seguridad en torno a la probable pena a soportar como límite máximo.

Si no se le reconoce esta ventaja al acusado, argumentando que la norma del art. 50.2 LOTJ es clara, y que clara además ha sido la jurisprudencia en el sentido de confirmar que los poderes de individualización de la pena corresponden siempre al juzgador¹⁰⁷⁰, el cual puede imponer la pena que corresponda al delito en su concreta calificación, sea inferior o superior a la conformada, estaríamos aceptando un sistema procesal donde es posible que el acusado se «confiese» culpable a cambio de nada.

conformidad del acusado, cit., p. 560; MUERZA ESPARZA, Julio-Javier, *Comentarios a la Ley del Jurado, cit.*, p. 728.

¹⁰⁷⁰ Sostiene esta posición DE DIEGO DíEZ, Luis-Alfredo, *La conformidad del acusado, cit.*, pp. 556-557; AGUILERA MORALES, Marien, *El «principio de consenso»...*, *cit.*, pp. 338-339. *Cfr.* lo que se expone sobre la vinculación a la pena en la conformidad en el procedimiento abreviado.

Se ha sostenido¹⁰⁷¹ que la desvinculación del Magistrado-Presidente a la pena conformada, debe ir acompañada del sometimiento a debate de la cuestión, como una forma de tutelar el derecho de audiencia, cumpliendo con el art. 68 LOTJ que obliga al Magistrado, después del veredicto, a oír a las partes que informan sobre la pena a imponer, ya que aquí aunque no hay veredicto, sino conformidad, existirían las mismas razones para respetar el derecho de audiencia. Este trámite si bien puede tutelar el derecho de audiencia ante la inminente agravación de pena, no nos parece suficiente paliativo ante la desvinculación, porque no evita en absoluto la posibilidad de que el acusado que se «confesó culpable» acabe condenado a una pena superior que la pactada, sobre la base de su confesión y en un «proceso sin ninguna garantía», justamente a causa de su renuncia a un proceso con todas las garantías, resultado de una «negociación» que en la práctica sólo reporta beneficios para el acusador, con lo cual se instituye en el sistema procesal la renuncia del todo a cambio de la nada.

Por el contrario, si en una interpretación *pro reo* se le otorgara a la pena conformada un efecto vinculante como límite máximo que el juzgador no puede sobrepasar¹⁰⁷², se presenta el problema de que el Magistrado-Presidente conservaría a la sazón intactas las demás potestades de aplicación del Derecho (art. 50.2 LOTJ), pudiendo calificar libremente, de manera que podría considerar concurrente una calificación concreta que mereciere una pena más grave que la conformada, y, sin embargo, verse en la obligación de no poder imponer la pena correspondiente, sino aquella conformada, aunque fuere improcedente de acuerdo a la calificación realizada en sentencia. Situación que, además de paradójica, sería ilegal.

Las situaciones antes descritas, provocadas por el principio de que la conformidad se someta a la legalidad penal, no son equivalentes en absoluto a la regulación de la conformidad del procedimiento abreviado, pese a que se basa en el mismo principio de respeto a la legalidad penal, pues en ésta la forma de tutela de la legalidad es muchísimo más acertada, al contemplar que la falta de sometimiento a la legalidad,

¹⁰⁷¹ Así lo sostiene DE DIEGO DÍEZ, Luis-Alfredo, *La conformidad del acusado*, cit., p. 558.

¹⁰⁷² Hay que tener en cuenta que en la LO 38/2002, de 24 de octubre de 2002, que reformó el procedimiento abreviado, entre otras cosas, modificó la correlación en este procedimiento, estableciendo definitivamente que la pena de la acusación tiene un efecto limitador de la potestad de individualización del juzgador. Éste no puede agravarla, salvo que alguna parte (el acusador en este caso) asuma la tesis planteada por aquél acerca de una probable pena superior.

tanto de la calificación como de la pena, dan lugar a la pérdida de eficacia de la conformidad, con lo cual se ordena la continuación del juicio, en el que el acusado puede defenderse con todas las garantías y en un proceso integral. No queda indefenso, entregado a su suerte, como acontece en esta conformidad del juicio por Jurado, donde la conformidad, por decirlo llanamente, produce todos los efectos de incriminación contra el acusado, y no produce el único efecto favorable como era el de limitación de la pena.

En nuestra opinión, de perseguirse con la conformidad el respeto del principio de legalidad, habría resultado mucho más conveniente que la norma hubiere establecido que, en caso de que el Magistrado estimara una calificación jurídica o una pena más grave, se debía de declarar la ineficacia de la conformidad, ya que el acusado acepta someterse a la acusación que pide una pena precisa, y esa voluntad debería de ser considerada revocada si cambia el contenido penal que debe soportar el acusado, salvo que el acusado acepte, con las modificaciones agravatorias, una nueva conformidad¹⁰⁷³.

En cualquier caso, estos problemas son muestra palmaria de la dificultad que conlleva la falta de previsión normativa sobre estos extremos. Convendría que la Ley regulara los efectos premiales de la conformidad.

2.4. Hipótesis de calificaciones jurídicas más favorables al acusado que las contenidas en la conformidad

En las hipótesis de calificaciones jurídicas favorables al acusado, la LOTJ también contempla la desvinculación del Magistrado-Presidente. Con todo, creemos que la disposición pertinente es todavía más imperfecta que la anterior.

El art. 50.3 LOTJ establece que «si el Magistrado-Presidente entendiera que los hechos aceptados por las partes pudieran no ser constitutivos de delito, o que pueda resultar la concurrencia de una causa de exención o de preceptiva atenuación, no disolverá el Jurado, y, previa audiencia de las partes, someterá a aquél por escrito el objeto del veredicto».

¹⁰⁷³ *Vid.* lo expuesto acerca de esta materia y las matizaciones que se realizan cuando se trata de calificaciones o penas más graves o calificaciones o penas más bajas, respecto de las contenidas en la conformidad.

La norma se basó en lo que se disponía para la conformidad del procedimiento abreviado (derogado art. 793.3), que establecía la desvinculación del juzgador en los mismos supuestos, pero con la importante diferencia de que en la norma del procedimiento abreviado el juzgador quedaba habilitado para dictar sentencia inmediatamente, prescindiendo de la continuación del juicio, mientras que la norma de la LOTJ establece, por su parte, que en estos casos de calificaciones favorables al acusado, el Magistrado debe someter la causa a veredicto, previa audiencia de partes, con lo cual la Ley en estas hipótesis viene a quitarle todo efecto jurídico a la conformidad, y en definitiva hace como si ella sobreviniera ineficaz, no sólo sobre las calificaciones, sino también respecto de los hechos, pues ellos serán sometidos al veredicto del Jurado, el cual podrá declararlos no probados.

Esta disposición produce problemas de interpretación.

En primer lugar, se refiere sólo a una parte de las causales de calificación favorable al acusado, omitiendo otras que pueden concurrir frecuentemente. La disposición contempla únicamente tres supuestos de calificación: que el hecho no sea constitutivo de delito, que pueda resultar la concurrencia de una causa de exención, o la concurrencia de una causa de preceptiva atenuación. Pero nada dice de las causales de extinción de la responsabilidad penal, de las excusas absolutorias, de los tipos penales degradados o subtipos menos graves, del menor grado de ejecución, o de otra forma de participación. La doctrina¹⁰⁷⁴, sin embargo, ha dicho que la norma debe interpretarse en sentido amplio y comprensivo, al revés de su sentido literal, pues no hay motivo jurídico que justifique hacer una discriminación entre unas y otras. Esta lectura normativa permite dar cabida a toda causal que justifique la absolución o que disminuya la consecuencia jurídica del hecho punible.

Pero resuelto esto, inmediatamente surge el verdadero problema que plantea la norma, y que estriba en responder por qué en estos casos que tratan de discrepancias en la calificación jurídica por parte del Magistrado, pero sin tocar los hechos, sino al contrario, a partir del pleno respeto de los mismos, ha de someterse la causa al veredicto del Jurado, cuando, como hemos dicho, el Jurado no resuelve sobre

¹⁰⁷⁴ Vid. DE DIEGO DÍEZ, Luis-Alfredo, *La conformidad del acusado*, cit., p. 562; MUERZA ESPARZA, Julio-Javier, *Comentarios a la Ley del Jurado*, cit., p. 729.

calificaciones, sino fundamentalmente sobre hechos y culpabilidad. Lo lógico habría sido que la Ley facultara al Magistrado para dictar la sentencia que procediere conforme a Derecho y con pleno respeto de los hechos conformados, aplicándose la regla general del párrafo 2 del art. 50 LOTJ^{1075_1076_1077}.

No se acaba de entender la lógica de la norma, que por una discrepancia en lo jurídico de la conformidad le quita toda eficacia, y ordena el sometimiento de la causa al Jurado que debe pronunciarse sobre los hechos de la conformidad, cuando ellos no son cuestionados por el Magistrado.

Según la disposición, el Magistrado debe someter al Jurado, en el escrito objeto del veredicto, los hechos de la acusación aceptados por el acusado, o aquellos conformados resultantes de la negociación de las partes. Concretamente, somete el hecho delictivo y los demás hechos de la conformidad que sirven a la calificación precisa e integral del caso, incluidos los que puedan configurar causales de exención, las de extinción de la responsabilidad penal, las causales de atenuación, el grado de ejecución y el tipo de participación. En principio estos hechos son los «aceptados por las partes», y no se ve que el Magistrado pudiese proponer otros o complementarlos, ya que la norma dice expresamente: «Si el Magistrado-Presidente entendiere que los hechos aceptados por las partes (...)», con lo cual da entender que la discrepancia del Magistrado con la conformidad se da sólo en el plano jurídico. El Jurado paradójicamente vota los hechos y sólo los hechos que le han sometido, sin entrar en la calificación jurídica que es de lo que trata la cuestión. Y lo peor es que al fin se arriba a

¹⁰⁷⁵ Obviamente el Magistrado antes de dictar la sentencia tendría que someter a debate su tesis.

¹⁰⁷⁶ *Vid.* en términos parecidos DE DIEGO DíEZ, Luis-Alfredo, *La conformidad del acusado, cit.*, p. 563. También MUERZA ESPARZA, Julio-Javier, *Comentarios a la Ley del Jurado, cit.*, p. 730.

¹⁰⁷⁷ En la jurisprudencia ya se ha presentado un caso en que el Magistrado-Presidente estimó que los hechos no eran constitutivos de delito, y directamente dictó absolución a pesar de que el acusado previamente se había conformado con la acusación. Ante esta sentencia absolutoria, el MF y la acusación particular recurrieron en apelación al Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, invocando la infracción de diversas normas y garantías, y especialmente la del art. 50 LOTJ y del art. 24.1 y 2 de la CE. El Tribunal *ad quem* estimó el recurso, estableciendo que el Magistrado-Presidente no podía absolver directamente si estimaba la concurrencia de alguno de los supuestos de los apartados 2 y 3 del art. 50, ya que en el sistema del Jurado es éste el que debe resolver en estos supuestos. En consecuencia, el Magistrado en estos casos no puede absolver, sino que debe ordenar la realización del juicio, para posteriormente someterle la causa al Jurado. STSJ de Cataluña de 10 de septiembre de 1997, Sala de lo Civil y de lo Penal, ponente Vidal Andreu (BDA, m. ARP 1998\3942).

la conclusión de que el Jurado, a partir de un asunto jurídico, de pura discrepancia jurídica con la conformidad, puede llegar a declarar como no probados todos o una parte de los hechos sobre los cuales se asentaba la conformidad¹⁰⁷⁸ y la misma discrepancia jurídica del Magistrado. La norma del art. 50.3 LOTJ, en el fondo, establece la ineficacia de la conformidad cuando el Magistrado considera que concurre una calificación jurídica *favor rei* a partir de los hechos aceptados por las partes, reconduciendo el caso a las reglas generales.

Creemos que lo acertado es justo lo contrario a lo que dispone la LOTJ, en el sentido que debieran someterse a este tratamiento de total ineficacia de la conformidad aquellos supuestos en que el Magistrado considere aplicable una calificación o pena más grave (como sucede en la conformidad del procedimiento abreviado), mientras que cuando se trate de calificaciones *favor rei* o penas más leves debiera mantenerse la eficacia de la conformidad, salvo en lo jurídico, debiendo el Magistrado dictar directamente la sentencia que estime ajustada a Derecho, tras dar audiencia a las partes (como sucedía en la conformidad del procedimiento abreviado)¹⁰⁷⁹. Los argumentos fundamentales para llegar a esta conclusión son los siguientes¹⁰⁸⁰:

Primero, la posición del acusado en la conformidad es de renuncia a su derecho a juicio con todas las garantías y de allanamiento a una pretensión procesal penal adversa a sus intereses y a favor de la pretensión procesal del acusador, a cambio, claro está, de que como mínimo no se agraven las consecuencias de la conformidad. En consecuencia, corresponde concluir que su manifestación de voluntad conserva su validez mientras su contenido punitivo no se agrava, ya que sería bastante oneroso para el acusado tener que soportar, además de la renuncia a las garantías procesales, la posible condena más grave.

¹⁰⁷⁸ Vid. DE DIEGO DÍEZ, Luis-Alfredo, *La conformidad del acusado*, cit., pp. 563-564.

¹⁰⁷⁹ Como lo disponía el art. 793.3, y que incluso después de la Ley 38/2002 algunos autores estiman que es aplicable a los casos de calificaciones *favor rei*, aunque la Ley no lo diga (art. 787). Vid. CONDE-PUMPIDO, Cándido (con otros), *Los juicios rápidos...*, tomo I, cit., pp. 677-678; VEGAS TORRES, Jaime, *El procedimiento...*, cit., pp. 189-190; FUENTES DEVESA, Rafael, «La sentencia de conformidad...», cit., p. 12. Este último sólo se refiere a la hipótesis de absolución por atipicidad de los hechos.

¹⁰⁸⁰ Vid. lo expuesto *supra* con ocasión del análisis del control de legalidad de la calificación y de la pena, art. 787.2.

Segundo, en caso de calificación o pena más leve, la conformidad igual supone que se ha aceptado el fundamento de la pretensión procesal penal del acusador —los hechos—, así que la realización del juicio no se justifica desde el punto de vista de su derecho a un proceso con todas las garantías. Se han aceptado los hechos y, sin embargo, el Magistrado discrepa de su encuadramiento jurídico.

Por último, cabría anotar en torno a la interpretación del párrafo 3 del art. 50 LOTJ, otra cuestión, referida esta vez al momento procesal de su acaecimiento. Concretamente, producida la conformidad antes de la práctica de la prueba ¿podría el Magistrado someter al Jurado la causa cuando estima la concurrencia de calificaciones *favor rei*? La pregunta tiene sentido porque el párrafo 3 del art. 50 LOTJ parece contemplar esta posibilidad cuando la conformidad se ha producido después de practicada la prueba, ya que por dicho motivo ordena, previa audiencia, el sometimiento de la causa al Jurado. Resulta, por el contrario, imposible el sometimiento de la causa al Jurado si la conformidad se produce antes de la práctica de la prueba¹⁰⁸¹. ¿Cómo le va a someter los hechos al Jurado, si éste no ha presenciado ninguna prueba en virtud de la cual pueda formarse una convicción sobre los mismos? Para intentar salvar la coherencia de la norma habría que concluir que en este caso, antes de someter al Jurado la causa, se requiere de la práctica de la prueba. Pero lo cierto es que la norma nada dice al respecto.

Otro aspecto de interés del art. 50.3 es la mención que hace a que el sometimiento del asunto al veredicto del Jurado va antecedido de una audiencia de partes, a la cual se le ha buscado una utilidad dentro del sistema de conformidad frente a los poderes del Magistrado-Presidente, llegándose a la conclusión, por algún autor¹⁰⁸², de que esta audiencia previa operaría como medio idóneo para que el Magistrado-Presidente plantee la tesis jurídica que corresponda. Así, si considera que los hechos no son constitutivos de delito o concurre una causal de exención, sugerirá a la acusación que haga uso del art. 51 y desista de la petición de condena. En cambio, si estima que hay una causal de preceptiva atenuación, le sugerirá que modifique la conclusión definitiva

¹⁰⁸¹ Vid. DE DIEGO DíEZ, Luis-Alfredo, *La conformidad del acusado*, cit., pp. 564; SERRANO BUTRAGUEÑO, Ignacio, «El juicio oral ante el Tribunal del Jurado», cit., pp. 210-211.

¹⁰⁸² SERRANO BUTRAGUEÑO, Ignacio, «El juicio oral ante el Tribunal del Jurado», cit., p. 214-215.

dando cabida a este nuevo elemento con todos sus efectos jurídicos, para intentar conseguir de nuevo la conformidad. De ser correcta esta opinión, éste sería el último instante procesal para conseguir la conformidad y los efectos que se persiguen, con las posibilidades de debate entre las partes.

CAPÍTULO V

EL DEBER DE CORRELACIÓN DE LA SENTENCIA EN EL PROCESO PENAL CHILENO

I. SISTEMÁTICA Y CRITERIOS NORMATIVOS QUE DERIVAN DEL ESTUDIO DE LA CORRELACIÓN EN DERECHO ESPAÑOL Y QUE SE UTILIZARÁN PARA EL CASO CHILENO

Del estudio precedente ha quedado evidenciado que la doctrina y jurisprudencia española (más allá de sus posibles carencias)¹⁰⁸³ aborda el deber de correlación y sus problemas a partir de un estudio sistemático, aplicando un análisis metodológico que acude a criterios normativos bien acabados, propios de la ciencia procesal.

Así, hemos visto cómo construye (o pretende construir) un concepto de principio acusatorio (aun cuando todavía se discuta su amplitud) con unos específicos contenidos, y al cual le confiere un fundamento constitucional preciso, como es la imparcialidad del juzgador, y del cual hace derivar el enunciado normativo propio de la correlación.

Junto al principio acusatorio, la doctrina y jurisprudencia española examinan otras garantías procesales de carácter constitucional, que han intentado perfilar con la finalidad de extraer de ellas unas consecuencias determinadas, dentro de las cuales hay algunas que tocan a la materia de la correlación, en los términos estudiados (derecho de defensa, a conocer la acusación, principio de contradicción). La determinación y precisión de conceptos no es una preocupación puramente intelectual de los teóricos, sino, al contrario, resulta esencial a la hora de darle carácter normativo concreto a los principios y garantías¹⁰⁸⁴, tal cual hemos podido constatar acontece en el caso español.

¹⁰⁸³ A las cuales nos hemos referido con espíritu crítico en su análisis.

¹⁰⁸⁴ Al estudiar con calma la situación de ordenamientos jurídicos menos desarrollados se advertirá que muchas veces la falta de precisión técnica de lo que es un principio o una garantía (de su contenido y de sus efectos) impide que éstas tengan eficacia normativa concreta. Suelen convertirse en cláusulas vacías de contenido, que significan todo y nada a la vez, pero que se citan profusamente en los escritos jurídicos y en las resoluciones judiciales. Un ejemplo es lo que acontece en Chile con el principio acusatorio.

Todavía más importante es el esfuerzo doctrinal y jurisprudencial (aunque con resultados parciales) por determinar con precisión científico procesal lo que sea el hecho. Resulta que éste, a nuestro entender, es el problema esencial de la correlación, y, sin embargo, en Chile ni tan siquiera ha sido señalado, con lo cual el deber de correlación no pasa de ser un «formulismo impreciso»¹⁰⁸⁵. Si no se sabe lo que es el hecho (procesal), no se puede saber lo que es la correlación. Será éste otro aspecto de la investigación del Derecho chileno donde el análisis se hace sobre la base del desarrollo teórico español (y europeo).

Se constata asimismo en el sistema español el esfuerzo, más o menos sistemático, por encauzar el problema de las modificaciones de las calificaciones jurídicas que puede realizar el juzgador dentro de un régimen de garantías procesales. La efectiva vigencia de ellas parece acotar dichas posibilidades, especialmente la interpretación garantista del derecho a ser informado de la acusación, del derecho de defensa y del principio de contradicción. El desarrollo fino de los criterios normativos de la «homogeneidad delictiva» o de la «no agravación punitiva» (incluso con sus defectos técnicos) constituyen esfuerzos en este sentido, aunque, a nuestro entender, también revelen un problema de configuración poco exigente del hecho, tal como lo explicamos con detalle.

Lo mismo corresponde decir acerca del desarrollo teórico y práctico de la tesis, de su amplitud de uso, de la necesidad de su previo planteamiento y de la actitud que las partes pueden adoptar ante su formulación y del efecto jurídico que produce. En esta parte el paralelismo de las regulaciones en estudio es claro y, por lo tanto, también se aprovechará la evolución doctrinal y jurisprudencial española.

Por otro lado, el estudio del caso español ofrece una doble perspectiva del problema. En primer lugar, la visión de conjunto o integral de la cuestión sobre la base de definiciones previas de principios o criterios normativos superiores con apoyatura en el Derecho vigente (constitucional y legal). De ahí la búsqueda de lo que sea el principio acusatorio y su diferenciación con el principio de contradicción, que parece estar más vinculado con la garantía de la defensa y del conocimiento previo de la acusación. Se

¹⁰⁸⁵ Esta situación es palmaria si se lee la jurisprudencia chilena antigua y nueva, salvo contadas excepciones. Lo mismo se tiene que apuntar sobre la doctrina que se ha atrevido a entrar en la materia. Más adelante abundaremos sobre esta cuestión.

justifica este esfuerzo de sistematización de los fundamentos superiores, pues de él depende el arribo a unas determinadas consecuencias normativas precisas, y así queda de manifiesto, por ejemplo, en la prolífica producción jurisprudencial del TS y del TC español, en la que la adhesión a uno u otro concepto de acusatorio o de garantía de la defensa queda reflejada en la estimación o desestimación de los asuntos sometidos a su conocimiento.

La segunda perspectiva o aproximación a la correlación es la que podría llamarse normativo-concreta. El análisis normativo concreto ha de despejar las interrogantes precisas que dotan de contenido a la cuestión en estudio. Algunas de las más importantes son: ¿con qué *cosa* debe guardar correspondencia la sentencia?, ¿con la acusación, con la defensa o con ambas? Tras lo cual hay que preguntarse: ¿y con qué contenidos de ésta(s) debe producirse la correlación? El lugar común dice que con los hechos de la acusación, mientras que la determinación de la calificación jurídica y de la pena es potestad del juzgador (*iura novit curia*). Empero, dicha afirmación no es más que un tópico, carente de valor si no es acompañada de una determinada concepción del hecho.

De esta manera, una definición de hecho poco limitadora de los poderes del juez (normativa) pondrá al juzgador en una situación de mayor libertad a la hora de la fijación de los hechos penalmente relevantes y de la determinación de sus consecuencias jurídicas, pero a la vez producirá el efecto de trasladar buena parte del problema de la correlación a la cuestión de la modificación de la calificación jurídica, como de hecho acontece en España. En efecto, no es casualidad que en Derecho español se haya desarrollado el criterio de la homogeneidad delictiva, concepto que bien mirado responde a la necesidad de limitar las modificaciones de calificación jurídica en sentencia que vienen motivadas por modificaciones fácticas accidentales, que desde el punto de vista del hecho son irrelevantes, pero sobre las cuales se pueden sostener nuevas calificaciones jurídicas. Por el contrario, un concepto muy exigente de hecho dejará al juez muy constreñido en sus posibilidades de enjuiciamiento fáctico y jurídico, pues al no poder modificar en lo más mínimo el hecho, las posibilidades de apreciar una modificación en la calificación jurídica se reducen cuantitativa y cualitativamente, situación que parece darse, por ejemplo, en el sistema italiano.

Pues bien, el deber de correlación en Chile no ha sido todavía objeto de estudio científico¹⁰⁸⁶, motivo por el cual no poseemos referentes teóricos (ni jurisprudenciales) previos que nos ofrezcan un sistema de análisis procesal del instituto. Aprovechamos, en consecuencia, el que hemos (re)construido¹⁰⁸⁷ a propósito del estudio del caso español, aplicando las mismas categorías de análisis y perspectivas de estudio en la medida de lo posible. De ahí la notable similitud de la estructura expositiva de la parte de la tesis dedicada a Derecho chileno con la parte destinada a Derecho español, y de ahí también el evidente traslado, desde el modelo español al chileno, de conceptos no desarrollados en Chile, cuestión que queda de manifiesto a lo largo de todo el análisis, por la permanente remisión doctrinal, legal y jurisprudencial al Derecho español, y cuyo objetivo final es establecer la ponderación de coincidencias y divergencias entre uno y otro y las ventajas y desventajas que se pueden derivar de aquello. Vale la pena apuntar que también hemos aprovechado las carencias o faltas de la doctrina y jurisprudencia española para advertir dificultades concretas y proponer posibles soluciones técnicas.

Sólo de esta manera, al cabo del análisis del caso chileno, podremos llegar a obtener resultados del estudio comparado¹⁰⁸⁸ sometido a un mismo método sistemático y a unos criterios normativos comunes.

II. DERECHO PROCESAL PENAL CHILENO. INTRODUCCIÓN

Antes de iniciar el estudio del Derecho chileno y del modo en que ha regulado el deber de correlación de la sentencia, resulta fundamental explicar sucintamente el sistema de enjuiciamiento que se adoptó en el Código de Procedimiento Penal del año

¹⁰⁸⁶ Salvo el estudio limitado que se le ha dado en algunas monografías y artículos que no logran hacer un análisis riguroso y actualizado del instituto.

¹⁰⁸⁷ Nos referimos a criterios (re)construidos a propósito del estudio del Derecho español, ya que en éste se verifica un desarrollo teórico importante que permite construir o, mejor, (re)construir, a partir de los aportes científicos generales y específicos de la doctrina procesal (y jurisprudencial), una explicación sistemática de la correlación.

¹⁰⁸⁸ Previamente habíamos puesto de relieve que nos podíamos servir de la metodología comparada para nuestros fines, pero que ello no debe confundirse con una investigación de Derecho comparado. La nuestra es una investigación de Derecho procesal. *Vid.* SARFATTI, Mario, *Introducción...*, *cit.*, pp. 49-78; BETTI, Emilio, *La interpretación...*, *cit.*, pp. 91 y ss y 257 y ss; LARENZ, Karl, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, *cit.*, p. 229; GARRIDO GÓMEZ, María, «La utilidad...», *cit.*, pp. 916-927.

1906¹⁰⁸⁹ y el sistema del nuevo Código Procesal Penal del año 2000¹⁰⁹⁰, ello en razón de las profundas diferencias que los separan, las cuales se proyectan a casi todas las instituciones procesales esenciales y, por supuesto, al tema que nos ocupa: el deber de correlación.

Hasta hace poco hubo en Chile dos Leyes procesales penales vigentes¹⁰⁹¹ con modelos diametralmente opuestos, uno claramente inquisitivo y otro acusatorio. Con la

¹⁰⁸⁹ En adelante ACPP.

¹⁰⁹⁰ En adelante NCPP.

¹⁰⁹¹ La Reforma procesal penal chilena no se ha limitado a la promulgación de una nueva Ley procesal penal, el NCPP, sino que, junto al nuevo Código, se han promulgado otras importantes nuevas leyes, como la Ley 19640, Orgánica Constitucional del Ministerio Público; la Ley 19665, que modificó el Código Orgánico de Tribunales y creó nuevos Jueces de Garantías y Juzgados Orales Penales; la Ley 19718, que creó la Defensoría Penal Pública. Todas en su conjunto vinieron a dotar al nuevo sistema procesal de las estructuras orgánicas (y materiales) necesarias para que el cambio de Código no se tradujera en un cambio «ineficiente».

La modificación legal ha sido radical no sólo en el ámbito procesal funcional, sino también en las estructuras orgánicas de la administración de justicia, lo que ha implicado la creación de nuevas categorías de jueces, la creación de un nuevo organismo de acusación pública como el Ministerio Público y la creación de la Defensoría Penal Pública. El establecimiento del nuevo y sofisticado entramado orgánico en el ámbito judicial y de unos órganos públicos encargados de asumir la función acusadora y de defensa, demandó, desde el primer momento, importantísimas cantidades de recursos materiales y humanos para introducir la Reforma, que sólo se podían proveer en parcialidades y en un período de tiempo más o menos extenso y que había que planificar, de modo que para lograr la viabilidad del proyecto de Reforma hubo necesidad de establecer un régimen de transición que consistiera en programar una entrada en vigor paulatina y progresiva (lo que se ha denominado la gradualidad de su entrada en vigencia). Es decir, no era posible llevar adelante, por razones presupuestarias y de recursos humanos disponibles, una reforma procesal seria en sus planteamientos y rigurosa en su aplicación, toda de una vez.

El régimen transitorio de entrada en vigencia gradual comenzó en diciembre del año 2000 y concluyó en junio del año 2005, cubriendo un período de cinco años. Es así que a fines del año 2000 la Reforma entró en vigor en dos regiones del territorio nacional y el 16 de octubre de 2001 se agregaron tres regiones más. En diciembre del año 2002 se sumaron otras tres regiones del territorio nacional y en diciembre de 2003 otras tres más, para terminar con la introducción de la reforma en la Región Metropolitana en julio de 2005.

Lo cierto es que la paulatina entrada en vigor en todo el territorio de la República llevó aparejada la permanencia en buena parte de Chile del sistema inquisitivo del ACPP, junto al nuevo sistema, de manera que en el período de transición se tuvo que aceptar, por las razones expuestas, la coexistencia de un sistema inquisitivo con uno acusatorio, aplicables simultáneamente a distintos territorios del Estado, de suerte que una parte de los imputados justiciables eran sometidos a enjuiciamiento con todas las garantías que suponía el nuevo sistema, mientras otros todavía eran sometidos al sistema inquisitivo de justicia.

finalidad de contextualizar el estudio del deber de correlación en cada uno de ellos nos referiremos brevemente a las principales diferencias estructurales entre ambos sistemas procesales penales.

El sistema antiguo, que data del año 1906, establecía un proceso con dos fases procesales claras, la primera denominada sumario y la segunda llamada plenario. El sumario se contemplaba como la etapa de investigación a cargo de un juez de instrucción, para luego, previa acusación fiscal, pasar al plenario, que era la etapa del juicio. Sin embargo, la división del proceso en dos fases procesales, una para instruir la causa y otra para su enjuiciamiento, no se acompañaba de la correlativa separación de las funciones en cada una de ellas a cargo de órganos diversos. Así, resultaba que en la etapa del juicio los mismos jueces instructores se constituían en juzgadores, rasgo que desde la partida suponía la estructuración del proceso penal con concentración de funciones instructoras y enjuiciadoras, dándole al proceso un carácter marcadamente inquisitivo.

No obstante, alguna dosis de moderación significaba que el mismo Código estableciera en calidad de sujeto procesal público y parte acusadora a los promotores fiscales del Ministerio Público¹⁰⁹²⁻¹⁰⁹³. Estos tenían la calidad de parte pública principal en el proceso y, por lo tanto, en ellos residía la función de acusar (o de solicitar sobreseimiento, en su caso), sin perjuicio de una eventual intervención del acusador particular o popular que podía interponer acción (querrellarse) y acusar: derecho que se le reconocía a toda persona capaz. Se establecía la acusación como función principal del acusador público y, en consecuencia, el juicio plenario se proyectaba, en parte siquiera, impulsado por el principio acusatorio y se podía esperar —teóricamente— que se produjese prueba sobre los hechos y debate sobre las cuestiones fácticas y

Tal situación, por supuesto, es manifiestamente inconstitucional, pero no sólo porque el sistema inquisitivo *per se* reviste tal naturaleza, sino, además, porque la vigencia simultánea de dos sistemas opuestos implicaba un claro quebrantamiento del derecho a la igualdad ante la ley y a la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos, entre los cuales está el debido proceso. Con todo, el realismo político y legislativo llevó a los legisladores y a los jueces a aceptar como única solución posible la vigencia gradual de la reforma durante cinco años, sin plantear objeciones de constitucionalidad al sistema de implantación gradual.

¹⁰⁹² Conforme lo disponía el art. 23 del ACPP.

¹⁰⁹³ En adelante MP.

jurídicas propuestas por los acusadores y defensores, con un grado relativo de vigencia normativa del principio acusatorio y de contradicción¹⁰⁹⁴. Eso sí, se ha de reconocer que la eficacia de estos principios era bastante relativa, fundamentalmente porque si bien los hechos, la calificación jurídica y el *petitum* de pena no se fijaban e introducían por el órgano jurisdiccional, éste se hallaba totalmente prevenido respecto del objeto del enjuiciamiento que le correspondía decidir a causa de su conocimiento previo de toda la investigación que tenía nada menos que dirigir en contra del imputado. A tal punto esto era así, que resultaba imposible sostener que el sistema configurado no implicara en sí mismo el menoscabo de la debida imparcialidad objetiva¹⁰⁹⁵ que debe poseer el juzgador, consagrada en todo ordenamiento constitucional moderno¹⁰⁹⁶. Ni al propio

¹⁰⁹⁴ El Mensaje del ACPP señalaba lo siguiente: «En cuanto a la acusación, se impone al Ministerio Público el deber de entablarla cuando los tribunales han declarado que el juicio deber ser elevado a plenario. El sistema observado hasta hoy (hasta antes del año 1906, el que había sido heredado de la Colonia Española) de continuar el juicio sin acusación, en el caso de que el Ministerio Público no encuentre motivo para acusar, no obstante la opinión contraria del tribunal, es absolutamente inaceptable en un correcto procedimiento judicial. Ningún juicio contencioso puede seguirse sino entre dos partes contrarias; y desde que falte una de ellas, como es el acusador, toda tramitación posterior es inconducente para obtener una resolución, puesto que no existe la contienda sobre que debe recaer».

¹⁰⁹⁵ La prohibición de que el mismo juez que instruye sea el que falle ha generado algún debate sobre su auténtica naturaleza jurídica. Para algunos es una cuestión que hay que referir a la imparcialidad objetiva (que atiende al objeto del proceso, no a las partes), mientras que otros prefieren tratarla como una incompatibilidad de funciones, y otros prefieren hablar del principio del juez no prevenido. Con independencia de esta cuestión teórica, lo cierto es que la doctrina es unánime en el repudio de la concentración de las funciones de instrucción y juzgamiento. *Vid.* MONTERO AROCA, Juan, *Principios...*, *cit.* pp. 86-95, quien defiende la tesis de la incompatibilidad de funciones; DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, *Derecho procesal. Introducción* (Con Díez-Picazo Giménez y Vegas Torres), ECERA, Madrid, 1999, pp. 64-65, quienes se refieren al principio del juez no prevenido; PICÓ I JUNOY, Joan, «Nuevas reflexiones sobre la regla “quien instruye no juzga”», en AAVV, *Problemas actuales de la Justicia Penal*, Bosch, Barcelona, 2001, pp. 39-57, quien sustenta la posición de la imparcialidad objetiva.

La jurisprudencia del TS y TC suele tratarla como imparcialidad objetiva, incardinándola dentro del art. 24.2 CE, en el derecho a un proceso con todas las garantías, donde se hallaría el derecho a un juez imparcial.

¹⁰⁹⁶ En España se reconoce definitivamente esta doctrina con la STC de 12 de julio de 1988, Pleno, ponente Latorre Segura (BDA, m. RTC 1988\145), en la cual se establece que la vigencia del art. 24.2 de la CE que consagra el derecho al proceso con todas las garantías, entre las cuales se cuenta la imparcialidad del juzgador en su vertiente «objetiva» (relacionado no con las partes sino con el objeto del proceso), es incompatible con el sistema de concentración de funciones de instrucción y juzgamiento en el mismo juez. Dicha declaración fue realizada por el TC en relación con la LO 10/1980 para el juzgamiento de delitos dolosos menos graves y flagrantes, y en relación con la Ley 3/1967 sobre procedimiento de urgencia, que consentían la concentración de la función de instrucción y de enjuiciamiento. El TC declaró inconstitucional el artículo 2 de LO 10/1980 y también el art. 3 de

legislador de la época se le escapaba la inconveniencia de establecer un sistema de concentración de las facultades de instrucción y juzgamiento, por eso el mismo Mensaje Presidencial del CPP reconocía que este sistema no era el técnicamente adecuado, pero por razones de índole económica, además de impedimentos de comunicación y geográficos, había que admitir que era el único practicable. El Mensaje Presidencial decía «Ni siquiera ha sido posible separar en este Proyecto las funciones de juez instructor de las de juez sentenciador, reforma ya adoptada en el Código de Procedimientos Criminales de la República Argentina»¹⁰⁹⁷.

«Los criminalistas condenan la práctica de que el juez que instruye el sumario sea también el encargado de fallar la causa; y menester es confesar que las razones que aducen en apoyo de su tesis, son casi incontrovertibles. Pero para adoptar en Chile una regla diferente se requeriría duplicar a lo menos el número de jueces en los departamentos que no tienen sino uno solo; y todavía sería preciso, para aprovechar las ventajas del sistema, que ante el juez encargado del fallo se actuara toda la prueba del plenario, circunstancia que impediría constituir en sentenciador al juez de distinto departamento».

A pesar de la manifiesta falta de imparcialidad del juzgador¹⁰⁹⁸ que este sistema implicaba, la situación llegaría a su punto más crítico con posterioridad, cuando por razones de política judicial y de eficiencia del organismo acusador el DFL n. 426 de 1927 eliminó al Ministerio Público en la primera instancia, quedando sólo subsistentes los fiscales ante las Cortes de Apelaciones y la Corte Suprema, para las actuaciones de vista e informes en ciertos recursos y como eventual parte recurrente en esos Tribunales, además de otras funciones menores y accesorias¹⁰⁹⁹, lo cual supuso la nefasta consecuencia de la concentración de la función acusadora en manos de los jueces de instrucción, que para colmo ya se constituían en juzgadores. La

la Ley 3/1967, pues ambas normas impedían usar la causal de recusación del art. 54.12 de la LECrim (actual art. 219 LOPJ), que dispone la recusación del juez del juicio oral en razón de haber sido a la vez el instructor de la causa.

¹⁰⁹⁷ *Vid.* el Mensaje Presidencial del ACPP.

¹⁰⁹⁸ *Ibid. cit. supra.*

¹⁰⁹⁹ El Ministerio Público conserva ciertas facultades en el orden civil, de inspección, correccionales y administrativas. *Vid.* FONTECILLA RIQUELME, Rafael, *Tratado de Derecho procesal penal*, tomo III, Edit. Jurídica de Chile, segunda edición, Santiago de Chile, 1978, pp. 51-74.

concentración desde entonces devino absoluta, dando lugar a un sistema puramente inquisitivo: la reunión en un mismo juez, aparte de la instrucción, de la función de acusación y de decisión jurisdiccional.

El Legislador chileno consciente de la aberración jurídica¹¹⁰⁰ que conllevaba la configuración de este sistema que perduró por 70 años, y convencido de que su subsistencia no resistía ningún análisis desde el punto de vista dogmático y práctico, y menos aún a la luz de las exigencias mínimas de los derechos y garantías jurídico-procesales reconocidas en la Constitución chilena¹¹⁰¹ y en diversos tratados internacionales ratificados por Chile¹¹⁰², decidió llevar adelante la transformación radical de todo el enjuiciamiento criminal, tras varios proyectos de modificación parciales que no llegaron a buen término¹¹⁰³.

Se planificó una reforma de todo el sistema procesal penal. La Reforma se inició con la aprobación de la creación de un nuevo MP¹¹⁰⁴, para lo cual se tuvo, en primer lugar, que modificar la Constitución en el año 1997 mediante la Ley 19519 de reforma de la CPR. Posteriormente, a través de la promulgación de la LOCMP 19640 en el año 1999, se estableció y reguló el MP.

El siguiente paso en el cronograma de la Reforma fue la aprobación y promulgación del NCPP en el 2000, que estableció el nuevo proceso penal de carácter acusatorio.

¹¹⁰⁰ Vid. MEZA FIGUEROA, Pablo, *De la ultra petita en el proceso penal chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1969, pp. 35 y ss; FONTECILLA RIQUELME, Rafael, *Tratado...*, cit., tomo I, pp. 98-125.

¹¹⁰¹ En adelante CPR.

¹¹⁰² Pacto Internacional de derechos civiles y políticos; Pacto de San José de Costa Rica; Declaración Universal de derechos humanos, entre otros. Todos los cuales tienen rango constitucional reconocido en el artículo 5 inciso 2º de la Constitución Política de la República, que dispone: «Es deber de los órganos del Estado, respetar y promover tales derechos [se refiere a los derechos humanos], garantizados por esta Constitución, así como por los Tratados Internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes». Esta norma es equivalente al artículo 10.2 de la Constitución española.

¹¹⁰³ Vid. FONTECILLA RIQUELME, Rafael, *Tratado...*, cit., tomo I, pp. 116-125.

¹¹⁰⁴ El Ministerio Público se establece por exigencia constitucional como un organismo de rango constitucional y autónomo.

Paralelamente, el cambio procesal requirió modificaciones orgánicas en la estructura jurisdiccional, lo cual fue regulado en la Ley 19665 de 2000¹¹⁰⁵, en la que se realizaron las modificaciones orgánicas necesarias en la estructura judicial, creándose con motivo de la Reforma procesal los Juzgados de Garantías y los Tribunales de Juicio Oral en lo Penal.

También hubo necesidad de modificar el régimen de defensa pública. Con tal fin se dictó la Ley 19718 de 2001, que creó la Defensoría Penal Pública y que vino a establecer por primera vez un verdadero sistema de defensa pública. Antes sólo existía el pobre sistema de asistencia judicial pública otorgada por la Corporación de Asistencia Judicial y por el sistema de abogados de turno¹¹⁰⁶.

La nueva normativa de la Reforma que surge del conjunto de cuerpos legales mencionados (y de otros de menor importancia) cambia sustancialmente de sistema de enjuiciamiento criminal, pues se consagra en ella un sistema claramente acusatorio. Se establece, en primer lugar, una fase de investigación preliminar cuya dirección queda a cargo de los fiscales del MP, desapareciendo la antigua figura del sumario encomendada a un juez instructor.

En segundo lugar, y como es obvio, se encomienda al mismo fiscal investigador la potestad acusadora, que ha de ejercer cuando estime que la investigación arroja elementos de convicción suficientes, que justifican el enjuiciamiento de ciertos hechos probablemente delictivos. Como se sabe, esta última es la función esencial del MP dentro de un sistema procesal penal con vigencia del principio acusatorio, consistente en que un sujeto procesal público, actuando como parte, sostenga frente al imputado la acusación e introduzca el objeto del proceso que ha de ser juzgado. De esta manera se preserva la imparcialidad del juzgador.

¹¹⁰⁵ La modificación legal de la estructura orgánica no se limitó a la creación de nuevos órganos judiciales, jueces de garantía y tribunales penales, sino que ello implicó la creación de toda una nueva estructura administrativa que hasta entonces no se conocía en Chile.

¹¹⁰⁶ Antes de la entrada en vigor del nuevo sistema la defensa penal pública era asumida por la Corporación de Asistencia Judicial, institución que no contaba ni con los medios materiales ni humanos para realizar una defensa eficiente. Existía además el sistema de abogados de turno, a través del cual también se daba defensa penal gratuita. El sistema operaba como una carga pública de atención gratuita de imputados impuesta a los abogados.

En el nuevo sistema chileno, el ejercicio y cumplimiento de estas funciones del MP son controladas por los demás sujetos procesales, sea requiriendo información o interviniendo en las actuaciones de investigaciones, sea impetrando tutela de garantía a un órgano jurisdiccional denominado Juez de Garantía (unipersonal).

El Juez de Garantía es quien debe autorizar aquellas actividades de investigación del fiscal que de alguna manera importen limitación de derechos y garantías, así como resolver sobre la aplicación de medidas cautelares.

Estas potestades del Juez de Garantía permiten preservar el carácter jurisdiccional que forzosamente han de tener aquellas actividades o medidas previas al juicio que impliquen la privación, restricción o perturbación de derechos y garantías individuales.

El juicio propiamente tal se realiza ante otro órgano jurisdiccional denominado Tribunal del Juicio Oral en lo Penal (colegiado, tres miembros letrados) que es el órgano juzgador, con lo cual se logra también separar las funciones de investigación y juzgamiento que antes se hallaban reunidas en manos de un mismo juez¹¹⁰⁷.

Casi está demás señalar que en este juicio se ventilan la acusación pública (y la particular, si la hubiere) y la defensa frente a aquélla, bajo un método oral y contradictorio respecto de la práctica de la prueba y de la formulación del debate.

Como se ve, las diferencias anotadas son profundas, y habrá que tenerlas muy en cuenta a lo largo de la exposición de la correlación.

En estas pocas líneas se han puesto de relieve sólo las principales diferencias del proceso penal antiguo con el nuevo, de las cuales se derivan otras muchas más precisas. Una de estas diferencias tiene que ver con la enorme disimilitud entre una y otra regulación sobre la determinación e introducción del objeto del proceso y el deber de correlación de la sentencia.

¹¹⁰⁷ *Vid.* Mensaje Presidencial que acompañó al Proyecto de NCPP, que fue presentado y sometido a la consideración del Congreso y que fue aprobado en el año 2000. En él se realiza una completa síntesis de los fundamentos político-legislativos que se tuvieron en cuenta para iniciar la reforma del proceso penal y realiza un breve resumen de las principales instituciones que se recogen en el Proyecto de NCPP.

1. La correlación en el ACPP

En el proceso penal del ACPP la determinación del objeto del proceso y su introducción se hacía mediante la acusación de oficio que «interponía» el juez instructor «ante sí mismo»¹¹⁰⁸. A pesar de esta característica netamente inquisitiva del proceso, se establecieron en la Ley normas que recogían el deber de correlación en su doble manifestación, es decir, el deber de exhaustividad de pronunciamientos y el de limitación al objeto del proceso, con lo cual al juzgador de todos modos se le imponía un deber de pronunciarse sobre «su acusación» y la defensa, y a no resolver sino dentro de esta acusación, sin poder extenderse a otras cuestiones «inconexas».

El primer deber, el de exhaustividad de la sentencia, fue regulado en el art. 500.7º, que ordenó que la sentencia definitiva debía contener la resolución que condenara o absolviera a cada uno de los procesados por cada uno de los delitos perseguidos (7º).

La jurisprudencia de los tribunales superiores (Corte Suprema y las Cortes de Apelaciones)¹¹⁰⁹ sostuvo invariablemente que el precepto del art. 500 del ACPP

¹¹⁰⁸ Recuérdese que esto no siempre fue así, ya que hasta 1927 la función acusatoria estaba radicada en los denominados promotores fiscales, funcionarios del MP que actuaban en primera instancia, y que fueron suprimidos de la estructura orgánica del MP el año 1927 a través del DFL n. 426.

¹¹⁰⁹ *Vid.* «Repertorio de Legislación y Jurisprudencia chilenas, Código de Procedimiento Penal», tomo III, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1983, pp. 29-31, y «Repertorio de Legislación y Jurisprudencia chilenas, Código de Procedimiento Penal», tomo III, Editorial Jurídica de Chile, segunda edición actualizada, Santiago de Chile, 2002, pp. 56-68. La Jurisprudencia chilena ha establecido varias hipótesis en que se incurre en infracción de la norma del art. 500.7º. Éstas son:

1ª. Es nula la sentencia que no contiene resolución condenatoria ni absolutoria respecto de un delito comprendido en la acusación. Sentencias que así lo establecen: SCA de Talca, 12 de mayo de 1910, GT, 1910, 1er. Semestre, N° 391, p. 695; SCA de Valparaíso, 4 de julio de 1910, GT, 1910, 1er semestre, N° 635, p. 1133; SCA de Talca, 11 de julio de 1910, GT, 1910, 2º semestre, N° 761, p. 188; SCA de Talca, 26 de junio de 1913, GT, 1913, 1er semestre, tomo 2, N° 463, p. 1533; SCA de Talca, 7 de agosto de 1913, GT, 2º semestre, tomo 3, N° 826, p. 2448; SCA de Santiago, 25 de agosto de 1913, GT, 1913, 2º semestre, tomo 3, N° 791, p. 2346; SCA de Tacna, 27 de mayo de 1914, GT, 1914, 1er semestre, tomo 1-2, N° 175, p. 401; SCA de Valparaíso, 26 de diciembre de 1919, GT, 1919, 2º semestre, N° 192, p. 791; SCS, 17 de junio de 1936, GT, 1936, 1er semestre, N° 62, p. 267; SCA de Santiago, 12 de marzo de 1986, RDJC, tomo 83, secc. 4ª, p. 13; SCA de Santiago, 2 de junio de 1986, RDJC, tomo 83, secc. 4ª, p. 143.

2ª. Es nula la sentencia que no determina el delito por el que se impone la pena al reo ni determina el grado de responsabilidad. Sentencias que lo establecen: SCA de Talca, 7 de enero de 1913, GT, 1913, 1er semestre, tomo 1, N° 59, p. 186; SCS, 7 de mayo de 1938, GT, 1938, 1er semestre, N° 75, p. 345; SCS, 20 de marzo de 1950, GT, 1950, 1er semestre, N° 43, p. 264; SCS, 10 de enero de 1952, RDJC, tomo 49, secc. 4ª, p. 55; SCS, 1 de octubre de 1964, RDJC, tomo 61, secc. 4ª, p. 385.

comprendía el deber de exhaustividad en su número 7º, estableciendo casuísticamente las hipótesis que suponían su infracción¹¹¹⁰⁻¹¹¹¹. Además, la vigencia de la misma se encontraba reforzada por la cobertura casacional que se le otorgaba mediante la causal de casación en la forma prevista en el art. 541.9ª, que establecía como motivo del recurso que la sentencia no hubiese sido «extendida en la forma dispuesta por la ley». Y, como hemos dicho, uno de los requisitos que disponía el art. 500, que regulaba la forma y requisitos de las sentencias judiciales (como deben ser extendidas), era que la resolución debía resolver todas las cuestiones planteadas en el juicio en los términos ya citados¹¹¹².

Se entendió, entonces, que en estas disposiciones se contenía el deber de correlación como exhaustividad. Así, el art. 500.7º imponía el deber de agotar las proposiciones fácticas y jurídicas de la acusación (acusación de oficio del mismo instructor-juzgador)

3ª. Se incurre en defecto del art. 500.7º en caso que el tribunal que condena e impone una pena principal que lleve aparejada pena accesoria, no la expresa de ningún modo. Así lo establece la SCA de Talca, 8 de mayo de 1914, GT, 1914, 1er semestre, N° 230, p. 636.

4ª. No cumple con la exigencia del art. 500.7º la sentencia que se pronuncia sobre una parte de los hechos que fueron objeto de acusación, dejando imprejuizados otros. Así lo sanciona la SCS, 27 de mayo de 1955, RDJC, tomo 52, secc. 4ª, p. 60; SCA de Santiago, 2 de junio de 1986, RDJC, tomo 83, secc. 4ª, p. 143; SCS, 15 de junio de 1994, RDJC, tomo 91, secc. 4ª, p. 75.

5ª. Tampoco cumple con la exigencia del art. 500.7º la sentencia que no indica el nombre del reo al que se rebaja la pena. Concluye en estos términos la SCS, 14 de octubre de 1966, RDJC, tomo 63, secc. 4ª, p. 291.

6ª. Incurre en infracción del art. 500.7º la sentencia que no se pronuncia sobre la solicitud de una atenuante muy calificada a efectos de la rebaja de pena.

7ª. No incurre en infracción del art. 500.7º la sentencia que condena por uno de los delitos que fueron imputados al acusado, sin contener mención expresa respecto de los otros, siempre que las razones y fundamentaciones dadas en la sentencia permiten concluir que el tribunal estimó sólo la comisión de un delito, desestimando la acusación en lo demás. Así lo expresa la SCS, 26 de julio de 1945, GT, 1945, 2º semestre, N° 32, p. 170.

¹¹¹⁰ *Ibid. cit. supra.*

¹¹¹¹ La doctrina, por su parte, se limitó a constatar este desarrollo, al realizar un trabajo más o menos descriptivo del acervo acumulado por los tribunales de justicia en la materia. *Vid.* entre las pocas monografías dedicadas a la congruencia a AGÜERO HERRERA, Melquisedec, *Congruencia entre la acusación, la defensa y la sentencia*, Edit. Universitaria, Santiago, 1965, pp. 72-78; y a MEZA FIGUEROA, Pablo, *De la ultra petita...*, *cit.*, pp. 59-63.

¹¹¹² *Vid.* la jurisprudencia y los casos citados.

y el art. 541 daba cobertura casacional en la causal 9ª a la infracción de la correlación por defecto u omisiva (*citra petita o ex silenti*)¹¹¹³.

Sin embargo, cabe hacer presente que la disposición del art. 500.7º en relación con el art. 541.9ª, abordaba la exhaustividad desde el puro ángulo de la acusación, ya que disponía que la sentencia debía contener «la resolución que condena o absuelva a cada uno de los procesados por cada uno de los delitos», sin asegurarla explícitamente para las excepciones, alegaciones fáctico-jurídicas y defensas del acusado¹¹¹⁴.

Lo cierto es que la práctica jurisprudencial¹¹¹⁵ exigió igualmente la exhaustividad de la sentencia con la defensa, pero basada en la norma que se refería a la motivación fáctica y jurídica de la sentencia (art. 500.4º y 5º). Con todo, corresponde advertir que esto no fue más que una interpretación extensiva que tenía por objeto incardinar en la ley la necesidad de exhaustividad con respecto a la defensa, ya que es bastante claro que exhaustividad y motivación son cosas distintas.

Por su parte, la correlación como límite a la potestad de resolver también fue establecida en el ACPP, aunque no estaba prevista directamente con carácter de requisito de la sentencia. En realidad se deriva de la consagración del motivo de casación en la forma del art. 541.10ª¹¹¹⁶, que señalaba como motivo de casación de la sentencia el «Haber sido dada ultra petita, esto es, extendiéndola a puntos inconexos

¹¹¹³ Vid. AGÜERO HERRERA, Melquisedec, *Congruencia...*, cit., pp. 76-77.

¹¹¹⁴ En Derecho español el art. 742 LECrim dispone que la sentencia debe resolver «todas las cuestiones que hayan sido objeto del juicio», lo que debe ser puesto en relación con el 851.3 LECrim, que establece expresamente como motivo de casación la no resolución de algún punto de la acusación o la defensa.

¹¹¹⁵ SCS: Sentencia de 7 de agosto de 1943, GT, 1943, 2º semestre, Nº 30, p. 130; Sentencia de 20 de junio de 1984, RDJC, tomo 80, secc.4ª, p. 51; Sentencia de 13 de septiembre de 1984, FM, Nº 310, p. 476; Sentencia de 3 de octubre de 1988, FM, Nº 359, p. 178; Sentencia de 20 de diciembre de 1995, GJ, Nº 186, p. 92.

¹¹¹⁶ Vid. AGÜERO HERRERA, Melquisedec, *Congruencia...*, cit. pp. 77 y ss; MEZA FIGUEROA, Pablo, *De la ultra petita...*, cit., pp. 27 y ss.

Nótese que en cuanto a la no consagración directa de la correlación como requisito de la sentencia, sucede algo parecido en Derecho español, donde fue la norma del art. 851.4º, motivo de casación por quebrantamiento de forma, la que solía interpretarse para deducir el alcance de la correlación. Esto cambió con la entrada en vigor de la CE, al introducir las garantías procesales del art. 24, las cuales influyeron directamente en la interpretación jurisprudencial del principio acusatorio, del cual se derivaron una serie de consecuencias directas que han dado lugar a una interpretación más precisa del deber de correlación que la extraída del texto del art. 851.4º.

con los que hubieran sido materia de la acusación y la defensa». Nuestro objeto de estudio se centra en este aspecto de la correlación: en cuanto límite impuesto a los poderes de decisión del juez, de manera que a continuación nos dedicaremos a profundizar en ella exclusivamente.

2. Fundamentos y sentido de la correlación como límite

La doctrina procesal chilena presenta un modesto desarrollo teórico comparado con el grado de avance que exhibe la española, lo cual aún queda más de manifiesto en la disciplina procesal penal. En efecto, sea por razones históricas o culturales, la escasa producción de literatura especializada en el proceso penal, en la mayoría de los casos, se limita a realizar un análisis más o menos descriptivo del proceso penal, carente de método y, por tal motivo, con una utilidad más práctico-profesional que científica. Hay, por supuesto, notables excepciones en la literatura procesal chilena, que, aunque se hayan producido hace varios años¹¹¹⁷, aún conservan su utilidad en el medio jurídico chileno, justamente a raíz de la escasez de trabajos científicos nuevos que hayan venido a aumentar el acervo jurídico. Actualmente no se cuenta con obras nuevas o relativamente nuevas y valiosas que presenten una exposición rigurosa de las instituciones fundamentales que nos sirven de base teórica.

Con todo, si se revisan las fuentes disponibles, sean las generales del proceso penal o las monográficas referidas a la correlación, nos encontramos con que de algún modo se intentó fundamentar la correlación en el proceso penal del ACPD.

Como se puede intuir, en el sistema inquisitivo chileno, desde el año 1927 con la eliminación del MP en primera instancia, se comenzó a aplicar el Derecho penal a través de un proceso que prescinde absolutamente del principio acusatorio, siendo al juez instructor a quien corresponde deducir acusación si procede conforme al mérito del sumario. En estas circunstancias, como es natural, no se podía argumentar la limitación de poderes de decisión del juez sentenciador en la vigencia del principio acusatorio.

¹¹¹⁷ Nos referimos sobre todo al notable *Tratado de Derecho procesal penal* del profesor FONTECILLA RIQUELME, que reúne en tres volúmenes una obra completa y profunda y de gran calidad científica.

En efecto, en el sistema chileno no se podía deducir como fundamento de la correlación la vigencia del principio acusatorio o del derecho a un juez imparcial, ya que el proceso mismo se constituía sobre la base de la negación más fundamental de éstos. Era «perfectamente imposible» sostener alguna vigencia del principio acusatorio si el proceso implicaba la negación radical de la regla más básica del *nemo iudex sine actore*. Con mayor razón era imposible sostener la debida imparcialidad objetiva si un solo juez reunía todas las potestades fundamentales del proceso: instruía, acusaba y juzgaba. Es decir, el mismo juez adoptaba la función de investigar, luego asumía el rol de acusador y, después, enjuiciaba el mérito de su propia acusación. No se podía pensar en un sistema más inquisitivo ni más falto de *terciedad* del juez (negación de la heterotutela e imparcialidad objetiva) que el del sistema chileno.

Asumida esta realidad cabe preguntarse cuál puede ser el sentido de un cierto deber de correspondencia que debía guardar la sentencia con la acusación formulada por el mismo juez.

La doctrina que tocó esta materia debió de acudir a una argumentación distinta a la de la doctrina española para dar base o sustento a la correlación. En Chile, la principal línea de argumentación de la correlación se desarrolló desde el derecho de defensa y de contradicción¹¹¹⁸. Así AGÜERO HERRERA¹¹¹⁹ señalaba que «La falta de congruencia acarrea, como se ha visto, una señalada situación de indefensión del imputado, no solamente cuando la sentencia es incongruente con los hechos de la acusación y la defensa, sino también, cuando lo es con la calificación dada por las partes; claro está que en diverso grado. Esta violación del derecho subjetivo se produce como consecuencia de sustraer a la contradicción un sector de la hipótesis fáctica, o bien, el hecho completo, como cuando se condena por un hecho totalmente diverso del acusado». Y a continuación concluye: «Podemos decir, en líneas generales, que es la inviolabilidad de la defensa, y particularmente sus corolarios: el principio de contradicción o *auditur et altera pars*, “nadie puede ser condenado sin ser oído”, y el de congruencia entre acusación, defensa y la sentencia. Y no como han creído algunos que es el “principio acusatorio” el que determina el planteamiento y solución del

¹¹¹⁸ Vid. AGÜERO HERRERA, Melquisedec, *Congruencia...*, cit. pp. 72-107; MEZA FIGUEROA, Pablo, *De la ultra petita...*, cit. pp. 6-11.

¹¹¹⁹ AGÜERO HERRERA, Melquisedec, *Congruencia...*, cit., p. 93.

problema. El principio acusatorio no tiene otra significación en el proceso penal: que, no puede haber proceso sin acusación». En términos semejantes se expresa otro autor chileno¹¹²⁰⁻¹¹²¹.

Es bastante claro que frente a la necesidad de establecer el requisito del deber de correlación como límite a la sentencia definitiva y darle cobertura casacional, no queda otra posibilidad de argumentación que la del principio de inviolabilidad del derecho de defensa y contradicción, por la imposibilidad manifiesta de hacerlo desde el principio acusatorio. Es decir, en un sistema inquisitivo donde el que acusa es el mismo juzgador, el deber de correlación sólo se puede explicar y fundar en la necesidad, al menos formal, de reconocer el derecho de defensa y el principio de contradicción. Dejando aparte la cuestión de si se puede hablar realmente de un derecho de defensa efectiva y de la eficacia real del principio de contradicción en un sistema radicalmente inquisitivo y carente de *terciedad*, al menos formalmente había necesidad de reconocer al imputado el derecho de defensa y a controvertir los términos fácticos, jurídicos y probatorios de la acusación. En ese contexto el deber de correlación operaba como una norma de preclusión impuesta al juez-acusador, con lo cual la acusación una vez deducida por el juez acotaba los límites dentro de los cuales se iba a realizar la defensa, y se iba a contradecir y a debatir la prueba del plenario, de modo que el juez no podía *ex post* reformular los términos de la pretensión que debía enjuiciar. Su potestad pretensora había precluido en el mismo momento que la había ejercido y eso le marcaba unos límites al momento de tener que resolver.

Lo cierto es que el ACPD mantuvo la vigencia del deber de correlación de la sentencia, contemplándola como herramienta más o menos eficaz para tutelar el derecho de defensa del acusado frente a la acusación formulada por el instructor. Al acusado se le aseguraba que la acusación notificada que contenía el señalamiento de

¹¹²⁰ MEZA FIGUEROA, Pablo, *De la ultra petita...*, cit. pp. 10-11.

¹¹²¹ En todo caso, esta posición no ha sido exclusivamente chilena puesto que encuentra apoyo en otros sectores de la doctrina iberoamericana y europea, que han construido el soporte de la correlación sobre la base del principio de inviolabilidad del derecho de defensa y de contradicción. Así, por ejemplo, VELEZ MARICONDE, Alfredo, *Derecho procesal penal*, Lerner, segunda edición, Buenos Aires, 1969, pp. 203-242, en Argentina, o MANZINI, Vincenzo, *Trattato...*, cit., pp. 429-430, y BETTIOL, Giuseppe, «La correlazione...», cit., pp. 239-265, en Italia. Estos autores, a nuestro juicio, hicieron notar su influencia en la doctrina chilena porque ella se adecuaba mejor a la realidad legal vigente.

hechos jurídicamente calificados, atribuidos al acusado con un concreto grado de participación, no podía ser modificada sustancialmente en la sentencia, de manera que otorgaba la seguridad de conocimiento de la acusación y permitía articular la defensa pertinente. En otras palabras, el acusado tenía, por los menos, derecho a contestar una acusación bien concretada y a ser juzgado sólo dentro de esa acusación previamente notificada y contestada.

La acusación deducida por el juez instructor, según lo disponía el art. 424 del ACPP, debía contener la determinación de los hechos y su calificación (la imputación), la forma de participación del procesado o procesados, y los «medios de prueba» que obraban en el sumario para acreditar todos los elementos de la acusación¹¹²².

Sin embargo, a la acusación de oficio del juez instructor no se le exigía mencionar penas determinadas ni las circunstancias (agravantes y atenuantes) que podrían servir para determinarlas, vacíos de la acusación que se podían explicar por la sencilla razón de que había que mantener en el proceso la apariencia de una total indiferencia punitiva o del resultado procesal, ya que el juez debía ser «imparcial» y no podía sostener una pretensión aunque esta fuere puramente procesal. Por esa misma razón o, mejor dicho, por la ausencia de ella en el caso del querellante —que podía interponer acusación particular (cualquiera persona capaz)— éste sí debía mencionar las circunstancias que influían en la aplicación de la pena, además de pedir la aplicación de las mismas determinadamente (art. 427 del CPP)¹¹²³.

¹¹²² La acusación de oficio, deducida por el juez instructor una vez concluido el sumario, estaba prevista en el art. 424 del ACPP, en los siguientes términos: «Cuando, ejecutoriada la resolución que declare cerrado el sumario, el juez no encontrare mérito para decretar el sobreseimiento, dictará un auto motivado en el cual dejará testimonio de los hechos que constituyen el delito o los delitos que resultaren haberse cometido y la participación que ha cabido en él, o en cada uno de ellos, al procesado o los procesados de la causa, con expresión de los medios de prueba que obran en el sumario para acreditar unos y otras. Este auto será la acusación de oficio y deberá dictarse en el plazo de quince días, contado desde la ejecutoria aludida al comienzo de este artículo».

¹¹²³ El art. 427 del ACPP era el que se refería a la posibilidad de que el querellante presentara acusación particular, estableciendo que debía contener las mismas menciones de la de oficio, además de las circunstancias que influían en la aplicación de las penas y la petición de pena determinada: «La acusación del querellante particular contendrá las mismas enunciaciones del auto de la acusación de oficio, deberá calificar con toda claridad el o los delitos que pretende cometidos, la participación del procesado o de cada uno de los procesados, y las circunstancias que deben influir en la aplicación de las penas y concluirá solicitando la imposición de éstas, expresa y determinadamente».

Es evidente que la no especificación de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal y la falta de petición concreta de pena en la acusación de oficio, eran carencias en la formulación de la acusación que podían afectar al planteamiento de una defensa completa¹¹²⁴. Con todo, el grado de definición de la acusación de oficio y, en mejor medida, el grado de definición de la acusación particular cumplían en parte con los requisitos básicos para poder articular una defensa completa, en cuanto ofrecían un grado razonable de información de la acusación en su aspecto jurídico y fáctico. Desde este punto de vista, la acusación establecía una manera eficaz de fijación del objeto del proceso (el hecho punible) y del objeto del debate (lo jurídico, aparte de lo fáctico), constituyendo el término de comparación de la sentencia a efectos de determinar el cumplimiento de la correlación¹¹²⁵.

¹¹²⁴ Obsérvese que esta situación, con todas las diferencias que puedan existir respecto de un sistema que se basa en la vigencia del principio acusatorio como es el español (LECrim), éste también presenta un problema de indefinición en la formulación de la acusación, específicamente en el juicio de faltas. La situación más criticable es la que se presenta en las faltas semipúblicas. El art. 969.2 LECrim trata de aquellas faltas que exijan denuncia del ofendido o perjudicado (semipúblicas), caso en el cual los fiscales pueden dejar de asistir a juicio en atención a consideraciones de interés público, en los supuestos establecidos por el Fiscal General del Estado a través de instrucciones dictadas al respecto. En estos supuestos valdrá como acusación «la declaración del denunciante en el juicio afirmando los hechos denunciados, aunque no los califique ni señale pena». Según hemos dicho en los apartados dedicados al juicio de faltas, esta redacción de la norma fue introducida por la Ley 38/2002, mejorando parcialmente la antigua redacción en que se daba valor de acusación a la denuncia previa al juicio, de modo que en el juicio mismo podía faltar absolutamente la acusación, y no obstante dictarse condena sobre la base de una denuncia previa, lo cual se presentaba como una flagrante infracción al principio acusatorio. Decíamos que no se podía aceptar que esa denuncia previa al juicio, ambigua desde el punto de vista fáctico, y carente de un marco jurídico (sin calificación jurídica y sin petición de pena) fuere considerada una acusación. Ahora, con la nueva redacción el denunciante debe comparecer al juicio y ratificar su denuncia y la imputación fáctica al inicio del juicio. Por lo menos hay necesidad de que esta «acusación» ficta sea sostenida al inicio del juicio por el denunciante-acusador. Con todo, no vemos que el problema de la indefinición en la formulación de la acusación haya desaparecido, sino al contrario, creemos que se mantiene en los mismos términos que antes. En efecto, no vemos cómo se puede evitar la ambigüedad en su formulación tanto fáctica como jurídica, si ni siquiera se exige una calificación jurídica y petición de pena, cuando la doctrina y la jurisprudencia española han repetido en muchísimas ocasiones de la necesidad que hay para valorar el hecho punible de la perspectiva jurídico-normativa. *Vid.* al respecto las consideraciones que hacemos en los apartados correspondientes al juicio de faltas.

¹¹²⁵ *Vid.* FONTECILLA RIQUELME, Rafael, *Tratado...*, cit., tomo III, p. 233; MEZA FIGUEROA, Pablo, *De la ultra petita...*, cit. pp. 47-59.

2.1. La acusación como término de correlación (comparación) de la sentencia. Importancia del auto de procesamiento

En el sistema chileno no se presentaba el problema de determinar cuál era el término de comparación de la sentencia, porque en el ACPP no se reguló más que un acto procesal para sostener la acusación (sea sólo de oficio o de oficio y particular), y no había momentos procesales distintos que dieran lugar a actos procesales de postulación u obtención (petición) diferentes, como son, por ejemplo, las calificaciones provisionales y las definitivas en la LECrim. Consiguientemente, en el ACPP no hubo duda alguna de que el término de correlación (comparación) era la acusación de oficio y eventualmente la particular, las que se debían presentar una vez concluido el sumario. En consecuencia, era con el objeto del proceso y del debate fijado en la acusación con lo que se debía comparar la sentencia.

Sin embargo, al respecto cabe señalar que, si bien es cierto que la sentencia se debía comparar con el objeto de enjuiciamiento fijado en la acusación, que era el acto procesal donde se contenía en sus formas más definidas, también se había de tener en cuenta que el objeto del proceso se termina definiendo en la acusación, pero se va depurando paulatina y progresivamente desde el inicio del sumario con la querrela o denuncia hasta llegar a la acusación. Es por eso que el ACPP estableció una estrecha relación entre el objeto del proceso contenido en el auto de procesamiento y el de la acusación, fijando la vinculación de contenido entre ellos. En efecto, a esta conclusión se llegaba con la interpretación lógica y sistemática de las normas del art. 274, 403 y 424 del ACPP, que en conjunto disponían lo siguiente:

1°. Que el auto de procesamiento debía someter a proceso a sujetos determinados por ciertos hechos punibles, antes del cierre del sumario (art.274).

2°. Que el procesamiento de uno o más de los imputados era un presupuesto de la acusación, de modo que si se cerraba el sumario sin procesamiento no podía haber acusación (arts. 403 y 424).

3°. Que la acusación estaba limitada en su contenido por el contenido del auto de procesamiento, en el sentido que no se podía acusar a ningún sujeto que no hubiese sido previamente procesado y por ningún hecho punible que no fuese de aquellos que se le habían imputado en el auto de procesamiento (arts. 403 y 424).

La acusación sólo podía dirigirse en contra del o de los procesados, y no en contra de otros que no figuraran en el auto de procesamiento en esta calidad, con lo cual se establecía la vinculación subjetiva de la acusación al auto de procesamiento (art. 403 en relación con art. 424 del ACPP)¹¹²⁶.

Respecto de los hechos, la norma del art. 403 que decía: «No podrá elevarse a plenario un proceso por crimen o simple delito sino en contra de las personas sometidas a proceso», se interpretaba, aparte del sentido subjetivo que tenía, como la proscripción de la ampliación de los cargos a hechos punibles que no hubieren sido objeto del procesamiento en los términos que establecía el art. 274¹¹²⁷. Se concluía, entonces, que tampoco en la acusación se podía ampliar objetivamente la imputación, cuestión que por lo demás era plenamente coincidente con la tesis de que el objeto del proceso se va depurando paulatinamente desde el inicio del sumario hasta la acusación.

2.2. *Problema de la acusación como término de correlación (comparación)*

Hemos dicho que no se suscitaba cuestión alguna sobre la determinación de cuál era el término de comparación, ya que la Ley establecía un solo acto y momento procesal para acusar, cuestión que evitó cualquier duda al respecto.

Sin embargo, la misma circunstancia de que el único acto de acusación con miras al enjuiciamiento penal fuera la acusación de oficio y eventualmente la particular, unida a la circunstancia de que el momento en que se debían producir, como se sabe, antes del plenario y, por lo tanto, antes de la práctica de la prueba, había de provocar un problema distinto, como era la imposibilidad de ajustar la acusación al resultado de la prueba del plenario a través de una conclusión definitiva o de cierre, como sería lo técnicamente adecuado (*emendatio libelli*)¹¹²⁸.

¹¹²⁶ El art. 424 decía: «(...) dictará auto motivado [que es la acusación] en el cual dejará testimonio de los hechos que constituyen el delito o delitos que resultan haberse cometido y la participación que ha cabido en él, o en cada uno de ellos, al procesado o los procesados (...)».

¹¹²⁷ La jurisprudencia chilena se pronunció en este sentido en SCS de 3 de agosto de 1999, GJ, 1999, N° 230, volumen 2, pp. 92-110.

¹¹²⁸ En el ACPP había imposibilidad de *emendatio libelli*.

La rígida preclusión acusatoria establecida como efecto de la única acusación inicial revela dos cuestiones esenciales. En primer lugar, la pobre técnica procesal del ACPD cuando obliga a deducir una acusación inmodificable o con efecto preclusivo rígido antes de la práctica de la prueba, es decir, antes del resultado de los elementos de juicio que en último término debieran haberla sustentado, al menos en su versión más depurada. En segundo lugar, demuestra (y explica la primera crítica) que en un proceso inquisitivo, como era el chileno, lo que importaba era el «resultado probatorio del sumario», y comprueba la tesis de que era conforme con el «resultado probatorio del sumario» introducido al juicio en virtud del cual se resolvía, siendo el plenario nada más que la fase de ratificación de lo obrado en el sumario¹¹²⁹. Es decir, la acusación se basaba en los antecedentes del sumario que eran los que en definitiva importaban, y no en las hipotéticas pruebas del plenario, que las más de las veces se reducían a la ratificación de los resultados del sumario. De ahí que la importancia de contar con un segundo momento procesal para ajustar o afinar la acusación al resultado probatorio del plenario fuere poco relevante, ya que la prueba de plenario, habitualmente, no era más que una etapa procesal formal de ratificación de lo obrado en el sumario.

3. CONTENIDO CONCRETO DE LA CORRELACIÓN DE LA SENTENCIA EN EL PROCESO PENAL DEL ACPD

Para abordar este tema se debe tener en cuenta el contenido del objeto del proceso introducido por la acusación y estudiar de qué forma limitaba los poderes de decisión del juzgador. Al respecto se debe atender al elemento objetivo y subjetivo de la correlación.

¹¹²⁹ Lo que importaba no era la «prueba del juicio plenario», sino la «prueba del sumario», resolviendo el juez, por regla general, conforme a ésta. El Código llegó al extremo de reconocer explícitamente que ello era así, sin ningún pudor, cuando en el art. 451 estableció que el período de prueba del juicio plenario no era necesario, si las partes no han ofrecido prueba, de modo que si el acusado se limitaba a negar la acusación sin pedir práctica de prueba, o el acusador particular se limitaba a adherir a la acusación particular sin pedir prueba, el juez no recibía «la causa a prueba», quedando preparada para fallo, con lo cual se venía a consentir expresamente que la sentencia se basara únicamente en la «prueba del sumario». Pero aparte de este exabrupto legal, cabe aclarar que, aún cuando se cumpliera con la práctica de prueba del plenario, resultaba claro que en realidad la prueba se limitaba a ratificar o no las indagaciones del sumario, resolviéndose en definitiva de conformidad al sumario, ya que a mayor abundamiento no había norma que le impidiera al juez hacer uso explícito de las fuentes de prueba del sumario para fundamentar su fallo.

Por otra parte, habrá que indagar acerca de la amplitud de la tutela del derecho de defensa para ver si se aseguraba respecto de la totalidad de los elementos de la acusación, tanto los que se refieren al objeto del proceso propiamente tal, como de aquellos otros no contenidos en él pero que conforman la pretensión procesal, como son los que integran el objeto del debate, esto es, la calificación jurídica y el *petitum*.

Cuando nos referimos al derecho de defensa, especialmente en su contenido de derecho a contradecir y debatir, se ha de tener muy presente que en el sistema inquisitivo chileno ello revestía más un sentido ritual que sustancial, en el cual el acusado se enfrentaba en ese «debate procesal» a un juez-acusador. La eficacia del derecho de defensa y de los instrumentos procesales mediante los que éste se puede ejercer, en el contexto de un sistema inquisitivo, se halla muy disminuida.

3.1. *Correlación objetiva*

3.1.1. El hecho punible y la correlación objetiva

La jurisprudencia y la doctrina chilena han sostenido mayoritariamente que el objeto del proceso se define por el hecho punible imputado al acusado. Esta forma de entender el objeto del proceso ha llevado como consecuencia que el deber de correlación de la sentencia se predique respecto del hecho punible.

Como derivación lógica de lo dicho, se ha excluido cualquier utilidad de la calificación jurídica y del *petitum* a efectos de determinar la identidad del objeto del proceso. El argumento esencial radica en la idea de que corresponde al juez la facultad de enjuiciamiento jurídico, como se expresa en la reglas del *da mihi factum, dabo tibi ius* y del *iura novit curia*¹¹³⁰. En otras palabras, la identidad del objeto del proceso se ha de ceñir al hecho, ya que la naturaleza de la función jurisdiccional implica la aplicación del Derecho penal al caso concreto, desprendiéndose de esto que debe ser el juzgador quien decida cuál es la solución jurídica del supuesto fáctico sometido a su conocimiento, es decir, de calificar conforme a su criterio jurídico-legal e imponer la pena que corresponda conforme a Derecho, sin verse limitado por la calificación

¹¹³⁰ Vid. AGÜERO HERRERA, Melquisedec, *Congruencia...*, cit. pp. 87-89.

jurídica y el *petitum* de la acusación. La jurisprudencia ha sostenido con bastante homogeneidad esta posición¹¹³¹.

A este argumento general se añadieron otros que tenían base legal positiva y que confirmaban que el objeto del proceso estaba constituido por el hecho punible. Nos referimos, en primer lugar, a consideraciones de hermenéutica legal. En efecto, el mismo art. 424 disponía que la acusación de oficio debía dejar «testimonio de los hechos que constituyen el delito o los delitos», y lo mismo se establecía para la acusación particular, conforme al art. 427. Ambas normas centraban la atención de la acusación en los hechos.

A estas normas de la acusación había que añadir un conjunto de normas legales que calzaban perfectamente con la tesis de la esencialidad del hecho punible. Nos referimos fundamentalmente a los arts. 76, 102, 106 y 108 del ACPP, que hacían del hecho el fundamento del proceso penal¹¹³².

En efecto, el art. 76, que se refería al sumario, establecía que «todo juicio criminal a que dé origen la perpetración de un crimen o simple delito comenzará por la investigación **de los hechos** que constituyan la infracción (...)», declaración legal que centra la cuestión penal en lo fáctico, guardando perfecta armonía con los arts. 102 (desestimación de querrela) y 106 (inicio del sumario de oficio). El art. 102, que regulaba la desestimación de la querrela, ordenaba que el juez instructor debía desestimarla cuando ésta se fundara en **hechos no delictivos**. En el caso del art. 106, que trataba del juez que tuviera conocimiento directo de **un hecho punible**, la norma disponía dictar la resolución de apertura del sumario denominada «auto cabeza de

¹¹³¹ SCS: Sentencia de 5 de junio de 1922, GT, 1922, 2º semestre, N° 101, p. 481; Sentencia de 25 de septiembre de 1944, GT, 1944, 2º semestre, N° 32, p. 151; Sentencia de 2 de noviembre de 1944, GT, 2º semestre, N° 37, p. 171; Sentencia de 9 de agosto de 1956, RDJC, tomo 53, secc. 4º, p. 92; Sentencia de 27 de julio de 1967, RDJC, tomo 64, secc. 4º, p. 161; Sentencia de 27 de octubre de 1967, RDJC, tomo 64, secc. 4º, p. 302.

Especialmente importante es la SCA de Santiago de 1997, GJ, 1997, N° 199, volumen 1, pp. 141-142, en la que se establece que la sentencia que se pronuncia sobre una atenuante no alegada por la defensa no incurre en *ultra petita*, porque el tribunal debe tenerla en cuenta de oficio desde que aparece en el proceso. El vicio sancionado por la ley consistía en que la sentencia se extendiera a puntos inconexos, situación que no podía producirse cuando el juez acogía o rechazaba una circunstancia modificatoria de responsabilidad (considerandos 1º y 2º).

¹¹³² Sustenta esta opinión FONTECILLA RIQUELME, Rafael, *Tratado...*, cit., tomo II, pp. 142-144.

proceso» cuando este conocimiento del hecho se produjera. Se advierte, en consecuencia, que en las tres disposiciones se miraba esencialmente al hecho punible como elemento medular del juicio criminal.

Más categórico aún era el contenido del art. 108, que señalaba expresamente que «La existencia del **hecho punible** es el fundamento de todo juicio criminal, y su comprobación por los medios que admite la ley es el primer objeto a que deben tender las investigaciones del sumario». Esta disposición termina por zanjar cualquier duda en la esfera legal de que el objeto del proceso penal estaba constituido por el hecho punible¹¹³³.

En segundo lugar, al igual que en la doctrina española, también se argumentó sobre la base de la necesidad de la unidad del concepto del objeto del proceso definido por el hecho punible, con exclusión de la calificación jurídica y del *petitum*, tanto para la determinación del deber de correlación como para la aplicación del principio del *non bis in idem*, que cobra vigor en la institución de la cosa juzgada penal¹¹³⁴. Al respecto decía FONTECILLA RIQUELME¹¹³⁵: «surgen, pues, dos elementos relevantes, que constituyen la médula de la decisión que el juez debe hacer en la sentencia: el hecho punible y la persona a quien se atribuye la ejecución o participación de ese hecho».

«Sobre estos extremos versa el juzgamiento y determinan, por ende, la cosa juzgada».

«Por lo tanto, el concepto de *identidad*, del cual no podemos desprendernos, porque es de la esencia de la institución de la cosa juzgada que tiene por objeto evitar la repetición procesal, de lo que es idéntico, sólo puede surgir de la comparación del hecho y de la persona del procesado en el enfrentamiento de dos procesos».

Posición doctrinal que por lo demás contó posteriormente con expreso respaldo legal, ya que en el año 1991, con el fin de evitar cualquier problema interpretativo que se podía haber presentado en torno al genuino sentido de la cosa juzgada, generado por

¹¹³³ Así lo pone de relieve FONTECILLA RIQUELME, Rafael, *Tratado...*, cit., tomo II, p. 144.

¹¹³⁴ Coinciden en ello FONTECILLA RIQUELME, Rafael, *Tratado...*, cit., tomo III, pp. 217-242, AGÜERO HERRERA, Melquisedec, *Congruencia...*, cit. p. 15, y MEZA FIGUEROA, Pablo, *De la ultra petita...*, cit., pp. 63-64.

¹¹³⁵ FONTECILLA RIQUELME, Rafael, *Tratado...*, cit., tomo III, pp. 231-232.

la ausencia de norma que lo resolviera expresamente, la Ley 19047 de 1991 introdujo una nueva redacción del art. 42 ACPP, el cual en su inciso 2º recogía lo que en doctrina y jurisprudencia se venía concluyendo: «El procesado condenado, absuelto o sobreseído definitivamente por sentencia ejecutoriada, no podrá ser sometido a un nuevo proceso por el mismo hecho»¹¹³⁶. Por lo tanto, si se predicaba la unidad del concepto objeto del proceso definido por el hecho, cabía entonces aplicar el mismo concepto de objeto a efectos de *non bis in idem* (efecto excluyente de cosa juzgada) como de correlación de la sentencia.

Son estos los argumentos que priman —no siempre con claridad— en la posición de la jurisprudencia mayoritaria, la cual se pronunció por la inmutabilidad fáctica como el contenido propio de la correlación¹¹³⁷.

¹¹³⁶ La norma subsiste en el art. 1 inciso 2º del NCPP.

¹¹³⁷ SCS: Sentencia de 7 de mayo de 1913, GT, 1913, 1er semestre, N° 282, p. 887; Sentencia de 3 de junio de 1932, GT, 1932, 1er semestre, N° 62, p. 201; Sentencia de 18 de abril de 1933, GT, 1933, 1er semestre, N° 53, p. 241; Sentencia de 3 de junio de 1935, GT, 1935, 1er semestre, N° 65, p. 301; Sentencia de 25 de mayo de 1937, GT, 1937, 1er semestre, N° 75, p. 312; Sentencia de 1 de septiembre de 1942, RCP., 1943, tomo 6, p. 195; Sentencia de 4 de agosto de 1943, RCP., 1943, tomo 6, p. 444; Sentencia de 9 de agosto de 1946, GT, 1946, 2º semestre, N° 48, p. 305; Sentencia de 15 de octubre de 1948, GT, 1948, 2º semestre, N° 60, p. 347; Sentencia de 10 de enero de 1952, RDJC, tomo 49, secc. 4ª, p. 56; Sentencia de 9 de septiembre de 1953, RDJC, tomo 50, secc. 4ª, p. 160; Sentencia de 6 de noviembre de 1961, RDJC, tomo 58, secc. 4ª, p. 283; Sentencia de 17 de abril de 1963, RDJC, tomo 60, secc. 4ª, p. 91; Sentencia de 6 de mayo de 1963, RDJC, tomo 60, secc. 4ª, p. 202; Sentencia de 4 de septiembre de 1963, RDJC, tomo 60, secc. 4ª, p. 403; Sentencia de 14 de septiembre de 1964, RDJC, tomo 61, secc. 4ª, p. 363; Sentencia de 13 de septiembre de 1966, RDJC, tomo 63, secc. 4ª, p. 245; Sentencia de 27 de abril de 1967, RDJC, tomo 64, secc. 4ª, p. 95; Sentencia de 26 de octubre de 1967, RDJC, tomo 64, secc. 4ª, p. 302; Sentencia de 1 de abril de 1968, RDJC, tomo 65, secc. 4ª, p. 63; Sentencia de 19 de abril de 1972, RDJC, tomo 69, secc. 4ª, p. 31; Sentencia de 13 de noviembre de 1990, RDJC, tomo 87, secc. 4ª, p. 133; Sentencia de 15 de diciembre de 1992, GJ, 1992, N° 150, volumen 2, pp. 69-70; Sentencia de 15 de diciembre de 1992, FM, N° 409, p. 949.

SSCA: Sentencia (CA de La Serena) de 28 de junio de 1940, RDJC, 1940, p. 181; Sentencia (CA de Santiago) de 7 de agosto de 1940, GT, 1940, 2º semestre, N° 96, p. 437; Sentencia (CA de Santiago) de 10 de noviembre de 1955, RDJC, tomo 52, secc. 4ª, p. 114; Sentencia (CA de Temuco) de 11 de septiembre de 1964, RDJC, tomo 61, secc. 4ª, p. 350; Sentencia (CA de Santiago) de 1 de agosto de 1984, GJ, 1984, N° 49, pp. 116-117; Sentencia (CA de Santiago) de 19 de junio de 1986, RDJC, tomo 83, secc. 4ª, p. 152; Sentencia (CA de Santiago) de 2 de julio de 1987, RDJC, tomo 84, secc. 4ª, p. 98; Sentencia (CA de Santiago) de 19 de octubre de 1988, RDJC, tomo 85, secc. 4ª, p. 180; Sentencia (CA de San Miguel) de 28 de septiembre de 1989, RDJC, tomo 86, secc. 4ª, p. 142; Sentencia (CA de Santiago) de 12 de septiembre de 1990, RDJC, tomo 87, secc. 4ª, p. 137; Sentencia (CA de Punta Arenas) de 16 de junio de 1993, RDJC, tomo 90, secc. 4ª, p. 157; Sentencia (CA de Santiago) de 18 de abril de 1995, GJ, N° 178, p. 133; Sentencia (CA de Santiago) de 22 de septiembre de 1995, RDJC, secc. 4ª, p. 248.

Se estimó, por lo tanto, que la sentencia debía mantener la inmutabilidad del núcleo fáctico de la acusación, pues esa sería la forma de satisfacer el deber de correlación, excluyendo la posibilidad de que se juzguen otros hechos diferentes de los de la acusación¹¹³⁸.

Pero el problema real no se presentó en la conclusión precedente: el objeto propio de la correlación es el hecho atribuido al acusado. La uniformidad preliminar que se derivó de esta conclusión, en el sentido que el deber de correlación de la sentencia se satisface con la inmutabilidad del hecho en que se funda la acusación, se diluía al momento de dar el paso siguiente, es decir, cuando había que precisar la definición misma de hecho desde un punto de vista procesal penal.

La doctrina y jurisprudencia chilena no han desarrollado ningún criterio más o menos claro y estable para determinar cuándo el hecho es el mismo y cuándo uno sustancialmente distinto o nuevo. Del estudio de la jurisprudencia lo único que queda claro es que cada sentencia sigue un criterio casuístico del significado del concepto de hecho en el proceso penal.

Primeramente, la jurisprudencia tuvo que abordar el tema a partir de la consagración legal de la correlación, que se hallaba en el art. 541.10^a, razón por la cual hay que referirse a los términos específicos de que se sirvió la Ley para establecerla.

La redacción de la norma del art. 541.10^a no se refirió en forma explícita y literal al deber de la sentencia de «guardar correlación con el hecho de la acusación», sino que utilizó unas expresiones distintas. Concretamente, decía que la sentencia no podía extenderse a «puntos inconexos con los que hubieren sido materia de la acusación y la defensa». El tenor de la norma, como se ve, no resolvía el problema de aclarar lo que era el hecho y, aún peor, suscitaba el problema añadido de determinar lo que debía de entenderse por «puntos inconexos». Afortunadamente, se interpretó que la frase «puntos inconexos» era la fórmula legal que equivalía al concepto más técnico de «hechos» o, dicho en otros términos, la referencia a que la sentencia no puede extenderse a «puntos inconexos» era la forma como la norma se refería al concepto de «hechos sustancialmente distintos de los de la acusación o a otros hechos nuevos». No obstante lo expuesto, seguimos en el mismo punto: cuál era el concepto de hecho desde

¹¹³⁸ AGÜERO HERRERA, Melquisedec, *Congruencia...*, cit. pp. 83-87.

el punto de vista del proceso penal o cuál era el criterio que permitía distinguir cuándo el hecho era el mismo y cuándo había sido sustancialmente modificado en la sentencia.

Para alguna jurisprudencia¹¹³⁹ se producía la infracción del deber de correlación cuando la sentencia se extendía a hechos que no habían sido debatidos, pero no ahondaba en este argumento de hechos no debatidos en relación al deber de correlación. La consideración jurisprudencial se quedaba en una genérica estimación de «indefensión».

Otra jurisprudencia¹¹⁴⁰ dice que se incurre en incongruencia cuando se condena por un delito de distinta especie, sin explicar mayormente qué entendía por esto. Se limitaba a dar una vaga referencia al bien jurídico protegido del delito que se estimaba en la sentencia, el cual no podía ser distinto del bien jurídico del delito que se imputaba en la acusación.

Un tercer grupo de sentencias¹¹⁴¹ señala que hay dicha infracción cuando los hechos establecidos en la sentencia no tienen relación o unión lógica con los que fueron objeto de la acusación. Curiosamente nunca se aclaró de forma específica qué significado tenía esta afirmación.

Si bien todas estas sentencias aportan algún elemento de juicio sobre los complejos problemas de la correlación, ninguna se preocupa de desarrollar una argumentación sólida sobre la institución en estudio, que permita resolver con cierta coherencia y fundamento los casos particulares que se han venido sometiendo a enjuiciamiento.

La jurisprudencia producida durante toda la vigencia del anterior Código nunca fue capaz de ofrecer una aproximación más o menos certera de lo que debía entenderse por hecho, con el fin de determinar los alcances del deber de correlación.

Respecto a los criterios casuísticos que utilizó para resolver casos concretos tampoco supo explicarlos. La falta de adecuada motivación fáctica y jurídica probablemente sea una de las características más reprochables de la actividad

¹¹³⁹ SCS, 10 de enero de 1952, RDJC, tomo 49, secc. 4ª, p. 56.

¹¹⁴⁰ SCS, 5 de junio de 1992, GT, 1922, 2º semestre, N° 101, p. 481.

¹¹⁴¹ SSCS: Sentencia de 13 de septiembre de 1966, RDJC, tomo 63, secc. 4ª, p. 245; Sentencia de 27 de abril de 1967, RDJC, tomo 64, secc. 4ª, p. 95; Sentencia de 26 de octubre de 1967, RDJC, tomo 64, secc. 4ª, p. 299; Sentencia de 15 de diciembre de 1992, FM, N° 409, p. 949.

jurisdiccional chilena¹¹⁴². Resultaba entonces que el deber de correlación de la sentencia consagrado en la Ley no pasaba de ser una «cláusula formal» que carecía de un contenido. Su contenido era puesto en cada caso por el arbitrio del juez, quien con bastante poca precisión técnica valoraba genéricas y posibles «indefensiones» producidas por fallos que se extendían a «puntos inconexos».

3.1.2. La calificación jurídica y el «petitum»

La correlación objetiva se ciñe al hecho de la acusación. Dicha afirmación implica a su vez que la calificación jurídica y el *petitum* de pena (acusación particular) de la acusación no vinculan al juez¹¹⁴³⁻¹¹⁴⁴, siendo potestad de éste aplicar la norma penal que considere que se adecua más a los hechos sometidos a su conocimiento, sin verse limitado por las peticiones de parte.

Sin embargo, la formulación de la cuestión sobre la base de la desvinculación del juez a la calificación jurídica y al *petitum* resulta ser bastante poco apropiada para explicar los poderes del juez en el sistema inquisitivo chileno. En efecto, en este sistema la correlación y los poderes de calificación del juzgador se expresaban de una manera distinta, pues parece un poco forzado hablar de que el juez no se hallaba vinculado a la calificación y al *petitum* de la acusación, cuando era él mismo quien la deducía. Más preciso sería decir que «no precluía» la potestad del juez-acusador de modificar la calificación jurídica y la pena aún después de la acusación, pudiendo hacer esto en la misma sentencia, justo lo contrario de lo que acontecía respecto del hecho punible donde la preclusión sí operaba una vez deducida la acusación de oficio; el hecho ya no se podía modificar sustancialmente (aunque en realidad no se sepa a ciencia cierta qué significaba aquello).

¹¹⁴² En un reciente trabajo se queja de este defecto de la jurisprudencia chilena el profesor ROMERO SEGUEL, Alejandro, *Jurisprudencia de los tribunales como fuente del Derecho. Una perspectiva procesal*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004, pp. 105-107.

¹¹⁴³ *Vid.* la jurisprudencia citada en el sub-apartado 3.1, II, Capítulo V.

¹¹⁴⁴ SCS, 12 de octubre de 1915, GT, 1915, 2º semestre, tomo, 4-5, N° 546, p. 1415.

3.2. *La acusación y el derecho de defensa*

Previamente hemos visto de qué manera se podía hablar del deber de correlación objetiva de la sentencia con el hecho de la acusación, y de qué perspectiva había que analizar las potestades de calificación jurídica del juez.

Ahora cabe plantearse la importancia que podía tener el derecho a ser informado de la acusación, y que esa información cubriera tanto los aspectos fácticos y jurídicos de la imputación, con el fin de que éste pudiera desplegar en forma oportuna su defensa integral.

Tal como hemos dicho, la acusación debía contener el señalamiento del hecho punible y de todos los demás hechos que podían tener algún efecto jurídico-penal, los cuales habían de estar precisamente calificados. La calificación jurídica en un sentido exhaustivo supone la consideración jurídica del hecho punible, de todas las circunstancias accidentales del mismo, y de los demás hechos introducidos por la acusación y que tengan efectos jurídicos. La calificación jurídica se expresa y abarca la consideración jurídica de estos aspectos fácticos, con lo cual una calificación jurídica completa tenía que dar lugar a la petición de un título de condena preciso (el delito como *nomen iuris*), de un grado de ejecución del mismo, de una forma de participación y de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal, si las había. Eventualmente también debía cubrir la consideración jurídica de la concurrencia de algún concurso de delitos (ideal, medial o real).

De todas las consideraciones jurídicas de los diversos aspectos fácticos de la acusación se tenía que desprender una petición de pena precisa que también se incluía en la acusación, en cuanto la consecuencia jurídico-penal es el resultado de la calificación jurídica completa.

Sin embargo, ya hemos señalado que la acusación de oficio, conforme lo disponía expresamente el art. 424 ordenaba dejar testimonio «de los hechos que constituyen el delito o los delitos que resulten haberse cometido y la participación que ha cabido en él, o en cada uno de ellos, al procesado o procesados», de manera que sólo parecía demandar la mención del hecho punible y del correspondiente título delictivo (*nomen iuris*) y de la forma de participación. Con todo, en un afán de buscar una acusación más completa se podía deducir de la norma que también había necesidad de sostener en la acusación un preciso grado de ejecución y, tal vez, la consideración de un concurso

delictivo, cuando fuere el caso, si consideramos incluidos estos aspectos en la mención genérica que la norma hacía de la necesidad de señalar «el o los delitos que resulten haberse cometido». Pero hasta aquí podía llegar nuestro esfuerzo interpretativo, ya que no había forma de deducir de la norma que la acusación también debía mencionar las circunstancias que podían influir en la determinación de la pena —atenuantes y agravantes— y el requerimiento o señalamiento de posible pena¹¹⁴⁵. La norma, sencillamente, evitaba mencionar estos aspectos de la acusación, tanto en su vertiente fáctica como jurídica, lo cual parecía ser una deliberada omisión¹¹⁴⁶, ya que el art. 427 que se refería a la acusación particular las mencionaba expresamente, dando a entender el legislador que no las considera necesaria para la acusación de oficio, pero sí para la acusación particular.

En consecuencia, el art. 427 subsanaba en parte esta cuestión, al exigir para la acusación particular la determinación de las «circunstancias que deben influir en la aplicación de las penas», además de la solicitud «de éstas, expresa y determinadamente».

A pesar de estas limitaciones que podían afectar la articulación de la defensa, lo cierto es que la norma establecía la necesidad de que la acusación señalara un hecho punible con una determinada calificación y participación atribuida a los acusados. Y en el caso de la acusación particular se añadía, además, la mención de las circunstancias que influían en la pena y la petición de pena determinada. Estas disposiciones establecían una acusación que era suficiente para entender que se fijaba el objeto del proceso y, en buena medida, también, para fijar el objeto del debate sobre los elementos jurídicos, los cuales habían de ser puestos en conocimiento del acusado a

¹¹⁴⁵ Hablamos de «señalamiento de posible pena» y no de «petición de pena», ya que al ser el juzgador el que acusa, sería una especie de petición a sí mismo, lo cual no tiene sentido procesal. El único sentido es el de dar una mejor y más completa información sobre el alcance de la acusación al acusado.

¹¹⁴⁶ Nos parece que esa contradicción de exigir sólo la mención de las circunstancias modificatorias y de la pena concreta al acusador particular (art. 427), y no al acusador de oficio, revela que el legislador se resistía a reconocer que el juez instructor era a la vez acusador público, intentando ocultarlo detrás de una acusación a medias, que no pareciese totalmente acusación, optando para ello por cercenarle la parte que revela su carácter de «pretensión procesal», como es la referida a la petición de pena. Demás está decir que es peor la solución que el problema, ya que al establecer una acusación a medias todavía se afectan más las garantías del acusado, si ello es posible.

través de su notificación (arts. 430 y 448 del ACPP), y que era necesaria para articular una defensa completa respecto de todo el contenido acusatorio.

En suma, ha de concluirse que el ACPP contemplaba una acusación previa más o menos completa, que notificada al acusado le permitía preparar su defensa. Concluimos entonces que inicialmente había información de la acusación y derecho de defensa.

3.3. (Continuación) Cambio de calificación en sentencia sin planteamiento de tesis y tutela del derecho de defensa (derecho a ser informado de la acusación)

El derecho de defensa del acusado estaba inicialmente «asegurado» a través de la previa información de la acusación.

Ahora corresponde cuestionarse si esa tutela del derecho de defensa fue también prevista en relación a las modificaciones de calificación jurídica, frente a una nueva consideración jurídica no prevista en la acusación y que el juez podía tener en cuenta en la sentencia. La respuesta es simple: el ACPP no previó ninguna técnica similar a la de la tesis de la LECrim ante posibles nuevas consideraciones jurídicas que el juez podía hacer en sentencia.

La imprevisión legal no fue pasada por alto. La jurisprudencia y la doctrina se preocuparon de la cuestión, aunque sin mucha claridad de conceptos.

Cierta jurisprudencia estimó que se incurría en *ultra petita* cuando el juzgador efectuaba una calificación distinta de la realizada en la acusación. En estos casos tuvo en cuenta, principalmente, las posibilidades defensivas concretas frente al cambio de calificación¹¹⁴⁷. Esta línea jurisprudencial, que en un primer momento nos puede parecer contradictoria con la citada precedentemente que establecía que el juez podía modificar la calificación y el *petitum*, se explica y adquiere sentido si se tiene en cuenta, justamente, la deficiente tutela del derecho de defensa que otorgaba el ACPP,

¹¹⁴⁷ SSCA: Sentencia (CA de Santiago) de 18 de junio de 1963, RDJC, tomo 60, secc. 4ª, p. 280; Sentencia (CA de Santiago) de 8 de abril de 1980, RDJC, tomo 77, secc. 4ª, p. 46; Sentencia (CA de Santiago) de 28 de mayo de 1980, RDJC, tomo 77, secc. 4ª, p. 144; Sentencia (CA de Santiago) de 1 de agosto de 1984, GJ, 1984, N° 49, pp. 116-117; Sentencia (CA de San Miguel) de 22 de diciembre de 1995, GJ, 1995, N° 183, volumen 3, pp. 121-123.

ya que, como hemos dicho, éste no preveía la técnica del sometimiento a debate de la tesis de calificación jurídica distinta de la formuladas por las partes, de modo que una vez contestada la acusación precluía toda posibilidad defensiva posterior ante los cambios de calificación que hiciera el juzgador, los cuales se expresaban por primera vez en la sentencia definitiva, de manera que en este caso no se protegía el derecho de defensa frente a los posibles cambios¹¹⁴⁸. En el ACPP no existía el equivalente normativo del art. 733 ó 788, números 3 y 4, de la LECrim. En esta tesitura la jurisprudencia tenía dos posibilidades: o mantenía la opinión de que las calificaciones no vinculaban de ningún modo al tribunal y con ello toleraba el margen de indefensión que se podía ocasionar al aceptar el cambio de calificación en sentencia definitiva y sobre el cual no había ningún conocimiento previo y debate, o sostenía una posición de estricta vinculación como medio para evitar la probable indefensión por la imprevisión normativa del sometimiento de la tesis.

Como hemos dicho, la doctrina chilena¹¹⁴⁹ también reparó en esta falta de tutela del derecho de defensa y contradicción, y por ello consideró que pese a no estar el juzgador vinculado a las calificaciones realizadas por las partes en la acusación, el cambio de las mismas que podía ocurrir en sentencia, sin el sometimiento a debate y contradicción, podía ocasionar indefensión.

En resumen, se estimó¹¹⁵⁰ que había necesidad de tutela del derecho de defensa en caso de cambio del título de condena, de la forma de participación, del grado de ejecución, o de cualquier otro elemento de la calificación (agravantes), ya que el

¹¹⁴⁸ Una jurisprudencia ejemplar para el entendimiento de la cuestión es la SCA de la Serena, 12 de noviembre de 1938, GT, 1938, 2º semestre, Nº 64, p. 279. Establece que incurre en *ultra petita* la sentencia que condena por violación cuando se acusaba por rapto, ello esencialmente porque ni en el sumario ni en el plenario el imputado-acusado intentó defensa alguna en contra del delito calificado en definitiva, sino que toda su defensa se orientó a demostrar que no hubo delito de rapto, siendo evidente que de haber conocido el cargo por el delito de violación su defensa hubiera sido distinta a la que hizo para desvirtuar el cargo de rapto. Se establece que si bien el cambio de calificación no constituye vicio de *ultra petita* por sí misma en virtud del reconocimiento de las facultades de aplicación del Derecho del juzgador, eso es así en la medida que el acusado esté en posición de defenderse de la nueva calificación.

¹¹⁴⁹ AGÜERO HERRERA, Melquisedec, *Congruencia...*, cit., pp. 105-107; MEZA FIGUEROA, Pablo, *De la ultra petita...*, cit., pp. 80-83.

¹¹⁵⁰ *Ibid. cit. supra.*

derecho de defensa exigía que la parte acusada¹¹⁵¹ pudiese hacerse cargo de todas las calificaciones posibles. Por eso esta doctrina sostenía la necesidad de modificar en este aspecto la ley procesal, teniendo en consideración el modelo español. Proponían como reforma del antiguo Código la introducción de la técnica de la tesis¹¹⁵²⁻¹¹⁵³.

3.4. *Homogeneidad respecto del título de condena*

Cierta jurisprudencia¹¹⁵⁴ y doctrina¹¹⁵⁵ buscó una interpretación que evitara la falta de tutela del derecho de defensa, pero a la vez reconociera el *iura novit curia*, para lo cual matizó el problema del cambio de calificación sin planteamiento de tesis, al decir que el cambio de calificación sin tesis era posible cuando se refería a delitos de la misma especie, entendiendo que eran delitos de la misma especie aquellos que protegían un mismo bien jurídico. Por consiguiente —sostuvo esta posición— el juzgador podía condenar por un delito distinto cuando fuere de la misma especie.

Con la exigencia de la homogeneidad se pretendió evitar la indefensión del acusado frente al cambio de calificación, de modo que la homogeneidad delictiva, supuesta la inmutabilidad esencial de los hechos, suponía que la defensa articulada para el delito de la acusación podía tener los mismos efectos defensivos respecto del delito de la condena, el que teóricamente debía contener los mismos elementos y estructuras fundamentales. La coincidencia de argumentación con cierta doctrina española es

¹¹⁵¹ En el caso del sistema inquisitivo chileno el derecho de defensa sólo tenía sentido para el acusado, pues el que planteaba la acusación era el juez, de modo que él difícilmente podía verse perjudicado o sorprendido por un cambio de calificación que en definitiva hacía él mismo. La excepción a la regla era el procedimiento en que se presentaba acusación particular por el querellante, en cuyo caso sí se podía plantear la indefensión para el acusador particular por ausencia de debate de una modificación de cualquier elemento de calificación que atenuara o eximiera de la consecuencia penal.

¹¹⁵² AGÜERO HERRERA, Melquisedec, *Congruencia...*, cit. pp. 105-107; MEZA FIGUEROA, Pablo, *De la ultra petita...*, cit. pp. 80-86.

¹¹⁵³ En el NCPP se prevé la tesis para los cambios de calificación, lo cual demuestra que esa preocupación doctrinal era real y seria.

¹¹⁵⁴ SCS, 5 de junio de 1922, GT, 1922, 2º semestre, N° 101, p. 481.

¹¹⁵⁵ ALLENDE SANTELICES, Miguel, *De la jurisprudencia del recurso de casación en la forma en materia penal*, Memoria de prueba, Universidad Católica de Chile, 1962, pp. 148-149; MEZA FIGUEROA, Pablo, *De la ultra petita...*, cit., pp. 79-80.

manifiesta. Pero, en Chile, lamentablemente, su formulación fue muy incipiente, y no tuvo un desarrollo posterior.

En Chile no se planteó la cuestión fundamental de la homogeneidad como requisito que pretende tutelar el derecho de defensa, consistente en que este fin sólo se cumple cuando se trata de una homogeneidad descendente, es decir, cuando el cambio de calificación se produce porque el juzgador califica por un tipo degradado respecto del de la acusación, ya que al ser el tipo descendente o degradado, se entiende que todos los elementos típicos que lo componen están incluidos en la acusación y que, por lo tanto, se asegura que se ha podido debatir previamente sobre ellos. Pero, cuando se trata de un cambio de calificación en la sentencia hacia un tipo penal ascendente, por mucha homogeneidad que exista, el delito más grave poseerá algún elemento típico que la ley penal ha tenido en consideración para calificarlo con más gravedad; elemento típico que probablemente no esté explícitamente descrito e invocado en la acusación que acusa por un delito menos grave, de modo que el debate se producirá sobre unos elementos que no son todos los que concurrieron para dar por probado el tipo más grave, con lo cual se deja en evidencia que el cambio de calificación sin tesis, en este caso, producirá indefensión¹¹⁵⁶.

4. No existía deber de correlación con la defensa que se realizaba en la contestación de la acusación

En el sistema inquisitivo chileno la Ley daba a entender que el deber de correlación no sólo se producía con la acusación, sino también con la defensa. La norma de la correlación establecía que la sentencia infringía este deber cuando se enjuiciaban «puntos inconexos con los que hubieren sido materia de la acusación y de la defensa».

La redacción disponía que la sentencia se hallaba limitada no sólo por el hecho en que se fundaba la acusación, sino que también por los hechos o circunstancias fácticas

¹¹⁵⁶ La jurisprudencia no se planteó la cuestión señalada, sin embargo, la SCA de Punta Arenas, 31 de octubre de 1991, RDJC, tomo 88, secc. 4ª, p. 187, parecía intuir la cuestión cuando planteaba que el criterio del bien jurídico no siempre era útil a efectos de determinar la congruencia de la sentencia.

que invocaba la defensa¹¹⁵⁷, lo cual llevaba a conclusiones tan importantes como sostener que si la defensa no pedía una circunstancia atenuante, eximente o de extinción de la responsabilidad penal, o si ella no se entendía implícitamente alegada o se desprendía de las alegaciones de la defensa de acuerdo al tenor de su escrito de contestación el juzgador no podía darla por establecida en la sentencia, ya que ello implicaba extenderse y enjuiciar un «punto inconexo» con los que habían sido «materia de la defensa».

La jurisprudencia, con buen criterio, se apartó del tenor literal de la norma y mantuvo lo contrario¹¹⁵⁸, es decir, que el juzgador podía establecer en la sentencia hechos y circunstancias atenuantes, eximentes o de extinción no alegadas por la defensa, sin que ello implicase infracción del deber de correlación. El argumento esgrimido por la jurisprudencia solía ser que las circunstancias favorables (y también las desfavorables) formaban parte del «material del proceso» por disposición de la ley¹¹⁵⁹. Lo que en realidad se quería decir era que tales circunstancias forman parte del objeto del proceso por disposición de la ley (*ope legis*)¹¹⁶⁰, aunque lo correcto desde el

¹¹⁵⁷ ROJAS SEPÚLVEDA, Mario, «La sentencia definitiva en el Código Procesal Penal», en *Revista Actualidad Jurídica*, Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo, año III, N° 6, junio de 2002, Santiago de Chile, p. 240.

¹¹⁵⁸ SSCS: Sentencia de 25 de septiembre de 1944, GT, 1944, 2° semestre, N° 32, p. 151; Sentencia de 2 de noviembre de 1944, GT, 1944, 2° semestre, N° 37, p. 171; Sentencia de 9 de agosto de 1956, RDJC, tomo 53, secc. 4ª, p. 92; Sentencia de 27 de junio de 1967, RDJC, tomo 64, secc. 4ª, p. 167; Sentencia de 27 de octubre de 1967, RDJC, tomo 64, secc. 4ª, p. 302. SCA de Santiago, 14 de enero de 1997, GJ, 1997, N° 199, volumen 1, pp. 141-142.

¹¹⁵⁹ *Ibid. cit. supra*.

¹¹⁶⁰ Debemos recordar aquí la teoría de la *fattispecie* abreviada y las alegaciones implícitas de las excepciones impropias, sostenida por los profesores CAPPELLETTI y FABBRINI. Estos autores elaboran su teoría pensando en el proceso civil. Sin embargo, como hemos dicho, estimamos que sus argumentos son adecuados para el proceso penal, *vid.* CAPPELLETTI, Mauro, *La testimonianza...*, *cit.*, tomo I, pp. 343-353; FABBRINI, Giovanni, «Eccezione», *cit.*, pp. 501-518. Del mismo autor, «Eccezione di merito...», *cit.*, pp. 333-375. En virtud de estas teorías se justifica y se entiende perfectamente que el juez pueda estimar excepciones impropias que se basan en hechos impeditivos, extintivos o modificativos, sin necesidad de petición por la defensa. Esta teoría, por lo demás, está en perfecta consonancia con el rechazo de las pretensiones infundadas y, sobretudo, con la vigencia de la legalidad, cuando ésta debe primar por sobre los poderes de las partes como debe suceder en el proceso penal. En doctrina española *vid.* DÍAZ CABIALE, José Antonio, *Principios...*, *cit.*, pp. 146-149.

La doctrina señalada se basa en sostener que la ley al contener *fattispecie* simplificados describen sólo hechos constitutivos, sin embargo ella está implícitamente partiendo del supuesto de la no concurrencia de los hechos impeditivos o extintivos para que se produzca el efecto jurídico atribuido al

punto de vista de la técnica procesal habría sido sostener que en el proceso penal el objeto del proceso se determina por el hecho introducido por la acusación. Los demás hechos se debían entender introducidos al proceso a través de su implícita negación en cuanto su no concurrencia es presupuesto de eficacia de los efectos jurídicos del hecho punible alegado por la acusación¹¹⁶¹, de modo que el juzgador puede establecerlos sin modificar el objeto del proceso, haciendo uso de sus poderes de dirección material, consistentes en apreciar aquellos hechos que se desprenden de la práctica de la prueba, siempre que ello no afecte la identidad del hecho punible¹¹⁶².

Sostener lo contrario, esto es, la vinculación del juzgador a los términos de la defensa, implicaría que la defensa puede disponer de la norma penal material, y no de cualquier norma, sino que nada menos que de aquellas que establecen y regulan la antijuridicidad, la culpabilidad, la consecuencia punitiva o la extinción de la responsabilidad penal, lo cual obviamente no es admisible en la esfera del Derecho punitivo.

A mayor abundamiento, en un sistema inquisitivo, donde el que acusaba era el mismo juez, resultaba completamente injustificado establecer un deber de correlación con las alegaciones fácticas de la defensa, de manera de impedir al juez la no consideración de oficio de hechos favorables al acusado no alegados previamente por éste. La correlación con la defensa sólo podría intentar fundarse en consideración al derecho de defensa del acusador y al principio de contradicción que debiera informar el juicio penal, sin embargo en un sistema como el chileno este tipo de consideraciones eran absolutamente inadecuadas; en un sistema inquisitivo en que el acusador es el juez es totalmente imposible plantearse la indefensión de éste.

5. Correlación subjetiva: sujeto acusado

Respecto del acusado la sentencia debía guardar correspondencia con la acusación. En realidad este aspecto de la correlación no presentaba ninguna dificultad añadida,

hecho constitutivo, de modo que la afirmación de su no concurrencia ha de entenderse incluida por la norma en el objeto del proceso.

¹¹⁶¹ Vid. CAPPELLETTI, Mauro, *La testimonianza...*, cit., tomo I, p. 348.

¹¹⁶² Cfr. DÍAZ CABIALE, José Antonio, *Principios...*, cit., pp. 312-314 y 381.

pues era claro que el sujeto pasivo del proceso penal era aquél que figuraba como tal en la acusación, de modo que la sentencia sólo podía resolver sobre la responsabilidad penal que a él le cabía en los hechos imputados en la acusación.

Aunque ningún artículo lo dijera expresamente, el conjunto de normas que regulaban la materia (arts. 424, 500 y 541.10^a ACPP) sustentaban inequívocamente lo que decimos, ya que tanto en la regulación de la acusación (art. 424) como en la de la sentencia (art. 500) y la casación (art. 541.10^a) se daba por sentada la necesidad de determinación del sujeto pasivo en la acusación y la correspondencia de la sentencia con la acusación a este respecto (art. 500 y 541.10^a).

Cabe señalar que, aun cuando aparecía totalmente clara la correlación subjetiva en el sentido que la sentencia no podía dictarse sino respecto del acusado, en más de alguna ocasión se tuvieron que anular sentencias que infringían este deber¹¹⁶³.

III. EL DEBER DE CORRELACIÓN EN EL NCPP CHILENO

En las páginas precedentes hemos realizado una exposición de cómo se podía concebir el deber de correlación basado en la regulación del Código antiguo. Corresponde ahora iniciar el análisis de la misma institución, pero sobre la base de la nueva regulación procesal penal, la que presenta importantes diferencias con la anterior, debido a la notable divergencia de modelos procesales en que se inspiran.

El NCPP contempla expresamente el deber de correlación de la sentencia en sus dos aspectos esenciales: como deber de exhaustividad y como límite al poder de resolución. La exhaustividad se recoge en el art. 342, letra (e), que dispone que la sentencia debe contener la «resolución que condenare o absolviera a cada uno de los acusados por cada uno de los delitos que la acusación les hubiere atribuido». Esta norma si bien establece la exhaustividad, su redacción es incompleta, reproduciendo el defectuoso contenido gramatical del ACPP e incurriendo en su misma falta, como es la omisión del deber de exhaustividad respecto de la defensa, de todas las defensas y excepciones presentadas por la defensa del acusado.

¹¹⁶³ Así, por ejemplo, en SCS, 14 de agosto de 1984, RDJC, tomo 81, secc., 4^a, p. 101.

Nuevamente habrá que interpretar que la exhaustividad de la sentencia con la defensa se encuentra incluida en las normas que se refieren a la motivación fáctica y jurídica de la sentencia, art. 342, letras (c) y (d), aunque como hemos puesto de manifiesto, esta interpretación no es lo técnicamente adecuado si se tiene en cuenta que exhaustividad no es lo mismo que motivación.

La correlación como límite a la potestad de resolver se regula en el art. 341 que establece que la sentencia «no podrá exceder el contenido de la acusación», de manera que «no se podrá condenar por hechos o circunstancias no contenidas en ella».

Enseguida añade y aclara que esto no impide que el juzgador pueda realizar respecto del hecho una «calificación jurídica distinta» a la de la acusación o «apreciar la concurrencia de circunstancias modificatorias agravantes de la responsabilidad penal no incluidas en ella», con tal de que se hubiere «advertido» (tesis) a las partes durante la audiencia.

El tenor de la norma revela un adecuado enfoque del deber de correlación, aunque también se constatarán algunos vacíos y omisiones que conviene tener en cuenta con el fin de integrarlos adecuadamente.

1. Fundamento de la correlación como límite a la potestad de resolver

El NCPP obedece a un modelo procesal penal diametralmente opuesto al anterior. El NCPP establece un proceso penal acusatorio en el cual es al MP, luego de desarrollar la investigación preliminar, a quien corresponde acusar¹¹⁶⁴ (o solicitar el sobreseimiento).

Con este cambio se logra separar la función de investigación y de acusación de las propiamente jurisdiccionales. Es decir, ya no es el mismo juzgador el que ha de investigar, acusar y juzgar.

El motivo esencial de establecer un acusador público como el MP distinto del juez sentenciador, como es sobradamente conocido¹¹⁶⁵, obedece a la necesidad de asegurar

¹¹⁶⁴ Esto sin perjuicio del derecho de acusación del querellante particular.

¹¹⁶⁵ *Vid.* los apartados 1 y 2, I, Sección Primera, Capítulo II.

la garantía de la imparcialidad del juzgador. A partir de aquí el sentido que adquiere la acusación dentro del proceso es completamente distinto al que tenía en el sistema inquisitivo.

La configuración del nuevo proceso penal como *actus trium personarum*, a semejanza de la estructura procesal de partes del proceso civil, lograda a través de la introducción del principio acusatorio, permite obtener un proceso penal de partes realizado ante un juez imparcial. Para ello se introdujo una parte «artificial» constituida por un órgano público que representa el interés estatal o social en la aplicación del Derecho penal, y que ha de instar su aplicación a los tribunales de justicia, dándose lo que se denomina el desdoblamiento del Estado, que actúa, de una parte, como requirente y, de otra, como juzgador.

De la vigencia del principio acusatorio en el proceso penal se derivan consecuencias muy precisas. Una de ellas es el deber de correlación de la sentencia. El fundamento de la correlación en un proceso penal acusatorio parece ser más el principio acusatorio que el derecho de defensa o el principio de contradicción.

Según se verá, el derecho de defensa y principio de contradicción influirán sobre los poderes del juez, pero de una manera distinta. Influirán no tanto como límites al poder de resolución (correlación), sino más bien como presupuestos o condiciones para poder ejercer dichos poderes. Es decir, se aplicarán legítimamente estos poderes en la medida que previamente se haya respetado el derecho de defensa y a contradecir ampliamente sobre todas las cuestiones fácticas y jurídicas que se resuelven en sentencia.

Por el contrario, en lo que dice relación con la necesidad de que el juez resuelva limitado al hecho punible atribuido al acusado, sin introducir modificaciones sustanciales, ello resulta del principio acusatorio, es decir, de la actividad de acusación y de la separación de las funciones acusadoras de las enjuiciadoras. En efecto, conforme al principio acusatorio corresponde al acusador el planteamiento del objeto del proceso, lo cual realiza a través de su acusación. Entonces la sentencia ha de limitarse a ese objeto procesal y no podrá extenderse a otro o modificarlo sustancialmente, pues ello supondría saltarse los límites de la acusación y asumir la función acusadora. En esto hay una diferencia importante con la correlación del antiguo Código. Previamente vimos que la correlación regulada en el ACPP se intentaba fundar en el derecho de defensa y en el principio de contradicción, pero esto

obedecía a la manifiesta imposibilidad de justificar la institución en el principio acusatorio. La misma naturaleza del sistema inquisitivo en donde la función acusadora la asume el juez, impone a la correlación un sentido distinto. Como hemos visto, la correlación opera más como una preclusión que afecta a la potestad acusadora del juez-acusador, consistente en que una vez que el juez acusa por un hecho determinado se agota su potestad acusadora. Esta correlación-preclusión tiene como finalidad asegurarle al acusado que la acusación previa y notificada es la que se va a enjuiciar y que a ella se debe atener en su defensa. El juez ya no puede modificar su acusación y por tanto su resolución se ha de sujetar a ésta. Sin embargo, no se podría decir que hay una relación de limitación entre acusación y sentencia; a lo más habría una *auto-limitación* del juez-acusador.

1.1. El principio acusatorio y las consecuencias que derivan de su vigencia. Explicaciones

La doctrina más autorizada ha señalado un significado muy definido al principio acusatorio, sin pretender que la invocación del mismo valga para resolver cualquier problema que se suscita en un proceso. Concretamente, el principio acusatorio impondría el cumplimiento de tres exigencias básicas al proceso¹¹⁶⁶. La primera de ellas es que «no puede atribuirse al juzgador poderes de dirección material del proceso que cuestionen su imparcialidad». Esta cuestión sólo nos interesa de un modo tangencial, con el fin de conocer de qué manera influyen los poderes oficiales del juez en un sistema acusatorio a la hora de determinar o influir en el objeto del proceso.

La segunda consecuencia consiste en que «no puede haber juicio oral si no hay acusación formulada por persona ajena al tribunal sentenciador». Es una directa manifestación del principio acusatorio y tiene estrecha relación con la correlación y con la vinculación de la sentencia a la calificación jurídica de la acusación.

En tercer lugar, del principio acusatorio se deriva el enunciado estricto de la correlación: «que no puede dictarse sentencia ni por hechos distintos de los acusados ni respecto de persona distinta de la acusada».

¹¹⁶⁶ Vid. MONTERO AROCA, Juan, «El principio acusatorio...», *cit.*, pp. 780-786.

1.1.1. No pueden atribuirse al juzgador poderes de dirección material del proceso que cuestionen su imparcialidad

Como hemos dicho¹¹⁶⁷, los poderes de dirección material son aquellas potestades judiciales que afectan al objeto del proceso. Referidas estas potestades al objeto del proceso pueden representar un problema para la vigencia del principio acusatorio.

El juez ejerce los poderes de dirección material de dos maneras. La primera, mediante la aportación de hechos al proceso, y la segunda, a través de la aportación de prueba sobre los mismos¹¹⁶⁸.

Respecto a la potestad de aportación de hechos, ésta se debe poner en relación con el principio acusatorio en cuanto forma de obtener la posición de imparcialidad del juez. Esta consideración ha de hacernos concluir que su intromisión en la determinación del objeto procesal debe estar prohibida. La «aportación de hechos no puede corresponder al juez»¹¹⁶⁹, ya que el objeto del proceso debe ser introducido por la parte acusadora, de modo que cualquier actividad judicial tendente a la introducción de éste debe ser desechada. Dicho de otro modo, la exclusión de estos poderes materiales del juez está plenamente justificada en la vigencia del principio acusatorio. En último término, por la necesidad de imparcialidad del tribunal. Así, el que acusa introduce el objeto del proceso y éste debe ser un órgano distinto del juzgador¹¹⁷⁰.

Con todo, lo anterior no quiere decir que el juez quede absolutamente impedido de estimar cualquier hecho que no haya sido alegado por la acusación o la defensa. Al contrario, el juez debe estimar de oficio ciertos hechos cuando fluyan de la prueba, aunque no hayan sido alegados por las partes. Nos referimos a aquellos que hemos denominado accesorios (un hecho modificador, por ejemplo) y aquellos otros que se entienden pertenecer al objeto del debate sin necesidad de expresa alegación (hechos impeditivos o extintivos). En consecuencia, la prohibición se refiere sólo a la

¹¹⁶⁷ Vid. apartados 1 y 2, I, Sección Primera, Capítulo II.

¹¹⁶⁸ MONTERO AROCA, Juan, «El principio acusatorio...», *cit.*, pp.784-785; ROXIN, Claus, *Derecho procesal penal, cit.*, pp. 99-100.

¹¹⁶⁹ MONTERO AROCA, Juan, «El principio acusatorio...», *cit.*, p.785; ROXIN, Claus, *Derecho procesal penal, cit.*, pp. 86-87.

¹¹⁷⁰ MONTERO AROCA, Juan, «El principio acusatorio...», *cit.*, pp.784-786; ROXIN, Claus, *Derecho procesal penal, cit.*, pp. 86-87.

aportación de hechos punibles nuevos o sustancialmente diversos de los introducidos por la acusación¹¹⁷¹.

En cuanto a la segunda manifestación de los poderes materiales del juez, que es la aportación de prueba sobre los hechos, el criterio que prima en las principales legislaciones de Europa continental¹¹⁷² es que la aportación de prueba de oficio no constituye, necesariamente, infracción del principio acusatorio, ni constituye en sí misma una causa de falta de imparcialidad, de manera que es perfectamente admisible que el juez conserve cierta potestad para aportar prueba al proceso. MONTERO AROCA¹¹⁷³ considera expresamente que este poder material del juez no afecta la imparcialidad. Dice que «una cosa es que el juez pueda determinar el contenido fáctico de la acusación, introduciendo hechos que se imputen al acusado, lo que sí afectaría a su imparcialidad, y otra cosa muy distinta es que, siempre respecto de los hechos acotados por los acusadores, pueda colaborar para determinar la existencia o inexistencia de los mismos».

Sin embargo, como también hemos dicho¹¹⁷⁴, en el caso del NCPP se ha restringido la prueba de oficio hasta el punto de su casi absoluta desaparición. En un principio no fue así, ya que en el Proyecto de Código se establecían facultades probatorias en poder del tribunal para ordenar prueba de oficio o para intervenir en la práctica de la misma.

En concreto, el Proyecto reconocía la prueba de oficio y la intervención en la práctica de la prueba por parte del tribunal en los siguientes casos:

1º. El art. 365 establecía que el tribunal podía ordenar de oficio una declaración complementaria de testigo o perito.

2º. El art. 373, a su turno, facultaba al tribunal para ordenar prueba no pedida oportunamente, pero que considerare indispensable para el esclarecimiento de los hechos.

¹¹⁷¹ Estas materias se tratarán más adelante con detalle.

¹¹⁷² Así en la LECrim española, art. 729 de la LECrim; en la StPO alemana, § 244 ap. 2; en el CPP italiano, art. 507; en el CPP portugués, art. 340.1.

¹¹⁷³ MONTERO AROCA, Juan, «El principio acusatorio...», *cit.*, pp.785-786.

¹¹⁷⁴ *Vid.* apartados 1 y 2, I, Sección Primera, Capítulo II.

3º. Por último, el art. 364 disponía que los miembros del tribunal pudieran hacer preguntas a los testigos y peritos, con lo cual también se les reconocía la facultad de participar en la práctica de la prueba.

El texto aprobado y promulgado en definitiva eliminó casi completamente estos poderes de oficio para incorporar prueba o intervenir en su práctica. En el NCPP sólo subsistió la facultad de intervenir en la práctica de la prueba de testigo y pericial mediante la formulación de preguntas a éstos, pero una vez que han sido examinados por las partes, art. 329.

También hay que mencionar como excepción la introducción por el art. 337 de una especial modalidad del medio de prueba de «inspección personal u ocular», por el cual el tribunal puede constituirse de oficio en un lugar distinto de la sala de audiencias para apreciar ciertas circunstancias fácticas. La norma establece que el tribunal podrá disponer su constitución en sitio distinto de la sala cuando lo considerare oportuno para la adecuada apreciación de determinadas circunstancias relevantes del caso.

1.1.2. No puede haber juicio oral (¿o condena?) si no hay acusación formulada por persona ajena al tribunal juzgador

La doctrina dice que también es consecuencia de la vigencia del principio acusatorio la regla de que no puede haber juicio oral (o condena) sin acusación formulada por sujeto ajeno al tribunal.

La exigencia es elemental y en principio no parece discutible. No obstante, se nos plantean dudas respecto de su amplitud, parecidas a las que se producen en el caso español¹¹⁷⁵, en el sentido que podría haber una reformulación de la regla, desde la clásica regla de «sin acusación no puede haber juicio oral» a la de «sin acusación no puede haber condena»¹¹⁷⁶, con los consecuentes efectos que ello entrañaría, principalmente referido a la petición de absolucón o a la retirada de la acusación. Para los que sustentan que lo que exige el principio acusatorio es que no haya juicio oral sin

¹¹⁷⁵ Para un análisis en detalle *vid.* lo dicho en el apartado 2, I, Sección Primera, Capítulo II, dedicado al estudio del «término de comparación», donde se analiza en detalle las conclusiones provisionales, conclusiones definitivas y la retirada de la acusación o petición de absolucón.

¹¹⁷⁶ *Vid.* la crítica de MONTERO AROCA, Juan, «El principio acusatorio...», *cit.*, pp. 781-782.

acusación, la petición de absolución o la retirada de la acusación, una vez presentada la acusación y abierto el juicio oral, no impide al juzgador condenar, porque la acusación ya produjo su efecto primordial que es la apertura del juicio oral y la introducción del objeto del proceso que se debe resolver¹¹⁷⁷.

A la inversa, para los que piensan que el principio acusatorio impone que no se puede condenar sin acusación, concluyen que la petición de absolución o la retirada de la acusación vincula al juzgador, quien se encuentra obligado a dictar sentencia absolutoria, ya que consideran que el objeto del proceso o la pretensión procesal se interpone perfectamente en las calificaciones definitivas, de modo que si en éstas se abandona la pretensión y se pide la absolución o se retira la acusación el proceso quedaría sin objeto o pretensión¹¹⁷⁸. Esta es la posición predominante en la jurisprudencia española, la cual también ha sido recogida por el legislador español en la LOTJ¹¹⁷⁹.

El NCPP no ha previsto regulación alguna sobre la petición de absolución o retirada de la acusación y acerca de sus posibles efectos, con lo cual habrá que recurrir a la interpretación teleológica e integradora de las normas procesales. Para ello se debe tener en cuenta que el nuevo Código se inspira en principios básicos referidos a la acción penal y a la acusación como son el principio acusatorio, el de legalidad y el de objetividad.

¹¹⁷⁷ Vid. GÓMEZ ORBANEJA, Emilio, *Comentarios...*, cit., tomo I, pp. 188-197; SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, «El juicio oral», cit., pp. 776-777; MONTERO AROCA, Juan, «El principio acusatorio...», cit., p. 781; ORTELLS RAMOS, *Derecho jurisdiccional, III. Proceso penal*, cit., tercera edición, p. 409, entre los que mantienen que el principio acusatorio supone que no puede haber juicio oral sin acusación, sosteniendo que en caso de petición de absolución o retirada de la acusación el juzgador puede condenar. En la doctrina chilena CAROCCA PÉREZ, Alex, «Congruencia...», cit., pp. 306-307; HORVITZ LENNON, María, *Derecho procesal penal* (con López Masle), tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004, pp. 328-331.

¹¹⁷⁸ Vid. AGUILERA DE PAZ, Enrique, *Comentarios...*, cit., tomo V, pp. 512-515; FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, «Algunas notas...», cit., pp. 831-833, quienes sostienen, con matices, que no se puede condenar sin acusación, con lo cual estiman que frente al retiro de la acusación o petición de absolución se debe dictar sentencia absolutoria.

La jurisprudencia española viene sosteniendo desde largo tiempo esta posición.

¹¹⁷⁹ Vid. apartado 2, I, Sección Primera, Capítulo II, dedicado a este mismo tema respecto del sistema español.

A este respecto, en el NCPP se presentan dos problemas que están unidos, pero que son diferentes. Por una parte está el problema de determinar si el acusador, tanto público como privado, puede o debe pedir la absolución o retirar la acusación después que ha interpuesto acusación. Y por otra parte está el problema de precisar qué efectos tendrían dichos actos.

La primera cuestión referida a la posibilidad de pedir la absolución o retirar la acusación nos la planteamos desde la perspectiva del principio acusatorio vinculado a los principios de legalidad y de objetividad.

El principio acusatorio se materializa en diversas normas, pero las más elementales son aquellas que disponen que la acción penal pública y la acusación pública hayan de ser interpuestas y sostenidas por el MP (arts. 53, 77 y 248 del NCPP y art. 1 de la LOCMP)¹¹⁸⁰.

En lo que nos interesa, el acusador público (y eventualmente el acusador particular) interpone la acusación antes de la apertura del juicio oral, de modo que su acusación inicial se produce antes de la práctica de la prueba en el juicio. Consiguientemente, la acusación se formula y se funda en el mérito de la investigación fiscal.

Pues bien, a continuación de la acusación pública (y particular) se prevé un segundo momento procesal denominado alegato de apertura, al inicio de la audiencia del juicio oral, también antes de que se practique la prueba (art. 325 inciso final), en el cual se debe sostener la acusación deducida con anterioridad. Cabe preguntarse si este acto procesal, en este momento inicial del juicio, puede ser el adecuado para que el acusador público pida la absolución o el acusador particular retire su acusación. A nuestro parecer la respuesta debe ser negativa. No es posible utilizar el trámite del alegato de apertura para realizar estas actuaciones.

El hecho de que el alegato de apertura se produzca al inicio de la audiencia del juicio oral, antes de la práctica de la prueba, debe hacernos pensar que en este acto no se puede producir ni aceptar ningún cambio en la formulación de la acusación, sino, más bien, debería constituir una oportunidad para presentarla oral y resumidamente, con la finalidad de facilitar la fluidez del debate del juicio, como se desprende del

¹¹⁸⁰ Ley Orgánica del Ministerio Público.

mismo tenor del art. 325, inciso final, que habla de que se concederá la palabra al fiscal para que «exponga su acusación» y luego al querellante para que sostenga la suya. De tal suerte que, en nuestra opinión, el alegato de apertura no es el acto idóneo para pedir la absolución o retirar la acusación, pues las circunstancias que motivaron la acusación permanecen inmutables, sin que haya ningún nuevo elemento de juicio —de prueba— que pueda justificar estas peticiones.

Sin embargo, después de practicada la prueba se prevé un tercer momento procesal para las partes, denominado alegato final, art. 338 inciso 1°. Este acto está puesto en este punto del desarrollo del juicio, después del resultado de la prueba, para que las partes concluyan lo que estimen procedente de acuerdo al resultado probatorio. Es evidente el propósito de la Ley de establecer la oportunidad procesal para que las partes formulen sus conclusiones a la luz de los resultados de la prueba, cuando dice el art. 338 inciso 1° que el alegato final consiste en que las partes «expongan sus conclusiones». Pues bien, esas «conclusiones» han de ser aquellas que en uno u otro sentido se desprendan del resultado probatorio¹¹⁸¹. Por eso, a nuestro juicio, es éste el momento procesal para hacer las modificaciones procedentes, incluidas las posibles peticiones de absolución o retiradas de acusación.

Ya tenemos la oportunidad procesal en la que sería posible pedir la absolución o retirar la acusación. Cabría plantearse, ahora, si para el MP¹¹⁸² esto es facultativo o si debe entenderse que pesa sobre él un deber en este sentido, si de las pruebas se desprende que falta algún elemento jurídico penal (hecho probado no delictivo o falta de responsabilidad penal, por ejemplo) o procesal (falta de prueba de algún elemento sustancial) necesario para condenar.

La aplicación de los principios de legalidad y de objetividad en la actuación del MP nos llevan a una consecuencia ineludible, como es que estos principios impiden

¹¹⁸¹ Un sistema realmente acusatorio debe requerir que la imputación precisa sea siempre actualizada al resultado probatorio por parte del órgano de acusación pública, de modo que el establecimiento de una acusación previa a la prueba e invariable es, en sí misma, una contradicción con el modelo acusatorio, pues en él la acusación (imputación) de ha de basarse en último término en el resultado probatorio del juicio. *Vid.* RAFARACI, Tommaso, *Le nuove...*, *cit.*, pp. 1-31.

¹¹⁸² Es evidente que para el acusador particular no pesa un deber a este respecto, aunque por consideraciones de ética profesional el letrado de la acusación particular debiera aconsejar a su defendido la retirada de la acusación.

sostener una acusación en contra de la evidencia probatoria y en perjuicio del acusado, ya que de otra manera se arribaría al absurdo interpretativo de concluir que el MP está obligado o puede sostener una acusación que en su convicción no tiene fundamento fáctico o jurídico. La función acusadora no se puede exacerbar hasta el punto de que su ejercicio llegue a anular los principios de legalidad y de objetividad (el MP vela por la correcta aplicación de la ley, con arreglo al art. 77 del CPP del 2000 y 3 de la LOCMP). En virtud de estos principios el acusador público sólo puede pretender en juicio la condena del culpable, no la condena del acusado¹¹⁸³⁻¹¹⁸⁴. Consecuentemente, habría que concluir que el MP, como mínimo, tiene el deber de retirar la acusación cuando ésta deja de tener fundamento, aunque si nos tomamos en serio el principio de objetividad habría de concluirse que sería preciso que el MP solicitara la absolución en este supuesto.

En efecto, todas las normas constitucionales y legales le atribuyen al MP la acción penal pública para que la ejerza en la forma prevista y regulada en la ley. Pues bien, el art. 166 del NCPP establece que la debe ejercer de oficio cuando tomare conocimiento de un hecho que revistiere caracteres de delito, pero no en otro caso. Es decir, para el NCPP el presupuesto de la acción (pretensión) es la probable comisión de un delito según la misma ley lo dispone, con lo que habría que deducir que si en algún momento, especialmente después de practicada la prueba, se dilucida la inexistencia del presupuesto de la acción (pretensión), ésta pierde sustento legal, y eso se tiene que reflejar en el acto apropiado: la petición de absolución o retirada de la acusación en los alegatos de clausura en que se presentan las conclusiones (art. 338).

Resuelto que el acusador debe pedir la absolución (o retirar la acusación) cuando el resultado de la prueba lo reclama, en razón de los principios de legalidad y de

¹¹⁸³ Vid. CALAMANDREI, Piero, «Il concetto di "lite" nel pensiero di Francesco Carnelutti», *cit.*, pp. 15-17; PAOLI, Giulio, «Nozione di lite nel processo penale», *cit.*, p. 67; SARACENO, Pasquale, *La decisione sul fatto incerto nel processo penale*, *cit.*, p. 217; FORTUNA, Ennio, *Manuale pratico del nuovo processo penale*, *cit.*, pp. 48-49.

¹¹⁸⁴ Estos principios reciben sanción explícita en varias normas que mandan e imponen al MP ejercer sus funciones con sujeción a la ley y al principio de objetividad, en especial las que dicen relación con la acción penal pública, con reconocimiento incluso de rango constitucional, art. 80 A de la CPR y en un sentido general en el art. 6 de la misma Constitución, que somete a la legalidad a todos los órganos del Estado. A nivel legal, estos principios tienen aplicación concreta en los arts. 53, 77, 166, 248 del NCPP, y arts. 1, 2 y 3 de la LOCMP.

objetividad, se nos plantea la cuestión de la vinculación del juzgador a la petición de absolución.

Solucionar esta cuestión en el NCPP reclama tener en cuenta una cuestión muy precisa. Nos referimos a la idea básica de que el objeto del proceso se introduce por la acusación que se interpone una vez cerrada la investigación, y que dicho objeto se identifica por el hecho punible atribuido al acusado, quedando excluido del mismo la calificación jurídica. De ahí deriva que la calificación jurídica del hecho que se realiza en la acusación no debiera vincular al juzgador, como por lo demás lo proclama el art. 341 del CPP. Este artículo establece con toda claridad que la calificación jurídica no vincula al juzgador, sino en lo que respecta a la esencialidad del hecho punible, pudiendo dar al hecho una calificación jurídica distinta, pero advirtiendo a las partes durante la audiencia para que puedan debatir la calificación que les propone. Lo mismo debiera ocurrir en el caso de que el acusador considere pertinente la petición de absolución o la retirada de la acusación, debiendo entenderse como una cuestión jurídica que el tribunal podría perfectamente calificar de otra manera, desestimando la petición de absolución o los efectos de la retirada, siempre que se produzca el sometimiento a debate de la calificación del tribunal.

Por otra parte, si se contrapone el argumento de que en la práctica estas peticiones de los acusadores tienen relación, más que con la calificación jurídica de los hechos, con la valoración de la prueba producida en el juicio, en el sentido de estimarla como insuficiente para dar por probado todos y cada uno de los elementos fácticos-jurídicos en que reposa la acusación, de manera que la petición de absolución o la retirada de la acusación, significa, antes que una cuestión de calificación jurídica, una valoración de los acusadores de insuficiencia del mérito probatorio, esta argumentación de todas formas nos ha de llevar a la misma conclusión, es decir, que al igual que el argumento basado en la calificación jurídica, la valoración de la prueba la debe realizar el juzgador en la sentencia definitiva, no quedando condicionada o limitada por la valoración de la prueba que hagan las partes en sus actos de postulación ni en ningún otro acto jurídico procesal de obtención, pues la valoración del mérito de la prueba es la espina dorsal del juicio jurisdiccional en el cual el juzgador es soberano, con la única limitación de resolver conforme a Derecho. Y así, por lo demás, se desprende del art. 297 del NCPP que establece la libre valoración de la prueba.

Éstas son las reglas que corresponde aplicar en la hipótesis de petición de absolución o de retirada de la acusación. Es decir, si el fiscal aprecia que no hay delito o no hay responsabilidad o no hay suficiente prueba para condenar, esto no deja de ser una calificación y/o de valoración de la prueba, cuestiones que en último término deben ser resueltas por el juez, según sus propias facultades jurisdiccionales. Lo contrario implicaría la entrega de la misma calificación jurídica o de la valoración de la prueba al acusador, pudiendo en la práctica imponer el pronunciamiento de sentencias absolutorias al juzgador, produciendo una privación de las facultades jurisdiccionales. En este caso, el fiscal se convertiría en el sujeto que resuelve la causa penal, sustrayéndole al juez su más básica potestad¹¹⁸⁵.

Las razones precedentes son las que nos hacen desestimar una visión del «principio acusatorio más exigente», como la que ha pretendido la ley y la jurisprudencia española (aunque con importantes resistencias en la doctrina)¹¹⁸⁶, en el sentido que su vigencia impondría la necesidad de que hasta el último momento del juicio se deba de sostener la acusación, de modo tal que si ésta es retirada o cambiada por una petición de absolución, el principio acusatorio impondría al juez el deber de dictar sentencia absolutoria.

En cualquier caso, la problemática de la distribución de poderes entre acusador y juzgador en la aplicación de la Ley penal es un tema que requiere de un serio y técnico debate, que ha de pasar por complejas valoraciones legales, constitucionales y políticas. Lamentablemente en Chile aún no se ha desarrollado el debate ni tampoco las valoraciones señaladas¹¹⁸⁷.

¹¹⁸⁵ Argumentos parecidos insinúa ORTELLS RAMOS, *Derecho jurisdiccional, III. Proceso penal, cit.*, tercera edición, p. 409. En Chile CAROCCA PÉREZ, ALEX, «Congruencia...», *cit.*, pp. 306-307. Con todo, recuérdese que en el nuevo sistema chileno se le reconocen al MP ciertas facultades de oportunidad en el ejercicio de la acción penal, pudiendo incluso abandonarla durante la investigación, decisión que produce efecto extintivo de la acción penal, conforme se regula en la hipótesis del art. 170 del CPP, pero sujeto al principio de legalidad y al control jurisdiccional del juez de garantía.

¹¹⁸⁶ *Vid.* a este respecto la parte española de esta investigación: apartado 2, I, Sección Primera, Capítulo II.

¹¹⁸⁷ Salvo las excepciones de CAROCCA PÉREZ, Alex, «Congruencia...», *cit.*, pp. 306-307; HORVITZ LENNON, María, *Derecho procesal penal chileno, cit.*, tomo II, pp. 328-331.

1.2. No se puede dictar sentencia por hechos distintos de los acusados ni respecto de persona distinta de la acusada

La tercera manifestación del principio acusatorio es que no se puede dictar sentencia ni por hechos distintos de los acusados ni respecto de persona distinta de la acusada. Corresponde a lo que en propiedad se denomina deber de correlación en cuanto límite a la potestad de resolver.

A nuestro juicio esta expresión del principio acusatorio constituye la consecuencia refleja de las dos anteriores. Como hemos dicho, si es el acusador el que introduce los hechos al proceso mediante la acusación, y por el mismo principio se añade la exigencia de que no hay juicio sin ésta, resulta lógico arribar a la tercera consecuencia del mismo, consistente en que la sentencia tiene que resolver sobre aquello que se le ha sometido en la acusación, y no sobre otra cosa.

El deber de correlación lo hemos enunciado en un sentido estricto como la relación de limitación que impone el contenido fáctico de la acusación a la sentencia.

Separadamente analizaremos los condicionamientos a que pueden verse sometidos los poderes del juez respecto del contenido jurídico de la acusación y de la defensa, lo cual se relaciona ya no con el principio acusatorio, sino principalmente con la vigencia del derecho de defensa y del principio de contradicción que inciden en todo el objeto del debate en el juicio, y no solamente en el contenido fáctico del mismo.

Pues bien, si la correlación en sentido estricto se ciñe a regular la relación que impone el contenido fáctico de la acusación a la sentencia, habrá que estudiar en primer lugar el término limitador de la sentencia (la acusación), para luego atender a la manera y a la amplitud en que concretamente se ve limitado el poder del juez en la sentencia: el término limitado.

1.2.1. Forma en que surge la acusación en el proceso: relación entre la formalización de la investigación y la acusación

El NCPP establece la vinculación de la acusación a la formalización de la investigación. La acusación pública o particular no puede exceder el contenido de la formalización de la investigación en lo que se refiere al hecho punible y al sujeto imputado.

Respecto del hecho punible sólo se puede formular acusación por el mismo hecho o hechos de la formalización de la investigación o por una parte de él o ellos, pero no se puede acusar por uno esencialmente distinto, con lo cual nuevamente se pone de manifiesto la progresiva y paulatina depuración del objeto del proceso durante todo el juicio hasta llegar a la más perfecta formulación del mismo en la acusación. Es así que el primer acotamiento del objeto procesal se produce con la formalización de la investigación, que ha sido fruto de la investigación previa del MP, constituyendo un referente limitador para las facultades de acusación.

Veamos precisamente cómo se da esta vinculación. En primer lugar, cabe hacer presente que la formalización de la investigación es definida por la Ley como la «comunicación que el fiscal efectúa al imputado, en presencia del juez de garantía, de que desarrolla una investigación en su contra respecto de uno o más delitos determinados», según lo dice el art. 229 del NCPP¹¹⁸⁸.

El tenor del art. 229, al decir que la formalización es una comunicación al imputado de que se «desarrolla una investigación en su contra respecto de uno o más delitos», pareciera dar a entender a primera vista como que la formalización de la investigación tuviera por objeto uno o más delitos, según explícitamente dispone el artículo mencionado. No obstante, y a pesar del tenor gramatical de la disposición, ello no deja de ser nada más que un error o imprecisión en el uso de la terminología jurídica por parte del legislador, pues, como se sabe, en la investigación preliminar se trata de esclarecer unos hechos que revisten caracteres de delito, por lo que difícilmente se podría formalizar una investigación por delitos determinados si en esta etapa procesal ni tan siquiera se conoce con precisión el núcleo fáctico, siendo esto justamente el objeto de la investigación, según lo expresa el art. 166 cuando dice que si el MP toma conocimiento de un «hecho que revistiere caracteres de delito, promoverá la persecución penal».

Por otra parte, si alguna duda cupiera todavía sobre el sentido de la redacción del art. 229 referida a los delitos y no al hecho punible como debiera, ella se disipa definitivamente cuando se revisa el artículo 259 inciso final, que precisamente

¹¹⁸⁸ La finalidad esencial de este acto es garantizar los derechos del imputado, y su principal efecto es que desde este momento se puede realizar una investigación con limitación de derechos fundamentales, pero bajo el control jurisdiccional del juez de garantía.

establece la vinculación de la acusación a la formalización de la investigación referida a los hechos contenidos en la formalización, y no a los delitos. En efecto, esta norma vincula la acusación a los hechos contenidos en la formalización, pero estableciendo que se puede hacer una calificación distinta de los mismos en la acusación. Estos términos afirman lo dicho desde un doble punto de vista: primero, positivo, pues afirma que la vinculación es a los hechos, y, segundo, negativo, pues establece que en la acusación se puede calificar el hecho de un modo distinto.

Con relación al sujeto imputado-acusado el NCPP —del mismo modo como acontece con la acusación y el auto de procesamiento en el ACP— sanciona la estrecha vinculación entre éstas, de manera que no puede acusarse sino al imputado contra el cual previamente se ha formalizado la investigación y por los hechos ahí imputados, conforme lo ordena el art. 259 inciso final con relación al art. 229.

Como hemos dicho, el art. 229 señala el significado y contenido de la formalización, al disponer que «es la comunicación que el fiscal efectúa al imputado» de que desarrolla actualmente una investigación en su contra respecto de uno o más hechos punibles. Este acto del MP que formaliza la investigación sometiéndola a control jurisdiccional está concebido como una garantía fundamental para el imputado. La proyección de la garantía es la de limitar las facultades de acusación en los términos que se prevé en el art. 259 inciso final, en orden a que es menester, en primer lugar, formalizar la investigación respecto de algún sujeto imputado, para que, en segundo lugar, se pueda acusar al que previamente se imputó en la formalización, y no a otro ni por otros hechos que los imputados.

Cabe aclarar, sin embargo, que la relación entre acusación y formalización no forma parte de la correlación, sino que se trata de una cuestión bien distinta¹¹⁸⁹. En efecto, la relación entre acusación y formalización es consecuencia de la progresiva precisión y depuración del objeto del proceso y de la garantía procesal de la defensa, ya que al establecerse que sólo se puede plantear acusación respecto de hechos y sujetos previamente imputados (formalizados), se otorga eficacia concreta al derecho a conocer desde el primer momento la acusación (imputación) y a defenderse

¹¹⁸⁹ En Chile se suele confundir con bastante frecuencia esta cuestión con lo que se denomina congruencia o correlación.

eficazmente de la misma. Esto asegura que el juicio se ha de celebrar sólo respecto de hechos que han sido imputados previamente y conocidos oportunamente. De ahí la necesidad de establecer que un acto previo de imputación fiscal vincule al mismo fiscal a la hora de plantear la acusación: la relación de la acusación con la formalización revela los límites que impone ésta a aquélla, ambas formuladas por el acusador, que se ve limitado por su propia imputación precedente al momento de acusar. Ello, por el contrario, nada tiene que ver con el principio acusatorio, pues éste supone que el acto del acusador imponga sus límites al enjuiciamiento del juzgador: este enjuicia la acusación del acusador (y no otra cosa). Se trata entonces de un límite impuesto al juez por la acusación (por el acusador). Esta es la fuente de la correlación.

Con todo, nos hemos referido a la relación de la acusación con la formalización con el fin de esclarecer de dónde puede surgir aquélla y cuál puede ser su contenido. Una vez establecida esta cuestión, corresponde concluir que a la correlación le interesa la acusación ya formulada.

1.2.2. La acusación como término de correlación (comparación) limitador

La acusación es el término de correlación (comparación) limitador de la sentencia en cuanto es el acto de postulación por el cual se fija con precisión el objeto del proceso, es decir, el hecho atribuido al acusado, además de la calificación jurídica del mismo (art. 341).

En el caso del Derecho español, conforme se ha interpretado la LECrim por la jurisprudencia y la doctrina¹¹⁹⁰ —y lo mismo en el Derecho italiano¹¹⁹¹ y alemán¹¹⁹²—, se establece que el término de correlación (comparación) son las calificaciones

¹¹⁹⁰ Nos remitimos a los dos capítulos precedentes que exponen en detalle la cuestión en la LECrim.

¹¹⁹¹ En el *Codice di procedura penale*, art. 521. Vid. FASSONE, Elvio, *Manuale Pratico del nuovo processo penale* (con Fortuna, Dragone, Giustozzi y Pignatelli), Cedam, 3ª edic., Padova, 1993, pp. 845-847; RAFARACI, Tommaso, *Le nuove...*, cit., pp. 33 y ss.; CORDERO, Franco, *Procedura penale*, cit., pp. 449-455; CALAMANDREI, Iolanda, «Diversità del fatto...», cit., pp. 643 y ss.; GIANNITI, Pasquale, «Rilievi sul fatto...», cit., pp. 412 y ss.; GIARDA, Angelo y SPANGHER, Giorgio, *Codice di procedura penale...*, cit., pp. 1463 y ss.

¹¹⁹² En la StPO alemana se debe tener presente la exquisita regulación de los párrafos 264 y 265. Vid. ROXIN, Claus, *Derecho procesal penal*, cit., pp. 160-161; GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis, *El proceso penal alemán...*, cit., pp. 39-42 y 366-367.

definitivas o la imputación o acusación como se presente después de la vista del juicio oral y una vez practicada la prueba, ya que tras el resultado probatorio puede haber necesidad de reformular parcialmente la acusación, de modo que sólo después de este momento se tiene la acusación definitivamente depurada y establecida. La sentencia debe guardar correlación con esta acusación.

El NCPP dispone que la acusación se interponga, si es que hay mérito para ello, una vez concluida la etapa de investigación, con arreglo a lo dispuesto en el art. 259. En esta regulación, no obstante, el NCPP deja abierto un punto que a nuestro juicio puede traer un cierto grado de incertidumbre si no se intenta esclarecer. Nos referimos a la falta de previsión normativa expresa de una oportunidad posterior a la práctica de la prueba que tenga la finalidad de adecuar las conclusiones fácticas y jurídicas de la acusación inicial —art. 259¹¹⁹³—, ya que ésta se basa en puros antecedentes de la investigación: fuentes probatorias que todavía no han producidos sus efectos jurídicos en el juicio, de modo que la acusación inicial es una acusación con base en conjeturas sobre lo que será la prueba. De ahí su radical provisionalidad. Analizadas las cosas desde esta perspectiva se muestra absurdo proponer que la falta de expresa regulación de un segundo acto acusatorio pueda implicar la intención del legislador de establecer un sistema de preclusión acusatoria rígida previo a la misma producción de prueba.

Entonces, la acusación inicial que se realiza en la etapa intermedia o de preparación del juicio oral es una acusación provisional en cuanto no puede recoger las modificaciones que probablemente sea menester realizar, considerando el resultado probatorio.

Establecida la provisionalidad de la acusación precedente necesitamos encontrar el acto y el momento procesal oportuno en el cual se debe interponer la acusación definitivamente, con el fin de saber precisamente cuál es el término de comparación de la sentencia. Ésta ha de ser la acusación planteada definitivamente en el juicio oral.

La Ley procesal chilena, empero, guarda silencio normativo, silencio que nos obliga a hallar una solución razonable a este respecto.

¹¹⁹³ La acusación que nosotros denominamos inicial es la única acusación prevista explícitamente en el nuevo CPP, denominada «acusación» a secas.

Después de la acusación y ya dentro del juicio oral, hay dos actos de parte acusadora fundamentales. Uno al inicio de la audiencia del juicio y otro al final. El acto inicial que se ha denominado «alegato de apertura» (art. 325), es un acto oral de alegación que tiene lugar al inicio de la audiencia, con la evidente finalidad de presentar oral y resumidamente la acusación inicial, y además tiene, a nuestro juicio, el propósito de centrar e introducir a las partes y al tribunal en las cuestiones sustanciales del juicio penal, siendo útil a la dinámica de la oralidad y de la inmediatez. Es decir, sirve para «presentar el caso» y las tesis fácticas y jurídicas sostenidas y que se han de debatir y probar.

En este momento procesal inicial, las partes, en principio, no cuentan con ningún elemento de juicio nuevo —prueba— como para justificar un cambio de lo que se ha sostenido en la acusación antes de la apertura del juicio, de tal modo que no se presenta como el acto procesal más idóneo para la modificación de la acusación inicial.

Diametralmente opuesta es la finalidad del denominado «alegato final» (art. 338), ello en razón de que este acto al estar previsto al cierre de la audiencia, una vez que se ha practicado toda la prueba, no puede tener otra finalidad que el que todas las partes y, en concreto, las partes acusadoras concluyan al tenor del resultado probatorio, debiendo admitirse las modificaciones que correspondan, tanto fácticas como jurídicas. Es por ello que el art. 338 dice que este acto es para que las partes «expongan sus conclusiones», de modo que éstas deben ser consideradas las «conclusiones definitivas» (denominación española)¹¹⁹⁴, en orden a fijar irreversiblemente y con toda precisión el hecho punible, las circunstancias fácticas y las calificaciones jurídicas y el *petitum*. Y por eso mismo es que realizado el «alegato final» las partes podrán «replicar» a las conclusiones de la otra, conforme lo establece el mismo art. 338, inciso 2°.

En consecuencia, esta acusación definitiva (alegato final) realizada en la oportunidad procesal del art. 338, antes del cierre de la audiencia del juicio oral, es el genuino término de correlación o comparación limitador de la sentencia, pues

¹¹⁹⁴ Pretendemos expresar que el alegato final regulado en el art. 338 contiene la oportunidad procesal de realizar los ajustes finales a la acusación inicial, razón por la cual la denominamos «conclusión definitiva», tomando el término de la LECrim española.

representa la más depurada configuración del objeto del proceso y de la calificación jurídica.

1.2.3. Las modificaciones en las conclusiones del art. 338 y el derecho de defensa y principio de contradicción

El término de correlación de la sentencia es la acusación que se formula tras la práctica de la prueba en el denominado «alegato final». Esta afirmación, como es evidente, parte del supuesto de que es posible que la acusación inicial (de la fase intermedia) sea modificada en algunos de sus aspectos a causa del resultado probatorio. Corresponde entonces plantearse si las probables modificaciones tienen algún límite y siendo así cuál es éste.

Lamentablemente el NCPP no dispone de reglamentación alguna que regule el régimen de modificaciones sobre la acusación inicial, por tal motivo no queda otra salida que deducir del Código, nuevamente, una reglamentación razonable¹¹⁹⁵.

A nuestro juicio, las modificaciones que podrían hacerse a la acusación inicialmente interpuesta debieran estar inspiradas en la misma idea base expuesta en la doctrina española¹¹⁹⁶, es decir, debieran respetar la identidad del objeto del proceso introducido al juicio oral mediante la primera acusación.

Respecto al hecho punible, sólo se podrían admitir modificaciones de carácter accidental, sin que llegaran a producir cambios de carácter esencial que supongan romper la identidad del hecho¹¹⁹⁷. De lo contrario, en caso de admitir la modificación fáctica sin este límite se estaría autorizando al acusador a introducir unilateral e intempestivamente un nuevo objeto del proceso a enjuiciamiento en las postrimerías del proceso, y sin que haya mediado posibilidad alguna de realizar una adecuada

¹¹⁹⁵ La mala configuración legal de los poderes de acusación, la deficiente reglamentación de los actos de pretensión y de las correspondientes oportunidades procesales, entre otras materias, revelan escasa pericia técnica del legislador.

¹¹⁹⁶ *Vid.* al respecto el apartado 2, I, Sección Primera, Capítulo II, sobre la misma cuestión referido al Derecho español.

¹¹⁹⁷ Nos remitimos en este punto a todo lo argumentado en los apartados 2 y 2.4, I, Sección Primera, Capítulo II, y I y II, Sección Segunda, Capítulo II.

actividad preparatoria de la defensa respecto de ese nuevo objeto procesal en las etapas precedentes del proceso¹¹⁹⁸.

¹¹⁹⁸ Nótese que tanto en los sistemas italiano, alemán y portugués es posible la introducción de un nuevo objeto del proceso en las postrimerías del juicio, pero siempre que el acusado preste su consentimiento y así lo autorice el juez, además de la posibilidad de desarrollar una actividad de preparación respecto del hecho nuevo.

La acumulación de hechos nuevos procede en el sistema italiano sólo con el consenso del acusado y previa autorización del Presidente de la Audiencia (art. 518). Hemos dicho que el supuesto trata del caso de que en juicio aparece un hecho nuevo y distinto del que ha motivado la acusación. El art. 518 se refiere a la posibilidad de acumular al proceso un hecho nuevo, diverso y autónomo del que se haya incluido en la acusación. El hecho nuevo es extraño, diverso al de la acusación desde un punto de vista histórico, y no ligado con éste por un vínculo de conexión.

En principio el hecho nuevo debería producir un proceso nuevo y distinto, conforme las reglas generales del Código italiano, que es lo que dispone el art. 518, *comma* 1. Sin embargo, con vista a atenuar el rigor de esta regla, cuando el imputado consiente en el enjuiciamiento simultáneo del «hecho nuevo», la Ley permite que se acumule el hecho, con la previa autorización del Presidente de la Audiencia.

En fin, el art. 518, *comma* 2, no sólo admite la acumulación de hechos nuevos, sino también comprende la posibilidad de que el hecho nuevo emerja «en lugar» del que inicialmente se había imputado. Esto ocurrirá en caso que la práctica de la prueba se deriven radicales modificaciones sobre el hecho inicial. Esta modificación o mutación del hecho debe ser sustancial, de modo que se entienda como un hecho nuevo, porque de lo contrario procede el uso del cauce del art. 516, que permite la adecuación de la imputación cuando se trata de modificaciones no sustanciales. *Vid.* RAFARACI, Tommaso, *Le nuove...*, *cit.*, pp. 51-57.

En el Derecho alemán la situación producida por un hecho nuevo que aparece en el juicio oral está resuelta en el parágrafo 266 de la StPO, mediante la regulación de la denominada *nachanstragklage*, que no es otra cosa que la ampliación de la acusación a hechos punibles nuevos, siempre que el acusado lo acepte y el juzgador fuere competente para juzgar aquellos hechos punibles. Como hemos dicho, en este caso se asegura el derecho de defensa del acusado. *Vid.* ROXIN, Claus, *Derecho procesal penal*, *cit.*, pp. 415-416; GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis, *El proceso penal alemán...*, *cit.*, p. 367; GIMENO SENDRA, Vicente, *Derecho Procesal Penal*, *cit.*, segunda edición, pp. 225-226.

En el Derecho portugués también se admite la posibilidad de ampliar la acusación siempre que el ministerio público y el acusado estuvieren de acuerdo con el juzgamiento de los nuevos hechos, y el tribunal fuere competente para enjuiciarlos. También asegura la suspensión del juicio para la preparación de la defensa (art. 359.2 y 3 del CPP).

En el sistema español existe una posibilidad análoga con la instrucción suplementaria. El art. 746.6 dispone que ha de procederse a la suspensión del juicio oral «Cuando revelaciones o retractaciones inesperadas produzcan alteraciones sustanciales en los juicios, haciendo necesarios nuevos elementos de prueba o alguna sumaria instrucción suplementaria».

En el sistema chileno no existe ninguna previsión normativa análoga de modo que hay que concluir que es totalmente imposible la modificación sustancial del hecho o la acumulación de hechos nuevos al proceso en el mismo juicio oral.

En cuanto a las modificaciones de la calificación jurídica, se pueden admitir libremente, con la única limitación referida a la identidad del objeto del proceso. En otras palabras, siempre que la calificación no suponga un cambio sustancial o esencial del hecho. Por lo tanto, los cambios de calificación realizados sobre la acusación inicial en el momento de las «conclusiones» previstas en el art. 338 pueden abarcar modificaciones del título de condena, de la forma de participación o del grado de ejecución, o la estimación de una circunstancia modificatoria de la responsabilidad o incluso de una eximente.

Fijados la amplitud y límite de las modificaciones a la acusación inicial derivadas del resultado probatorio, se suscita el problema de la necesidad de reaccionar frente al cambio fáctico-jurídico que se pudo haber producido en la acusación, es decir, a la necesidad de preparar con cierto tiempo la defensa, incluso con aportación de nueva prueba, cuando se producen estos cambios. Tocante a esta materia, el art. 338 contempla sólo la posibilidad de debate mediante el reconocimiento del derecho a la «réplica», pero no asegura el derecho a preparar adecuadamente la defensa mediante la solicitud de suspensión del juicio y, en su caso, de prueba, como de hecho se prevé y acontece tanto en el Derecho español¹¹⁹⁹, como italiano¹²⁰⁰ y alemán¹²⁰¹. Nuevamente el Código chileno adolece de imprevisión normativa.

A pesar de no encontrarse prevista ninguna suspensión del juicio y petición de nueva prueba para estos casos, la falta de previsión normativa podría ser subsanada por aplicación de dos normas que correctamente interpretadas podrían servir a estos objetivos. La primera es aquella contenida en el art. 283 del nuevo CPP, que autoriza al tribunal para suspender la audiencia hasta dos veces por razones de absoluta necesidad y por un máximo de diez días. Esta norma, pese a su carácter general y a no señalar los casos de procedencia, se podría utilizar para abrir la posibilidad de que de oficio o a

¹¹⁹⁹ En la LECrim, art. 788.3 y 4, previsto para el procedimiento abreviado, pero que por vía interpretativa algunos autores entienden aplicable para el procedimiento ordinario. Nos remitimos al sub-apartado 2.3.4, I, Sección Primera, Capítulo II.

¹²⁰⁰ Vid. FASSONE, Elvio, *Manuale pratico...*, cit, pp. 840-841. Art. 519 del CPP italiano.

¹²⁰¹ En el caso de la StPO el § 265 (3) y (4), prevé con gran precisión la posibilidad de suspensión. Vid. ROXIN, Claus, *Derecho procesal penal*, cit., p. 362.

petición de parte se otorgara a la defensa un plazo para preparar la defensa frente a la modificación de la acusación.

La segunda norma se refiere a la posibilidad de presentar prueba. Estimamos que se ha de acudir al art. 336 que contempla la posibilidad de pedir prueba no solicitada oportunamente. El problema es que la norma se limita al caso de que no se hubiere sabido de la existencia de la fuente de prueba, con lo cual habría que hacer una interpretación extensiva de esa limitación con el fin de abrir la posibilidad de pedir esa prueba en aquellos casos en que, aún sabiendo de la existencia de la fuente de prueba, no se pidió en su momento por ser irrelevante y que, posteriormente, por la modificación de circunstancias de la defensa, adquiere relevancia¹²⁰².

En fin, una hipótesis aparte sería el caso de que en la conclusión definitiva se apreciara una circunstancia agravante, en cuyo supuesto habría que tener en cuenta la solución que se desprende del inciso final del art. 343 con relación al art. 345, que contemplan como excepción a la regla de la resolución inmediata en la sentencia de condena de todas las circunstancias modificatorias, la postergación de la decisión de éstas para una audiencia posterior destinada a la determinación de la pena y su cumplimiento. Esto abriría la posibilidad de preparar una defensa respecto de las circunstancias agravantes al menos. Sin embargo, los requisitos que se establecen para dar lugar a esta audiencia especial de determinación y cumplimiento de pena son bastante restrictivos, pues se concede sólo para aquellas circunstancias modificatorias que sean ajenas al hecho punible, y siempre que el tribunal la estime necesaria (la audiencia), requisitos copulativos sin los cuales no hay audiencia, dejando el derecho de defensa de las partes en manos del arbitrio judicial: que el tribunal estime procedente el debate sobre las circunstancias, las que además deberán ser «ajenas al hecho punible».

La exigencia de ser «ajenas al hecho punible» hace muy excepcional la posibilidad de audiencia para el debate de las circunstancias, pues la mayoría de las circunstancias —y las más importantes— son aquellas que están integradas en el hecho punible

¹²⁰² Se trataría más que una novedad sobre la fuente de prueba, como está previsto originalmente en la norma, de dar cabida a nueva prueba sobre la base de una novedad sobre el objeto de prueba.

(desde un punto de vista histórico)¹²⁰³. En todo caso se nos ocurren como ejemplo de circunstancias agravantes ajenas al hecho la reincidencia o reiteración de delitos, o la que consiste en cometer el delito mientras se está cumpliendo una pena o después de haber quebrantado otra, o la que consiste en cometer el delito mediante precio, recompensa o promesa, y como ejemplo de atenuantes la reparación con celo del mal causado o la conducta anterior irreprochable. Pero son estas las circunstancias que por regla generalísima no requieren de un gran debate.

Por último, dejamos constancia que el art. 345 relativo a la audiencia de determinación de la pena y que se puede aplicar a la concurrencia de la circunstancia modificatoria, no dice nada sobre la posibilidad de prueba, limitándose a asegurar el debate.

2. Objeto del proceso definido por el hecho y correlación de la sentencia con la acusación

En el NCPP hay dos disposiciones relevantes con miras a delinear el objeto del proceso: los arts. 1 y 341. Los dos contienen la clave del objeto del proceso en el nuevo sistema.

El art. 341 es el que directamente regula la correlación. Este artículo, según hemos anunciado, nos ofrece una regulación que es clara al reglamentar el contenido del objeto del proceso con vista al deber de correlación, pues declara explícitamente qué elementos de la acusación deben ser respetados por la sentencia y qué otros, a pesar de ser parte de la acusación, no demandan la correspondencia de la sentencia.

El art. 341, inciso 1º, señala que la «sentencia condenatoria no podrá exceder el contenido de la acusación. En consecuencia no se podrá condenar por hechos o

¹²⁰³ Aquí cabe resaltar que la Ley usa el concepto de «hecho punible» en un sentido de hecho histórico, como relato fáctico en que se sustenta la acusación, pero no puede usarlo en el sentido normativo, ya que en ese caso ninguna agravante estaría incluida en el «hecho punible» y todas serían ajenas al mismo. Una circunstancia agravante nunca puede estar incluida en el «hecho punible» desde el punto de vista normativo. Si la circunstancia está incluida en el «hecho punible» desde el punto de vista normativo esa circunstancia lo es del mismo «hecho punible» y no de una circunstancia agravante, de modo que si ella no concurre no se habrá constituido el tipo penal mismo, mientras que cuando no concurre una verdadera agravante, el tipo penal existe, pero sin la agravación correspondiente.

circunstancias no contenidas en ella». Y añade y aclara en su inciso 2º lo tocante a los otros contenidos de la acusación en relación con los poderes de calificación jurídica del juez, cuando agrega que el «tribunal podrá dar al hecho una calificación jurídica distinta de aquella contenida en la acusación o apreciar la concurrencia de causales modificatorias agravantes de la responsabilidad penal no incluidas en ella, siempre que hubiere advertido a los intervinientes durante la audiencia». Por consiguiente, queda claro que el concepto de objeto del proceso recogido en la Ley se define por el hecho punible y que se excluye del mismo a la calificación jurídica, dejándola en manos del tribunal en virtud de la facultad de la aplicación del Derecho, aunque condicionada por el presupuesto de eficacia de sometimiento a contradicción de la tesis de calificación del tribunal¹²⁰⁴.

Por otra parte, perfectamente coincidente con el objeto del proceso del art. 341 es el definido para la función excluyente o negativa de la cosa juzgada: principio del *non bis in idem* (y la *litis pendencia*) señalado en el art. 1 inciso final, que lo consagra como la proscripción del doble enjuiciamiento del mismo hecho, al declarar que «La persona condenada, absuelta o sobreseída definitivamente por sentencia ejecutoriada, no podrá ser sometida a un nuevo procedimiento penal por el mismo hecho».

Dicha disposición no es más que la casi exacta transcripción del art. 42 inciso 2º del ACPP, que confirma el concepto de objeto del proceso a efectos de cosa juzgada, con lo cual tanto el antiguo como el NCPP se mantienen dentro de lo que se conoce como la concepción unitaria del objeto del proceso¹²⁰⁵. Con esto el NCPP, con aparente coherencia sistemática, sanciona un mismo objeto del proceso tanto para la correlación como para las funciones de exclusión de nuevos procesos.

Resulta, sin embargo, que al llegar a la conclusión de que el objeto del proceso viene definido por el hecho punible y que la sentencia debe ser congruente con el hecho de la acusación no hacemos nada más que resolver el problema desde un punto

¹²⁰⁴ Esta forma de configuración guarda una evidente similitud con la del art. 322 del Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica. También con la StPO alemana, que en el § 265, que prevé los cambios de los puntos de vista jurídicos, consagra una norma muy parecida a la del NCPP, pero más completa y rigurosa en la tutela del derecho de defensa, como se verá más adelante. Asimismo la LECrim española, lo prevé en términos análogos o, mejor dicho, la interpretación dogmática de la LECrim, específicamente del art. 851.4 con relación al 733 y 788.3 y 4.

¹²⁰⁵ *Vid.* los apartados I y II, Sección Segunda, Capítulo II.

de vista formal solamente, ya que seguimos sin saber en concreto con qué cosa ha de ser congruente la sentencia. Para resolver esta cuestión hay que intentar establecer lo que sea el hecho punible desde el punto de vista procesal penal.

En la doctrina comparada la cuestión ha sido bastante estudiada, mientras que en la doctrina chilena ni siquiera se ha tocado superficialmente.

La cuestión demanda establecer cuáles son los criterios que desde un punto de vista procesal permiten determinar la identidad del hecho y que, por lo tanto, hacen posible discernir cuándo se ha operado una modificación en la sentencia que convierte al mismo en uno diverso del que se contenía en la acusación. Si no se sabe a ciencia cierta qué criterio define la identidad del hecho es «perfectamente imposible» establecer juicios de decisión uniformes que permitan determinar qué es lo que significa el deber de correlación¹²⁰⁶. La jurisprudencia del antiguo sistema operaba con criterios casuísticos que no obedecían, como hemos visto, a ningún orden teórico o, por lo menos, no se expresaba ninguno con una cierta coherencia. El problema amenaza con perpetuarse en el nuevo Código, pues la doctrina y la jurisprudencia, como hemos dicho, todavía ni se plantean el problema. Es tan notoria la carencia en el medio jurídico chileno que, ciertas situaciones de una obviedad manifiesta, cuando han sido formuladas a los tribunales, han sido en su momento mal resueltas.

En efecto, la falta de criterios claros de lo que sea el hecho desde el punto de vista procesal penal (que no es lo mismo que el hecho desde el punto de vista penal sustantivo) ha llevado a que se plantee la infracción del deber de correlación de la sentencia porque ésta añade un detalle al relato fáctico de la sentencia, entendiendo la correlación de la sentencia como si se tratara de un deber de traslado o transliteración del relato de la acusación al relato de hechos probados de la sentencia, con lo cual se entiende que el relato fáctico de la sentencia no puede diferir en nada respecto del relato fáctico de la acusación. El riesgo de que esto se interprete de esta manera es evidente cuando se carece de un buen análisis teórico.

¹²⁰⁶ Esta cuestión pone de relieve la importancia de los criterios normativos (enunciados) de la dogmática jurídica, a veces tan denostada por los prácticos. Vid. LARENZ, Karl, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, cit., pp. 177 y ss.

La nueva jurisprudencia ya ha tenido que pronunciarse al respecto y ha incurrido en este error al concebir la correlación con el hecho como una cuestión de coincidencia absoluta del relato fáctico¹²⁰⁷. Así se puede observar en el caso de la SCA de la Serena de 11 de diciembre de 2001, Rol Corte n. 133, en la cual se valora como una modificación fáctica que infringe el deber de correlación que la sentencia haya añadido al relato fáctico de la acusación un extremo que sólo se limitaba a especificar la forma en que se había concretado en el caso el robo con intimidación. En efecto, la acusación especificaba la comisión de un robo con intimidación en su relato fáctico y de ese mismo relato se desprendía que esa intimidación se había ejercido con el uso de una pistola de fantasía, sin embargo, no establecía expresamente que esa intimidación había consistido en que el acusado había apuntado con su pistola de fantasía a la cabeza de la víctima. Este extremo añadido por la sentencia —que el acusado apuntara a la cabeza de la víctima— fue el motivo por el cual la Corte estimó el recurso de nulidad y anuló la sentencia por infracción del deber de correlación.

Todavía más equivocada ha sido la decisión de otro recurso de nulidad por infracción de la correlación de la sentencia, en la que se condenada a un sujeto por «violación reiterada» de una menor. La Corte de Apelaciones de la Serena, en Sentencia de 8 de abril de 2005, Rol Corte n. 57, estimó que había infracción del deber de correlación porque la sentencia modificó el lugar físico donde habían ocurrido los accesos carnales. La acusación afirmaba que ello había sucedido en el dormitorio del menor, mientras que la sentencia estableció que los hechos acaecieron en la cocina.

Igual de inapropiada es la solución dada por la SCA de la Serena, de 30 de marzo de 2005, Rol Corte n. 50, la cual también versa sobre la falta de correlación de una sentencia por delito de violación. En este caso se modificó el día preciso en que habría

¹²⁰⁷ Aunque hay excepciones, pues hemos podido constatar que hay una incipiente corriente jurisprudencial que parece entender correctamente la correlación y la identidad del hecho que ésta supone. Se trata de ciertos fallos pronunciados por la primera sala del TOP de Antofagasta, y cuyo redactor es Dinko Franulic Cetinic, así en Sentencia de 20 de mayo de 2003, rol interno 30-2003; Sentencia de 10 de agosto de 2003, rol interno 70-2003, y Sentencia de 17 de septiembre de 2004, rol interno 93-2004.

También hay una Sentencia de la Corte de Apelaciones de Copiapó, de 23 de abril de 2004, rol 2-2004, que acierta al rechazar que modificaciones accesorias puedan suponer la infracción del deber de correlación. En el mismo sentido la Sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco, de 13 de octubre de 2003, rol 323-2003.

acontecido la violación y eso bastó para considerar que la sentencia excedía el contenido de la acusación¹²⁰⁸⁻¹²⁰⁹.

Es claro que en todos estos casos si se hubiere aplicado un concepto técnico de hecho se habría llegado a la solución contraria: la no infracción del deber de correlación.

Por ultimo, corresponde consignar que la carencia de un concepto adecuado de hecho también puede conducir al problema contrario, es decir, a no estimar infracciones al deber de correlación en casos en que ésta es evidente. Caso típico aquél en que detrás de una aparente modificación de la calificación jurídica del hecho se esconde una modificación fáctica sustancial.

2.1. *El hecho bajo un criterio procesal. Teoría unitaria y no unitaria*

Previamente hemos dedicado varios apartados a la necesidad de concebir al hecho en términos adecuados, de manera que se ofrezca un criterio que permita discernir cuándo el hecho, pese a ciertas modificaciones, conserva su identidad y cuándo a causa de esas modificaciones deja ser el mismo y deviene en otro diverso. Sólo si acertamos en esta tarea poseeremos un criterio que permita valorar aquellas modificaciones

¹²⁰⁸ Éstas han sido Sentencias de Corte de Apelaciones, pero también ha habido fallos de instancia que cometen errores semejantes al interpretar el deber de correlación. *Vid.* Sentencia TOP de Antofagasta, de 16 de noviembre de 2002, rol interno 44-2002; Sentencia TOP de Copiapó, de 23 de diciembre de 2003, rol interno 66-2003; Sentencia TOP de Antofagasta, de 15 de septiembre de 2004, rol interno 106-2004.

¹²⁰⁹ En todos estos casos ni siquiera se puede decir que el tribunal ha aplicado un concepto natural de hecho, definido por criterios espacio-temporales, pues las mismas resoluciones citadas nada dicen al respecto. Sencillamente se limitan a considerar que el hecho no puede ser modificado, con lo cual se da a entender que esa invariabilidad implica lo que decíamos *supra*: la transliteración del relato de la acusación a la sentencia. Cuesta imaginar una concepción más extrema del hecho procesal (y más peregrina). Acerca de las teorías naturalistas del hecho, nos remitimos a lo dicho en los apartados dedicados al Derecho español.

Afortunadamente no todas las Cortes de Chile piensan igual. Por ejemplo, la SCA de Copiapó de 23 de abril de 2004, rol 2-2004, ha establecido que un cambio sobre el día preciso en que suceden los hechos no afecta el deber de correlación, pues una modificación a este respecto no alcanza para entender alterado el hecho.

fácticas que pueden ser consentidas que se operen en sentencia y aquellas otras que suponen un quebrantamiento del deber de correlación¹²¹⁰.

La cuestión obedece en último término a consideraciones de diseño del proceso penal. Desde esta perspectiva hay dos formas válidas de concebir el hecho a efectos de correlación. Una primera que es la denominada teoría normativa del hecho y que centra su atención en la acción o conducta delictiva objetiva y que señala que la identidad se satisface con la parcial identidad de la conducta objetiva, dejando a un lado el aspecto subjetivo del hecho (culpa o dolo), el nexo de causalidad, el resultado de la conducta, y los criterios espacio-temporales, todos aspectos fácticos que pasan a ser irrelevantes para la valoración de la identidad del hecho desde el punto de vista procesal. Este concepto de hecho le consiente al juez la introducción de variadas modificaciones fáctico-penales en la sentencia sin que se entienda que el hecho procesal haya sido sustancialmente modificado. Este es el concepto de hecho que prevalece en la doctrina española (y alemana)¹²¹¹.

La tesis normativa apuntada tiene la ventaja de que permite concebir un mismo concepto de hecho, como objeto del proceso, para fines de correlación y para fines de *non bis in idem* (teoría unitaria o normativa). El hecho que ha de operar para el efecto excluyente de la cosa juzgada ha de basarse solamente en la conducta delictiva objetiva. Se diseña un sistema en que se impide un nuevo proceso por el hecho previamente enjuiciado aunque se modifique en la nueva acusación el aspecto subjetivo o el resultado de la acción, ya que de lo contrario se podría, en un segundo proceso, enjuiciar una conducta como culposa cuando en el primero se enjuició como dolosa, o se podría, en un nuevo proceso, enjuiciar la misma conducta pero afirmando un resultado penal distinto del que se enjuició en el primer proceso, como podría suceder en casos de concurso ideal.

Este concepto de identidad del hecho basado en la acción o conducta objetiva adolece, sin embargo, de un problema que hay que tener en cuenta: la escasa concreción con que se define el mismo, lo que se traduce en que inicialmente el juez

¹²¹⁰ Nos remitimos a la exposición más acabada sobre las teorías del hecho que se ha dado en los apartados dedicados a este tema en el Capítulo I de este trabajo.

¹²¹¹ Vid. BAUMANN, Jürgen, *Derecho procesal penal*, cit., pp. 267-294; ROXIN, Claus, *Derecho procesal penal*, cit., pp. 160-162.

posee una amplia latitud para introducir modificaciones fácticas que, aun cuando no sean procesalmente relevantes, desde un punto de vista penal sustantivo sí pueden tener importantes repercusiones. Precedentemente nos hemos referido con bastante detalle a los problemas que se derivaban de esta doctrina en el sistema español y de qué manera la jurisprudencia ha intentado resolver aquellos que en la práctica se suscitan.

En oposición a esta doctrina del hecho se ha desarrollado una concepción del hecho que también es válida, y que es la que se adopta en el sistema italiano, teoría que parece adecuarse mejor al sistema chileno al ser una teoría elaborada en el contexto de un sistema más marcadamente acusatorio que el español.

La doctrina italiana exige una determinación muy precisa del hecho a efectos de correlación (*res iudicanda*), en el cual no sólo se exige la identidad de la conducta, sino además se añade a ésta la necesidad de identidad del nexo causal, del resultado, del aspecto subjetivo (dolo o culpa), de los presupuestos del delito, y del aspecto espacio-temporal, cuando sea relevante a efectos de defensa. En esta doctrina el juez no puede modificar en la sentencia ninguno de estos aspectos de la acusación, ya que de lo contrario comete infracción al deber de correlación, pues se entiende que el hecho enjuiciado deviene diverso del de la acusación¹²¹².

Hemos dicho precedentemente que la doctrina apoyada en formulaciones procesales acusatorias avanzadas estima que la formulación del hecho debe ser funcional al modelo procesal penal que se diseñe en cada caso¹²¹³. En un sistema procesal acusatorio depurado¹²¹⁴, donde existe una precisa separación de la función acusadora de

¹²¹² Vid. CORDERO, Franco, «Considerazioni...», *cit.*, pp. 939-941, también en *Procedura penale*, *cit.*, pp. 452-455; RAFARACI, Tommaso, *Le nuove...*, *cit.*, pp. 1-25; CALAMANDREI, Iolanda, «Diversità...», *cit.*, pp. 643 y ss; GIANNITI, Pasquale, «Rilievi...», *cit.*, pp. 409-411; GIARDA, Angelo y SPANGHER, Giorgio, *Codice...*, *cit.*, pp. 1464-1468. También aunque en un trabajo muy específico sobre la culpa genérica y culpa específica, CASTRONUOVO, Donato, «La contestazione...», *cit.*, pp. 3836 y ss.

¹²¹³ Vid. sobretodo a CORDERO, Franco, «Considerazioni...», *cit.*, pp. 939-941, también en *Procedura penale*, *cit.*, pp.440-455, 1175-1181; RAFARACI, Tommaso, *Le nuove...*, *cit.*, *passim*, y especialmente pp. 1-31, 251-259, 305-316;

¹²¹⁴ En oposición a los sistemas mixtos. Tal como dijimos, en estos subsisten ciertos rasgos inquisitivos, y una cierta confusión de roles entre el acusador y el juez, al menos desde la perspectiva de los sistemas acusatorios más modernos.

las que son propiamente enjuiciadoras, se requiere que la imputación fáctica sea efectivamente una imputación completa que ofrezca un buen grado de especificación de lo que sea la cuestión sometida a enjuiciamiento, con lo cual no basta con identificaciones más o menos abstractas referidas a núcleos normativos como son la identidad de la acción típica y/o del resultado, o del bien jurídico, puesto que estas formas de identificación a la postre soportan dentro de ellas una amplia gama de contenidos específicos y concretos, alternativos entre sí¹²¹⁵. De ahí que se dijera que este concepto de hecho desvanecía la garantía del conocimiento previo de la acusación, la limitación de los poderes de decisión del juzgador, y que con ello se esfumaba la separación precisa de las funciones de acusación de las de enjuiciamiento¹²¹⁶. Tal es la razón por la que se descartan formulaciones más o menos abstractas como las normativas, las cuales en último término dotan al juez de la potestad de completar la formulación acusatoria más o menos abstracta previamente formulada por el acusador, o, puesto en negativo, persiguen que el juez quede lo menos constreñido posible por la acusación a la hora de valorar e introducir hechos no alegados por la acusación, siendo el juez en definitiva quien establece cuál es la «precisa imputación» que se da por probada (o no) en la sentencia¹²¹⁷.

La proposición teórica italiana exige del acusador la interposición de una precisa y completa imputación fáctica, la cual no puede ser modificada en sentencia (separación de funciones hasta sus últimas consecuencias). El acusador debe elaborar la selección historiográfico-jurídica¹²¹⁸ de aquellos hechos que van a formar una precisa imputación

¹²¹⁵ Como hemos dicho, CORDERO, Franco, *Procedure penale, cit.*, p. 444, califica de fantasmas legales a las definiciones del hecho con base en criterios normativos. El mismo autor ya en el año 1958 había manifestado la ambigüedad de la determinación del hecho basado en criterios solamente normativos en «Considerazioni...», *cit.*, pp. 935-941. También pone de relieve la insuficiencia del concepto normativo del hecho RAFARACI, Tommaso, *Le nuove...*, *cit.*, pp. 17-24.

¹²¹⁶ *Vid.* CORDERO, Franco, «Considerazioni...», *cit.*, pp. 935-941, también en *Procedure penale, cit.*, pp.449-453, se refiere a la función *storico-tipologica*; RAFARACI, Tommaso, *Le nuove...*, *cit.*, *passim*, y especialmente pp. 1-31, 251-259, 305-316. En sentido parecido GIARDA, Angelo y SPANGHER, Giorgio, *Codice...*, *cit.*, pp. 1465-1466.

¹²¹⁷ En esta línea RAFARACI, Tommaso, *Le nuove...*, *cit.*, p. 30. Antes en un sentido parecido CORDERO, Franco, «Considerazioni...», *cit.*, pp. 935-941.

¹²¹⁸ Nuevamente anotamos que la expresión es de RAFARACI, Tommaso, *Le nuove...*, *cit.*, p. 30, *vid.* en general, pp. 1-31, 251-259, 305-316; CORDERO, Franco, *Procedure penale, cit.*, pp.440-455, 1175-1181.

fáctica, quedando el juez absolutamente impedido de reformularla, o variarla o retocarla en sentencia. En consecuencia, el hecho que define la imputación fáctica, *res iudicanda*¹²¹⁹, se identifica por todos los elementos fácticos que incidan o tengan repercusión jurídica, pues ésta es la única manera de asegurar la debida imputación completa en todos los términos y la correcta separación de funciones acusatorias de las enjuiciadoras.

Tal como dijimos en su momento, en esta doctrina la identidad o diversidad del hecho depende de la invariabilidad de los siguientes elementos: de la acción o conducta, del nexo causal, del resultado, del elemento subjetivo (dolo, culpa)¹²²⁰, de los presupuestos del delito, e incluso de los elementos espacio-temporales cuando tengan cierta relevancia¹²²¹. Así, si se modifica alguno de estos elementos el hecho deviene diverso y se considera modificada la *res iudicanda*, y, por lo tanto, el juez no puede modificar de oficio ninguno de estos extremos en sentencia porque de lo contrario se entiende que se produce un quiebre del deber de correlación (art. 521 CPP italiano). Como se puede deducir, con esto se está exigiendo que sea la acusación la que plantee con bastante detalle la imputación y sus posibles modificaciones resultado de la práctica de la prueba. Concluíamos entonces que pesaba sobre el acusador público el deber de hacer una selección historiográfico-jurídica en la imputación fáctica, y de modificarla cuando fuere menester de acuerdo al resultado probatorio del juicio, quedando el juez radicalmente excluido de la función de proposición o de reformulación de esas modificaciones (tesis)¹²²², y con mayor razón de una posible introducción de oficio.

¹²¹⁹ Recordamos que la doctrina italiana distingue la *res iudicanda* de la *res iudicata*. La primera viene a coincidir con el concepto de imputación, y tiene un contenido específico distinto de la clásica *res iudicata*, siendo el primero el relevante a efectos de correlación de la sentencia con la acusación.

¹²²⁰ Como hemos dicho, llega a tal punto el nivel de exigencia de la completa formulación de imputación por parte del acusador, que en doctrina se ha llegado a sostener que el juez no puede apreciar de oficio un tipo de culpa distinto del que fue sostenido en la imputación. En concreto, no podría pasar de culpa genérica a culpa específica, CASTRONUOVO, Donato, «La contestazione...», *cit.*, pp. 3836 y ss.

¹²²¹ *Vid.* CORDERO, Franco, «Considerazioni...», *cit.*, pp. 935-941, también en *Procedura penale*, *cit.*, pp.452-455; RAFARACI, Tommaso, *Le nuove...*, *cit.*, pp. 1-25; CALAMANDREI, Iolanda, «Diversità...», *cit.*, pp. 643 y ss; GIANNITI, Pasquale, «Rilievi...», *cit.*, pp. 409-411; GIARDA, Angelo y SPANGHER, Giorgio, *Codice...*, *cit.*, pp. 1464-1468.

¹²²² *Vid.* RAFARACI, Tommaso, *Le nuove...*, *cit.*, pp. 306 y ss.

De lo establecido precedentemente decíamos que se derivaba que la identidad del hecho a efectos de correlación había de atender a criterios naturales¹²²³ y normativos¹²²⁴ conjuntamente, ya que todos ellos sumados permitían ofrecer la visión completa de la imputación sometida a enjuiciamiento.

Con todo, también dijimos que aunque el «hecho» entendido como *res iudicanda* se defina de esta manera, ello no quería decir que ese mismo concepto de hecho sirviera a efectos de cosa juzgada. Por el contrario, la garantía del *ne bis in idem* se configuraba por un concepto de hecho como conducta o acción típica y nada más, según lo establecido en el art. 649 CPP italiano. Esta disposición excluía expresamente la relevancia de cualquier cambio fáctico que pudiera influir en el título de condena, en el grado de ejecución o en las circunstancias delictivas, si se mantenía invariable la acción o conducta¹²²⁵. Resultaba, en consecuencia, que el *ne bis in idem* operaba bajo un concepto más amplio de hecho, que cubría y absorbía una mayor gama de hipótesis concretas. El efecto preclusivo superaba los límites de la decisión: si hubiesen sido concordantes habría bastado una variación cualquiera en la segunda imputación para eludir el efecto de preclusión¹²²⁶.

Concluíamos entonces que el concepto de *res iudicanda* (muy exigente) difería del de *res iudicata* (poco exigente). Nos preguntábamos, por lo tanto, cómo se conseguía evitar el efecto de desfase entre uno y otro. Este desfase o no correspondencia del hecho en uno y otro caso: uno para la correlación y otro para el *ne bis in idem*. El problema que ya hemos puesto de relieve *supra*, consistía en que si el hecho devenía diverso por la variación de cualquier elemento relevante para la *res iudicanda*, pero irrelevante para la *res iudicata* (art. 649), resultaba que teníamos a un juez que no podía dictar sentencia por el hecho que se derivaba de la prueba del juicio oral,

¹²²³ Tanto los criterios objetivos espacio-temporales, como los subjetivos (dolo[s], culpa[s]). Nos remitimos a la exposición más acabada realizada en los apartados dedicados al Derecho español.

¹²²⁴ La acción o conducta típica, el proceso causal y el resultado.

¹²²⁵ Vid. CORDERO, Franco, «Considerazioni...», *cit.*, p. 943, también en *Procedure penale, cit.*, pp. 1175-1181; RAFARACI, Tommaso, *Le nuove...*, *cit.*, pp. 1-25; CALAMANDREI, Iolanda, «Diversità...», *cit.*, pp. 643 y ss; GIANNITI, Pasquale, «Rilievi...», *cit.*, pp. 409-411; GIARDA, Angelo y SPANGHER, Giorgio, *Codice...*, *cit.*, pp. 1464-1468.

¹²²⁶ Vid. CORDERO, Franco, «Considerazioni...», *cit.*, p. 943, también en *Procedure penale, cit.*, pp. 1175-1181; RAFARACI, Tommaso, *Le nuove...*, *cit.*, pp. 1-25 y 251-254; CALAMANDREI, Iolanda, «Diversità...», *cit.*, pp. 643-654; GIANNITI, Pasquale, «Rilievi...», *cit.*, pp. 409-433.

viéndose en la obligación de enjuiciar el hecho de la imputación tal cual le fue planteada (debiendo en principio absolver). Sin embargo, el hecho diverso no enjuiciado quedaba, paradójicamente, cubierto por el *ne bis in idem*, pues para esta garantía no era un hecho distinto del de la acusación, conforme lo define el art. 649 del Código italiano, que considera la sola conducta a este fin¹²²⁷.

Tal como lo señalamos, en el sistema italiano la solución a este problema viene dada, en primer lugar, por la previsión normativa expresa de que el PM (*Pubblico Ministero*) ha de modificar la imputación (*emendatio libelli*) en el mismo juicio, cada vez que de la práctica de la prueba se derive una modificación del hecho en cualquiera de los aspectos señalados previamente (no sólo el art. 516, sino también el 517 CPP italiano)¹²²⁸. Esto puede parecer bastante indiscutible, pero lo cierto es que en Derecho chileno brilla por su ausencia una regulación de esta naturaleza acerca de la función acusatoria del MP. Nada se establece sobre el deber legal del MP de modificar y actualizar la acusación al resultado probatorio del juicio, imprevisión que hace pensar (equivocadamente) en una rígida preclusión acusatoria antes del propio juicio (el absurdo jurídico en su máxima expresión).

En el CPP italiano hay una regulación detallada de las hipótesis de modificación de la imputación¹²²⁹ a que está obligado el acusador público. Recae sobre el PM el deber de plantear la imputación fáctica en términos completos y exhaustivos¹²³⁰, de modo que debe incluir en la modificación de la acusación cualquier cambio derivado de la práctica de la prueba que se produzca en el hecho que afecte a la acción típica, al proceso causal, al resultado, al aspecto subjetivo (dolo, culpa), a los presupuestos del

¹²²⁷ Vid. CORDERO, Franco, *Procedure penale*, cit., pp. 1175-1181. Pero obsérvese que el autor ya proponía lo mismo que dice el art. 649 en «Considerazioni...», cit., p. 943; también RAFARACI, Tommaso, *Le nuove...*, cit., pp. 252 y ss.

¹²²⁸ Recordamos que incluso se regula específicamente la posibilidad de introducir un hecho nuevo completamente distinto del de la original imputación en el art. 518 CPP.

¹²²⁹ Como hemos dicho, en un sistema acusatorio avanzado como el italiano hay especial preocupación por establecer una configuración flexible y progresiva de la imputación fáctica durante el juicio oral, como se desprende de los artículos 516 y 517, con el fin de evitar la necesidad de los poderes supletorios del juez, y de favorecer la contradicción.

¹²³⁰ Vid. RAFARACI, Tommaso, *Le nuove...*, cit., pp. 25 y ss.

delito, y aun a la determinación espacio-temporal del hecho. En la doctrina italiana¹²³¹ existe la convicción de que, junto a la necesidad de la imputación completa, un sistema acusatorio requiere de una regulación flexible (no rígida) de la imputación, que parta del supuesto de que el acusador ha de adecuarla a las «variaciones reconstructivas del hecho» en el curso del juicio cuando ello sea necesario a la luz del resultado probatorio¹²³².

El sistema italiano adopta, además, otra medida de seguridad, como también hemos señalado. Puede suceder que el PM incumpla el deber de imputación completa y actualizada al resultado probatorio, y, por lo tanto, nuevamente surge la duda de si en este caso que, el hecho diverso derivado del juicio no podrá ser enjuiciado, quedaría, empero, cubierto por el *ne bis in idem*. Esto no ocurrirá, puesto que el sistema se ha ocupado de evitar dicho efecto, y ha establecido con este objeto que sobre el deber del PM de hacer las modificaciones de la imputación en caso que aparezca un hecho diverso se ejerza el control jurisdiccional del juez (vía art. 521, *comma* 2, CPP), de modo que es éste quien se encarga de controlar que el PM efectivamente adecue la imputación a la prueba, y si considera que el hecho es diverso de cómo ha sido imputado por la acusación, debe dictar una resolución de transmisión de actuaciones al PM. Esta potestad del juez demuestra que incluso en el sistema procesal italiano es el órgano jurisdiccional quien conserva el control sobre la correcta configuración del objeto de enjuiciamiento, pero quedando completamente excluido de su formulación. Concluimos que esta potestad constituye una forma de equilibrio del sistema, sobre todo con miras a evitar el efecto preclusivo del *ne bis in idem*¹²³³ sin juicio.

En el sistema chileno tampoco existe un mecanismo análogo al del art. 521, *comma* 2, CPP italiano, de modo que si el MP no deduce una imputación actualizada y adecuada a los resultados de la prueba del juicio en cualquiera de los aspectos relevantes de la misma, y si se aplica el exigente concepto italiano de hecho para la correlación, nos hallaríamos ante la situación de que el juez no podría dictar sentencia por el hecho que resulta del juicio y sin embargo ese hecho quedaría cubierto por el

¹²³¹ Vid. RAFARACI, Tommaso, *Le nuove...*, cit., pp. 25 y ss.

¹²³² Vid. arts. 516 a 518, y 519 y 521 del CPP.

¹²³³ Vid. RAFARACI, Tommaso, *Le nuove...*, cit., pp. 256-257.

efecto del *ne bis in idem*. La consecuencia de la imprevisión normativa sería devastadora para la coherencia del sistema: hechos que no se enjuician y que, sin embargo, quedan cubierto por el *ne bis in idem*.

Nos parece que se tiene que adoptar una decisión respecto de la configuración de esta materia en el sistema chileno, que consiste en lo siguiente. Si se quiere adoptar un sistema acusatorio avanzado en que se plantee una separación tajante de las funciones acusadoras de las que son propiamente enjuiciadoras, quedando el juez inhibido de retocar o reformular la imputación fáctica, se tiene que pensar en mecanismos que ofrezcan la garantía que el acusador público, sujeto al principio de legalidad y de objetividad, cumplirá cabalmente su función acusatoria adecuando su acusación a los resultados de la prueba, con lo cual habría que regular el deber del MP de reformular la imputación fáctica en el mismo juicio, estableciendo un sistema flexible de imputación que permita al acusador modificar la acusación y actualizarla al resultado probatorio.

De otra parte, este deber tendría que ser complementado con una potestad análoga a la del art. 521 del CPP italiano, de modo que el juez no se viera en la tesitura de tener que dictar sentencia en la que no puede enjuiciar el hecho que resulta de la prueba, pero el cual ha de quedar cubierto por el efecto excluyente de la cosa juzgada.

Si no se adoptan estos resguardos normativos, no se puede concebir el hecho de la manera que se ha concebido en el sistema italiano.

Por consiguiente, no habría forma de comprender coherentemente el sistema si no es dando al hecho el mismo alcance que tiene para el *ne bis in idem*, con lo cual no hacemos más que volver a la teoría normativa del hecho individualizado sólo por la acción o conducta delictiva objetiva. De esta manera el concepto de hecho del art. 341 del CPP, que formalmente parecía coincidir, como advertíamos más arriba, con el del art. 1 inciso final, que establece el *ne bis in idem*, efectivamente operarían bajo un mismo contenido material de hecho: la acción o conducta objetiva enjuiciada, siendo para ambas instituciones irrelevantes la determinación del resultado, del nexo causal, de los presupuestos del delito, o la determinación espacio-temporal o del aspecto subjetivo del hecho delictivo.

Sin embargo, también se han de tener en cuenta formulaciones normativas del objeto procesal que vienen a modificar parcialmente la concepción basada en la pura acción o conducta objetiva, al considerar que este criterio normativo por sí solo es

insuficiente. Proponen que el bien jurídico lesionado (o protegido) con la acción tiene que ser considerado a efectos de determinar el objeto procesal. De ahí que se pueda concluir que el objeto normativo (el hecho) se determina por la acción o conducta objetiva y por el bien jurídico lesionado.

La doctrina comparada discrepa en cuanto a la exigencia conjunta o alternativa de ambos criterios¹²³⁴. Para algunos la exigencia fundamental es la basada en la identidad de acción o conducta objetiva, y sólo excepcionalmente ha de ser aplicado el criterio del bien jurídico, específicamente cuando la identidad normativa del objeto no pueda basarse en el hecho, situación que se presentaría únicamente en el caso de las distintas formas de participación, donde el inductor o el cómplice realizan unas conductas totalmente distintas de la del autor. En ese supuesto la unidad de objeto sólo se puede justificar en la identidad del bien jurídico lesionado por las distintas conductas. Y, por lo tanto, la identidad del bien jurídico justificaría que el juez acabe enjuiciando una conducta de inducción o complicidad cuando se acusaba por autoría. En ningún otro caso sería necesaria ni pertinente la exigencia del criterio del bien jurídico, pues, de lo contrario, si se valora la concurrencia de un delito que afecta un bien jurídico distinto habría que concluir que se modifica el objeto normativo. A través de esta vía se limitaría al juez en sus potestades de aplicar el Derecho penal. Vale decir, el juez no podría estimar que la conducta objetiva constituye un delito distinto del que fue objeto de acusación, si lesiona un bien jurídico distinto.

Los que creen, en cambio, que lo adecuado es la exigencia copulativa de identidad de acción y de bien jurídico lesionado, argumentan que la pura exigencia del criterio de la identidad parcial de la acción resulta ser una forma de definición del hecho demasiado ambigua, y que deja al juez un amplio margen para introducir o modificar de oficio diversos elementos fácticos que inciden en el resultado lesivo. El juez quedaría muy poco limitado por el hecho de la acusación, como consecuencia de que su parámetro de determinación es muy incompleto: se satisfaría con la pura mantención de la acción típica y sólo parcialmente. Lamentablemente éste parece ser el «costo» de mantener un concepto único de objeto del proceso tanto a efectos de correlación como de cosa juzgada (y *litis pendencia*).

¹²³⁴ *Vid.* en detalle lo que se dice en la parte de esta investigación dedicada al Derecho español: apartados 1, 2 y 3, II, Sección Segunda, Capítulo II.

Ya veremos como este problema vuelve a surgir a propósito de las calificaciones jurídicas. En ellas las cuestiones referidas a las modificaciones fácticas no resueltas en sede de hecho u objeto procesal recobran su importancia, pero ya no vinculadas a un problema de unidad normativa del objeto del proceso, sino como soporte sobre el cual se construyen calificaciones jurídicas distintas de las sostenidas por las partes.

2.2. Aplicación de la teoría normativa del hecho a ciertos casos de correlación objetiva

El art. 341 define la correlación objetiva basada en la identidad del hecho punible, la cual, conforme a la teoría normativa que hemos explicado precedentemente, se basa en la consideración de la conducta o actos de ejecución típica objetiva, exigiendo una coincidencia parcial de los mismos en la sentencia respecto de los imputados en la acusación. La doctrina, en consecuencia, autoriza en principio variadas modificaciones fácticas que se pueden operar en la sentencia con tal que no se modifique sustancialmente la conducta o actos de ejecución típica de la acusación. En suma, se han de tolerar las mismas modificaciones que desde el punto de vista del efecto excluyente de la cosa juzgada son irrelevantes. Así se sostiene la coherencia del sistema.

Específicamente se pueden mencionar algunas situaciones de interés para el Derecho chileno en que el juez quedaría habilitado para introducir modificaciones fácticas en la sentencia, y que son aquéllas que desde un punto de vista normativo no afectan la identidad del hecho.

2.2.1. Concurso ideal, art. 75 del CP

En el concurso ideal existe un solo hecho (conducta o acción) que constituye dos o más infracciones penales (concurso ideal propiamente tal).

Como hemos dicho, en este tipo de concurso hay unidad de acción, ya que es una la acción desplegada por el sujeto activo, y de ahí que se predique unidad de hecho, aun cuando esa unidad de hecho es sólo parcial, pues sólo coinciden en aquella parte

referida a la acción, siendo sus resultados en realidad siempre distintos: distintas las consecuencias de la acción desplegada por el sujeto¹²³⁵.

La ley realiza la integración ideal para dar lugar al concurso formal. La unidad de acción permite afirmar una identidad parcial del hecho¹²³⁶ y de esa manera se puede sostener que se cumple con la identidad del objeto normativo.

En el Derecho penal chileno se dan como ejemplos de concurso ideal el aborto seguido de muerte de la mujer embarazada, la acción de lesionar a una persona ocasionando conjuntamente daños materiales, o más casuísticamente, las lesiones a un magistrado en el ejercicio de sus funciones¹²³⁷. También se menciona el supuesto del delito de violación e incesto¹²³⁸.

Todas estas hipótesis en el plano de la correlación suponen que la sentencia puede estimar el concurso ideal (de dos o más delitos) cuando se acusa por un solo hecho punible, siempre que el hecho de la acusación y de la sentencia sea parcialmente el mismo (la misma acción).

Sin embargo, hay una parte de la doctrina chilena¹²³⁹ que afirma en todo caso la pluralidad de acción (de hechos) y la pluralidad de delitos, haciendo un razonamiento muy similar al que realiza BETTIOL¹²⁴⁰, quien, como ya dijimos, mantiene una posición contraria a la expresada con anterioridad sobre el concurso ideal. Este autor considera que en este tipo de concurso existen varios hechos y varios delitos. Su teoría se sostiene sobre la base de apreciar el problema esencialmente desde el punto de vista

¹²³⁵ En la doctrina penal chilena sostiene una posición parecida GARRIDO MONTT, Mario, *Derecho penal*, parte general, tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997, pp. 347-350; POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio, MATUS ACUÑA, Jean Pierre y RAMÍREZ GUZMÁN, María, *Lecciones de Derecho penal chileno*, Parte General, Editorial Jurídica de Chile, Segunda edición, Santiago, 2004, pp. 449-451. En un sentido parcialmente distinto ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, Alfredo, *Derecho penal*, tomo II, Editorial Jurídica de Chile, tercera edición, Santiago, 1998, pp.118-122.

¹²³⁶ Recordamos que el hecho penal se compone de la acción y el resultado, además del nexo causal.

¹²³⁷ Ejemplos tomados de GARRIDO MONTT, Mario, *Derecho penal*, *cit.*, tomo II, p. 349.

¹²³⁸ *Vid.* POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio, MATUS ACUÑA, Jean Pierre y RAMÍREZ GUZMÁN, María, *Lecciones...*, *cit.*, p. 447.

¹²³⁹ CURY URZÚA, Enrique, *Derecho penal*, Parte General, tomo II, Editorial Jurídica de Chile, segunda edición, Santiago, 1992, pp. 276-280.

¹²⁴⁰ BETTIOL, Giuseppe, «La correlazione...», *cit.*, pp. 280-290.

del resultado de la acción, el *evento*, y no desde el punto de vista de la acción misma. Como se sabe, el hecho comprende tanto a la acción como al resultado, en esto coincide con la teoría normativa, pero este autor considera que lo realmente importante a efectos penales es el resultado, que es lo que se tiene en cuenta en la subsunción del ilícito correspondiente, de modo que es a este elemento al que hay que mirar para poder discernir si el hecho es el mismo o uno distinto y no a la acción que permanece igual entre uno y otro hecho, pero que es irrelevante desde el punto de vista normativo.

Una doctrina de esta naturaleza, donde prevalece la valoración del resultado penal sobre el de la acción, aplicada al proceso penal, implicaría que el juez quedara inhibido absolutamente de enjuiciar el concurso sino ha sido objeto de precisa acusación. Este sería el efecto desde el punto de vista de la correlación, pero el verdadero problema aparecería dado por la extensión objetiva de la cosa juzgada, ya que si el objeto del proceso es sólo uno, habría de concluirse que el juicio de un hecho delictivo en el primer juicio no excluiría el enjuiciamiento del otro resultado delictivo en un segundo proceso, aunque se trate de la misma acción o conducta enjuiciada en el primero.

2.2.2. Delito continuado

En el Derecho penal chileno, a diferencia de lo que acontece en el Derecho español¹²⁴¹, el delito continuado sólo es una construcción jurisprudencial y doctrinal —no legal—. No obstante, se ha llegado a configurar el delito continuado en términos muy semejantes a los de la Legislación penal española. En efecto, los autores chilenos¹²⁴² mencionan como requisitos del delito continuado la pluralidad de acciones; la ofensa a uno o diversos sujetos pasivos; la infracción de una misma norma o semejante, y la condición subjetiva del plan general o global en la que se enmarcan las

¹²⁴¹ El delito continuado se contempla explícitamente en el CP español, en los siguientes términos en el art. 74 del CP: «(...) el que, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechándose de idéntica ocasión, realice una pluralidad de acciones u omisiones que ofendan a uno o varios sujetos e infrinjan el mismo precepto penal o de igual o semejante naturaleza, será castigado, como autor de un delito o falta continuados(...)».

¹²⁴² Vid. ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, Alfredo, *Derecho penal, cit.*, tomo II, pp. 109 y ss; GARRIDO MONTT, Mario, *Derecho penal, cit.*, tomo II, pp. 340-342. También en términos parecidos POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio, MATUS ACUÑA, Jean Pierre y RAMÍREZ GUZMÁN, María, *Lecciones..., cit.*, p. 453.

distintas acciones. Como se ve, los elementos son casi los mismos que los del art. 74 CP español.

La jurisprudencia y la doctrina chilena han venido a reconocer la existencia del delito continuado y a establecer sus requisitos: el plan de autor en la ejecución, sea por la utilización de un plan o de identidad de ocasión; la infracción de un mismo precepto o de naturaleza semejante (bienes jurídicos idénticos o de naturaleza semejante), y la imputación de todas las infracciones a un mismo sujeto. Sin embargo, a causa de la falta de regulación legal se discute cuál es el efecto de esta figura. La mayoría de la doctrina chilena¹²⁴³ opina que siendo el delito continuado una unidad jurídica cabe tratarlo como tal y penarlo como un solo delito. En cambio CURY URZÚA entiende que se le debe aplicar el régimen del delito en concurso ideal del art. 75 del CP¹²⁴⁴.

En cualquier caso, el nexo de continuidad establecido engloba a varios hechos que dejan de ser individualmente relevantes a efectos procesales, para pasar a integrar una nueva unidad jurídica conformada por un hecho procesal nuevo que incluye la totalidad de los hechos singulares. Esta nueva unidad fáctica y jurídica constituye el objeto normativo.

Esta configuración trae como consecuencia que la correlación de la sentencia con la acusación se satisfaga con una coincidencia parcial de los hechos históricamente considerados (de la primera con la segunda). Es decir, se puede acusar por una parte de los hechos y de los delitos y si el tribunal aprecia el nexo de continuidad podría tener en cuenta hechos e infracciones individuales no incluidas en la acusación pero que se encuentren dentro del nexo de continuación y, por lo tanto, dentro del objeto normativo, con lo cual se mantendría la identidad del objeto del proceso desde el punto de vista procesal normativo. Más aún, se podría acusar por delitos sin afirmar nexo de continuación y el juzgador estimar su concurrencia, incluyendo en su pronunciamientos hechos no incluidos en la acusación.

¹²⁴³ Vid. ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, Alfredo, *Derecho penal, cit.*, tomo II, p. 114; GARRIDO MONTT, Mario, *Derecho penal, cit.*, tomo II, pp. 342-343; POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio, MATUS ACUÑA, Jean Pierre y RAMÍREZ GUZMÁN, María, *Lecciones..., cit.*, p. 453.

¹²⁴⁴ CURY URZÚA, Enrique, *Derecho penal, cit.*, tomo II, pp. 271-272.

A propósito del Derecho español¹²⁴⁵ dijimos que tocante a la cosa juzgada, la sentencia condenatoria que aprecia el nexo de continuación extiende sus efectos de juzgamiento a todos los hechos abarcados por el nexo, aunque no hayan sido objeto de enjuiciamiento por no haber sido conocidos en el juicio. Lo mismo cabría afirmar para el Derecho chileno.

Ahora bien, ¿cuáles son los hechos que quedan dentro del nexo de continuación? También ya lo hemos puesto de manifiesto para el Derecho español¹²⁴⁶: los hechos normativamente absorbidos por la continuidad son los acaecidos hasta antes de la acusación. La acusación constituye el momento preclusivo para la absorción normativa de los hechos singulares y por lo tanto es la medida del alcance de la cosa juzgada de la sentencia que estima la concurrencia del nexo de continuación. Estimamos que este mismo criterio debiera ser el aplicable en el Derecho chileno.

Por otra parte, si la sentencia no estima la continuidad, porque es una sentencia absolutoria o de condena por delitos separados, no debiera producir el efecto de absorción normativa propia de esta figura, con lo cual la cosa juzgada sólo alcanzaría a los hechos individuales objeto de acusación.

2.2.3. Delito de hábito

Dentro de la doctrina penal chilena¹²⁴⁷ se puede decir que el delito de hábito se caracteriza porque ciertos actos que individualmente no conforman un ilícito, realizados con habitualidad sí se constituyen en penalmente ilícitos, en cuanto reflejan una tendencia o inclinación del sujeto a incurrir en tales actos. De este modo, por ejemplo, el delito del art. 362 del CP que sanciona la facilitación de la prostitución.

¹²⁴⁵ Nos remitimos a las explicaciones dadas para el Derecho español.

¹²⁴⁶ Vid. apartado 3, II, Sección Segunda, Capítulo II. También Vid. GÓMEZ ORBANEJA, *Comentarios...*, cit., p. 310; CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, *La cosa juzgada penal*, cit., pp. 135 y ss; ASECIO MELLADO, José María, *Principio acusatorio...*, cit., p. 82.

¹²⁴⁷ Vid. GARRIDO MONTT, Mario, *Derecho penal*, cit., tomo II, p. 259; POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio, MATUS ACUÑA, Jean Pierre y RAMÍREZ GUZMÁN, María, *Lecciones...*, cit., p. 453.

Según anotamos con anterioridad¹²⁴⁸, el delito de hábito se plantea en términos parecidos al continuado. Diversas acciones son aglutinadas en una unidad de hecho y de objeto procesal. El delito de hábito es un solo delito que reúne varias acciones que realizadas con habitualidad dan lugar a una infracción penal. Es decir, un solo hecho no constituye el ilícito penal; lo que se pretende sancionar es la habitualidad. En esto se diferencia del delito continuado, no obstante, la similitud con éste se da en el sentido de la correlación y en el alcance de la cosa juzgada. Con respecto a la correlación, el juzgador puede conocer y juzgar todos los hechos que conforman la unidad del delito de hábito sin necesidad de acusación específica por todas las acciones. Basta entonces con una identidad parcial del hecho, así, por ejemplo, en el caso del delito de facilitación de la prostitución no sería necesario que la acusación fuera exhaustiva en la totalidad de las acciones facilitadoras, y la sentencia podría considerar acciones facilitadoras de la acusación y otras distintas no contenidas en la acusación. La contrapartida de esto es la absorción normativa con respecto a la cosa juzgada, es decir, el efecto negativo de la cosa juzgada absorbe normativamente a todas las acciones que caen bajo la habitualidad hasta el pronunciamiento de la sentencia condenatoria¹²⁴⁹, con lo cual no se podrían enjuiciar nuevamente acciones facilitadoras de la prostitución acaecidas antes de la sentencia condenatoria aunque en ésta no se tuvieran en cuenta, esto es, aunque no hubieren sido enjuiciadas concretamente esas acciones.

Según hemos anotado con anterioridad para el Derecho español, la sentencia absolutoria no produce este efecto de cosa juzgada, ya que justamente la habitualidad queda imprejuizada¹²⁵⁰, de manera que podría perfectamente abrirse un segundo juicio si se descubre o prueba un hecho anterior a la sentencia de absolución que ésta no enjuició.

¹²⁴⁸ Apartado 3, II, Sección Segunda, Capítulo II.

¹²⁴⁹ GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Eduardo, «La correlación...», *cit.*, pp. 533-534, señala que el momento de la absorción normativa es la sentencia condenatoria, porque en el delito de hábito «la repetición de actos es un elemento constitutivo del propio delito, y el juez debe enjuiciar la infracción punible atendiendo a la situación de culpabilidad en el momento de la sentencia, no a un momento anterior»; AENCIO MELLADO, José María, *Principio acusatorio...*, *cit.*, p. 84.

¹²⁵⁰ *Vid.* GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Eduardo, «La correlación...», *cit.*, p. 533, que señala «La absolución no enjuicia los elementos subjetivos y objetivos que condicionan el delito de hábito».

2.2.4. Grado de desarrollo. Frustración y tentativa

Hemos dicho¹²⁵¹ que los ilícitos penales siempre están previstos en las normas en calidad de delitos consumados perfectos, dejando fuera de la descripción típica inmediata a los grados de frustración y tentativa¹²⁵². Empero, tanto la frustración como la tentativa son desde el punto de vista penal partes integrantes de la unidad de acción típica, porque se hallan indisolublemente vinculados en la ejecución del delito, constituyendo pasos en el camino de la ejecución: el denominado *iter criminis*¹²⁵³. Por eso el art. 7 del CP chileno señala que son punibles no sólo el delito consumado, sino también el delito frustrado y la tentativa. El art. 7 inciso 2º establece que hay delito frustrado cuando el *delincuente* pone de su parte todo lo necesario para que el crimen o simple delito se consume y esto no se verifica por causas independientes a su voluntad. Y en el inciso 3 del art. 7 se prevé la definición del delito tentado. Dice que hay tentativa cuando el *culpable* da principio a la ejecución del crimen o simple delito por hechos directos, pero faltan uno o más para su complemento.

De lo expuesto en el art. 7 se deduce que no hay identidad total de hecho entre tentativa, frustración y consumación, ya que a pesar de que los actos (no el hecho) de ejecución coinciden totalmente en la frustración o parcialmente en la tentativa, el resultado (o actividad) que exige la consumación del tipo no se da en ningún caso, ni en la frustración ni en la tentativa¹²⁵⁴. No obstante, como se sabe, desde el punto de

¹²⁵¹ Vid. apartado 3, II, Sección Segunda, Capítulo II.

¹²⁵² El CP español del año 1995 eliminó la frustración y redefinió la tentativa creando dos tipos, una viene a reemplazar el contenido de la frustración, ahora denominada tentativa acabada y que es definida como aquella que supone la realización de todos los actos que deberían producir el resultado. La otra tentativa es la inacabada y que es aquella en que el sujeto activo no realiza todos los actos que se necesitan para el resultado delictivo querido. Coincide con el antiguo concepto de tentativa.

¹²⁵³ COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás, *Derecho penal, cit.*, 726-728. En Chile, ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, Alfredo, *Derecho penal, cit.*, tomo II, pp. 57 y ss; CURY URZÚA, Enrique, *Derecho penal, cit.*, tomo II, pp. 183 y ss; GARRIDO MONTT, Mario, *Derecho penal, cit.*, tomo II, pp. 265 y ss; POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio, MATUS ACUÑA, Jean Pierre y RAMÍREZ GUZMÁN, María, *Lecciones..., cit.*, pp. 368 y ss.

Especialmente completa a este respecto es la notable monografía del profesor POLITOFF LIFSCHITZ (Sergio), intitulada *Los actos preparatorios del delito. Tentativa y frustración, Estudio de dogmática penal y derecho penal comparado*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1999, *passim*.

¹²⁵⁴ Vid. ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, Alfredo, *Derecho penal, cit.*, tomo II, pp. 57 y ss; CURY URZÚA, Enrique, *Derecho penal, cit.*, tomo II, pp. 183 y ss; GARRIDO MONTT, Mario,

vista normativo es suficiente la coincidencia parcial del hecho, lo cual sí acontece, ya que hay coincidencia en los actos de ejecución, total o parcialmente. Pero, además, si ello no bastara, entre consumación, frustración y tentativa hay identidad del bien jurídico protegido. De modo que tanto por la identidad parcial del hecho como por la identidad del bien jurídico protegido se puede considerar que hay unidad normativa de objeto. En cuanto al deber de correlación, ello implica que una acusación por delito consumado, habilitaría al juez para enjuiciar tanto la frustración como la tentativa, o viceversa. Tocante al efecto excluyente de la cosa juzgada, la sentencia que enjuicia la conducta delictiva a título de delito consumado o de tentativa o frustración impedirá un nuevo enjuiciamiento aunque se modifique el grado de ejecución enjuiciado en el primer proceso.

2.2.5. Circunstancias fácticas agravatorias

Las circunstancias fácticas agravatorias no plantean problemas desde el punto de vista de la teoría normativa del hecho, porque efectivamente no hay duda que aquí nos referimos a circunstancias fácticas que no modifican sustancialmente la conducta o actividad de ejecución típica (art. 341 CPP). Por eso, desde la perspectiva normativa el juzgador puede estimar su concurrencia sin que hayan sido previamente introducidas por el acusador en su acusación, ya que no se produce una alteración del objeto normativo que sigue siendo el mismo en esencia: unos hechos que contienen una acción (y un resultado) que se estima probablemente constitutivo de una infracción penal.

Problema aparte es el de la estimación jurídica de dichas circunstancias agravantes cuando no han sido pedidas por el acusador, en cuyo caso el art. 341 inciso 2º somete la potestad del juez al presupuesto de la previa formulación de tesis durante la audiencia del juicio para poder recogerla en la sentencia.

Derecho penal, cit., tomo II, pp. 265 y ss; POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio, MATUS ACUÑA, Jean Pierre y RAMÍREZ GUZMAN, María, *Lecciones...*, *cit.*, pp. 368 y ss; POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio, *Los actos preparatorios del delito, cit.*, *passim*.

2.2.6. Las formas de participación de la inducción y la complicidad

Hemos indicado previamente que las formas de participación obligan a matizar la doctrina normativa del hecho como criterio de identificación del objeto normativo del proceso. En efecto, esta doctrina ha debido ser parcialmente modificada¹²⁵⁵ a raíz de la imposibilidad de apoyar la unidad del objeto procesal en la identidad normativa del hecho en las hipótesis de las formas de participación respecto del hecho de la autoría. La ineficacia de este criterio se explica porque las formas de participación suponen respecto de la autoría un hecho totalmente diverso en todos sus aspectos¹²⁵⁶, de modo que mal podía intentarse hacer una justificación de la unidad del objeto del proceso desde esta perspectiva.

En otras palabras, la identidad normativa del hecho es ineficaz para justificar la situación de que en la acusación se acuse a un sujeto como autor y se le acabe condenando por complicidad, o a la inversa. Son hechos radicalmente distintos. En consecuencia, si se mantenía la esencialidad de la conducta o actividad de ejecución típica como el criterio para discernir la unidad normativa del hecho y del objeto del proceso había que concluir que en la sentencia no se podía pasar a una forma de participación diversa sin romper dicha unidad, y, en consecuencia, sin infringir el deber de correlación objetiva.

La doctrina ha argumentado que en este caso no corresponde atender al hecho como forma de determinación de la unidad del objeto procesal, sino más bien al objeto material tutelado con la punición de las formas de participación junto a la autoría. Es decir, al bien jurídicamente protegido, el cual sí es único en las formas de participación y la autoría. Sobre esta unidad (de bien jurídico) se sostendría la unidad de objeto procesal.

En el Derecho chileno son formas de participación en la ejecución del delito la inducción y la complicidad. En el caso de la inducción el CP chileno aparentemente lo

¹²⁵⁵ Vid. sub-apartado 3.5, II, Sección Segunda, Capítulo II.

¹²⁵⁶ Esta es una cuestión pacífica en la doctrina penal chilena. Vid. ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, Alfredo, *Derecho penal, cit.*, tomo II, pp. 73 y ss; CURY URZÚA, Enrique, *Derecho penal, cit.*, tomo II, pp. 221 y ss; GARRIDO MONTT, Mario, *Derecho penal, cit.*, tomo II, pp. 295 y ss; POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio, MATUS ACUÑA, Jean Pierre y RAMÍREZ GUZMÁN, María, *Lecciones..., cit.*, pp. 395-421.

trata como una especie de autoría mediata, al contemplarla conjuntamente con las distintas formas de autoría en el art. 15 del CP, pero en realidad es una especie de participación, como lo ha aclarado la doctrina¹²⁵⁷. En lo referente a la complicidad regulada en el art. 16 del CP, no hay problema de interpretación, ya que está claro que son cómplices aquellos que cooperan a la ejecución del hecho por actos anteriores o simultáneos, siempre que no sea autor por no concurrir en él el dolo de ejecutar el hecho delictivo sino de auxiliar o colaborar.

Ambas formas de participación, tal como lo anticipamos, constituyen acciones delictivas completamente distintas a las que despliega el autor, razón por la que se debe descartar como criterio definidor del objeto normativo la identidad del hecho (ni siquiera parcial). Como hemos dicho, la doctrina¹²⁵⁸ por eso ha acudido al criterio del bien jurídico para salvar el problema que se presentaba para justificar el paso de la autoría a la inducción o complicidad, o viceversa, entre la acusación y la sentencia, en razón de que tanto la autoría como la inducción y complicidad, a pesar de sus diferencias fácticas de ejecución típica, suponen la infracción a una misma norma y bien jurídico, y por eso deben ser consideradas integrantes de un mismo y único objeto procesal.

Es evidente que la amplitud del efecto excluyente de la sentencia definitiva (cosa juzgada) impedirá que se abra un segundo proceso por el mismo objeto normativo, aunque se modifique en la segunda «imputación» la forma de participación desde autoría a inducción o complicidad, o viceversa. Nótese que en este caso la garantía del *non bis in idem* operará respecto de un hecho que es distinto, y no sobre el mismo enjuiciado en el primer proceso, como pretende el art. 1 CPP.

¹²⁵⁷ En doctrina está perfectamente claro que la inducción es una especie de participación distinta de la autoría mediata, CURY URZÚA, Enrique, *Derecho penal, cit.*, tomo II, p. 241-242; GARRIDO MONTT, Mario, *Derecho penal, cit.*, tomo II, pp. 308-312; POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio, MATUS ACUÑA, Jean Pierre y RAMÍREZ GUZMÁN, María, *Lecciones..., cit.*, pp. 427-429. Parece sostener una cosa distinta ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, Alfredo, *Derecho penal, cit.*, tomo II, pp. 90-94.

¹²⁵⁸ Entre otros, GÓMEZ ORBANEJA, Emilio, *Comentarios..., cit.*, tomo II, pp. 305-306; GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Eduardo, «La correlación...», *cit.*, pp. 534; DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, *Derecho procesal penal, cit.*, pp. 210-211; BETTIOL, Giuseppe, «La correlazione...», pp. 255-256.

2.2.7. Aplicación de la teoría normativa del hecho y su relación con el fenómeno de la progresión-regresión delictiva basada en la modificación de la imputación fáctica

En la parte de esta investigación dedicada al Derecho español hemos incidido con bastante detalle sobre el efecto que implicaba mantener una visión normativa del objeto del proceso. En síntesis, la construcción de un único objeto del proceso para correlación y cosa juzgada (y *litis pendencia*) basado en la concepción normativa del hecho suponía dejar de lado a fines de identidad del objeto procesal varios aspectos fácticos, que no eran desde este punto de vista relevantes. Sin embargo, esos extremos (nexo causal, resultado, aspecto subjetivo del hecho, o incluso su especificación espacio-temporal, entre otros) sí producen precisos efectos jurídico-penales. Es decir, quedaban fuera de la consideración del objeto procesal varios aspectos fácticos, que, no obstante, eran penalmente relevantes.

Consecuencia de esta doctrina era que el juez, en principio, no se hallaba limitado por estos aspectos fácticos ni por su modificación. Podía enjuiciarlos aunque no fueran introducidos por la acusación, ya que ello no implicaba mutación del objeto procesal ni, por tanto, infracción del principio acusatorio. Empero, el problema no es tan simple, pues, como hemos dicho, la modificación fáctica sobre los aspectos mencionados produce efectos jurídicos. El fenómeno técnico que nosotros entonces describíamos era que la teoría normativa dejaba sin solución el problema de los hechos en cuanto a lo que hace a la relevancia jurídico-penal de estos. Por tal motivo, el problema recobraba importancia a propósito de la calificación jurídica del hecho, pues detrás de ésta suele esconderse u ocultarse en verdad una modificación fáctica, que, siendo accesoria, no obstante, modifica el efecto jurídico del hecho. De esta manera se traslada la cuestión al tratamiento de la calificación jurídica.

Este fenómeno producido por la doctrina normativa ha dado lugar a lo que hemos denominado progresión-regresión delictiva, como también a la parcial desviación típica (heterogeneidad delictiva). Si tuviéramos que sintetizar la idea base que late detrás de estas materias habría que decir que se trata del resultado del entrecruzamiento de los hechos que se pueden modificar en sentencia y la consecuencia jurídico-penal que ello acarrea para la calificación jurídica que sube o baja, o que se desvía (heterogeneidad), en el entramado de figuras penales establecidas por el legislador penal. Sucede que detrás de lo que se suele presentar como modificación de la

calificación jurídica casi siempre se disimula alguna modificación fáctica del hecho, pero que desde una visión normativa del mismo es intrascendente.

Esta es sin duda la principal consecuencia de la teoría normativa del objeto procesal. También es la situación que se presenta con más frecuencia y la que, por tanto, puede llevar a plantearnos más problemas concretos.

Muchas son las posibilidades de que modificado un aspecto fáctico intrascendente para el objeto procesal, dicha modificación dé lugar a la progresión-regresión o a la desviación típica. Desde luego, la modificación en sentencia del nexo causal o del resultado podría dar pábulo a la progresión-regresión, al pasar a un título delictivo diverso respecto del sostenido en acusación.

Lo mismo va a acontecer con las circunstancias fácticas en virtud de las cuales el legislador penal establece las figuras agravadas en relación a las figuras bases. La circunstancia fáctica no altera en absoluto el hecho procesal ni el bien jurídico lesionado, pero puede dar lugar a un delito calificado o agravado respecto del simple. Los ejemplos son abundantes en el CP chileno.

Tanto en unos como en otros supuestos señalados el juez puede añadir o quitar dichos elementos fácticos sin afectar la correlación ni el principio acusatorio (desde la perspectiva normativa).

En la doctrina normativa carece también de relevancia procesal la modificación del aspecto subjetivo del hecho. El ánimo con el cual se ha desplegado la conducta delictiva no importa a efectos de identificación procesal del hecho. No obstante, una modificación en sentencia de este aspecto determinará la modificación del tipo subjetivo a doloso o culposo. En la jurisprudencia española este supuesto ha sido tratado como caso de heterogeneidad delictiva, aunque sin mucha claridad. Más allá de si se trata de un supuesto de heterogeneidad o si puede ser considerada propiamente un supuesto de progresión-regresión, el principio es el mismo al de los casos precedentes: la modificación fáctica, en esta hipótesis, hace avanzar o retroceder la calificación jurídica, en este caso pasar a distinto tipo subjetivo penal dentro del mismo título de condena.

Otras veces el lado subjetivo del hecho, como la existencia de un ánimo específico añadido al dolo propio del delito puede ser la base de una figura agravada o calificada,

en cuyo caso el *factum* subjetivo indudablemente se convierte en el fundamento de una estricta progresión-regresión delictiva. Acontece de esta forma, por ejemplo, en los casos de los homicidios calificados (asesinatos) cuando se trata de las circunstancias de premeditación, alevosía o ensañamiento. Todas suponen la concurrencia de un ánimo especial en el sujeto activo y que ha de quedar demostrado en juicio que efectivamente actuó movido por ese plus de intención sobre el dolo de matar mismo (*animus necandi*)¹²⁵⁹.

En los casos precedentes (todos) el problema gravita sobre el hecho modificado en sentencia y de qué manera esa modificación fáctica sirve de base a una calificación jurídica distinta de la formulada en la acusación.

La evidencia del fenómeno jurídico que describimos sólo se va a manifestar en la sentencia y bajo la forma de una modificación de la calificación jurídica (acusatoria). En consecuencia, la pregunta que corresponde formular a este respecto es cómo se debe enfrentar esta situación cuando aparezca una sentencia que «modifica la calificación jurídica». ¿Deben admitirse sin ninguna limitación o condición las modificaciones fácticas que producen efectos jurídico-penales, con tal que no conmuevan la identidad normativa del objeto del proceso, o se han de poner ciertas condiciones que restrinjan las modificaciones a la imputación fáctica que alteran la calificación jurídica? La jurisprudencia y doctrina española ha intentado responder a la cuestión, aunque no siempre con mucha precisión y, a veces, sin claridad de cuál era el problema preciso. Con todo, se ha aproximado a la solución a través del concepto de la homogeneidad delictiva (y la heterogeneidad). En Chile todavía no se ha producido ni tan siquiera la detección del problema.

No se trata ahora de repetir lo dicho a propósito del tratamiento del Derecho español¹²⁶⁰, sino de recoger la sustancia del desarrollo jurisprudencial y teórico y ver si ofrece alguna utilidad para el caso chileno. ¿Se puede aprovechar la doctrina de la

¹²⁵⁹ Vid. ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, Alfredo, *Derecho penal, cit.*, tomo III, pp. 52-67; GARRIDO MONTT, Mario, *El homicidio y sus figuras penales*, Conosur, segunda edición, Santiago, 1994, pp. 139 y 145-181. También en *Derecho penal, cit.*, tomo III, pp. 51-67.

¹²⁶⁰ Nos remitimos al apartado 7, IV, Sección Segunda, Capítulo II, donde se trata el modelo español y las cuestiones vinculadas a la homogeneidad delictiva, que han sido estudiadas con bastante detalle.

homogeneidad (ascendente y descendente) y de la heterogeneidad delictiva y el régimen de efectos que de ellas se derivan?

La duda en consecuencia es cómo se va a responder en el caso chileno ante situaciones de modificaciones sobre la calificación jurídica cuando ésta tenga como base una modificación fáctica. ¿Se podrá aplicar el modelo español que tolera las modificaciones calificatorias cuando se trata de desplazamientos a figuras menos complejas?

A grandes rasgos se puede decir que dos figuras delictivas son homogéneas cuando poseen una estructura típica compartida. Ahora bien, se afirma que esa homogeneidad es descendente cuando la sentencia desciende en esa misma estructura típica a figuras penales iguales o degradadas, con estructura típica equivalente o más simplificada o con menos elementos típicos relevantes respecto de la sostenida en la acusación. La homogeneidad, en cambio, será ascendente cuando el juez vaya desde una estructura típica más simple formulada en la acusación a una figura penal que implique una estructura típica más compleja, que suponga uno o más elementos típicos añadidos a la estructura sostenida en acusación¹²⁶¹.

Habría que concluir en el caso chileno, igual como hace la jurisprudencia y doctrina española, que la homogeneidad descendente no plantea mayores problemas al derecho de defensa del acusado, pues de lo que se trata es de que el juez se desplace en sentencia a una figura cuya estructura penal es más simple, de modo que todos sus rasgos típicos ya estén contenidos en la figura penal invocada por la acusación, y el acusador, por lo tanto, pueda conocer y defenderse de todos los elementos que en definitiva sirven de base a la sentencia de condena. El juez, en definitiva, ha retrocedido en el entramado de figuras o tipos penales previstos por la Ley. Esto sucederá fundamentalmente por una cuestión inherente a la propia labor de

¹²⁶¹ Esta doctrina que aparece profusamente desarrollado en la jurisprudencia española y en su doctrina, también ha sido mantenida con bastante coincidencia por otros autores europeos. *Vid.* en la doctrina italiana precedente al Código de 1988 a LA ROCCA, Manlio, *Studi...*, *cit.*, p. 61; SANTORO, Arturo, *Imputazione. Novissimo Digesto italiano*, *cit.*, 1962, pp. 462-464; CORDERO, Franco, «Considerazioni...», p. 941. En la doctrina italiana post Código de 1988 también CORDERO, Franco, *Procedura penale*, *cit.*, pp. 1184-1185; RAFARACI, Tommaso, *Le nuove...*, *cit.*, pp. 286-290. La doctrina penal alemana, según hemos dicho, denomina a este fenómeno como la relación de subordinación entre tipos penales distintos. *Vid.* MAURACH, Reinhart, GÖSSEL, Karl y ZIPF, Heinz, *Derecho penal*, *cit.*, tomo II, pp. 558-564.

enjuiciamiento. El juzgador puede valorar que la prueba no ha sido suficiente para acreditar todo el hecho punible de la acusación, pero sí uno menor. Se prueba parcialmente el relato fáctico, el cual ya no satisface la primera figura en todos sus elementos típicos, aunque sí otra menos compleja, así, por ejemplo, el tipo base y no el tipo agravado de una determinada categoría delictiva.

Distinta es la situación de la homogeneidad ascendente, pues en ella el juzgador sube en el entramado de figuras o tipos previstos en la Ley, y ello muy probablemente se deba a que el juzgador ha dado por probado algún aspecto fáctico no específicamente alegado por la acusación y que produce un efecto agravatorio. En definitiva la sentencia da por probado un elemento fáctico que satisface algún elemento típico de un delito más grave, ubicado más arriba en el entramado legal. En otras palabras, se produce una progresión delictiva a causa de la ampliación de la imputación fáctica.

Para el caso de Derecho chileno, en consecuencia, no habría de admitirse la homogeneidad descendente. El poder de calificación jurídica no autorizaría al juzgador a estimar en sentencia una calificación jurídica del hecho más grave que la formulada en acusación. El argumento principal para mantener esta posición contraria a la homogeneidad ascendente se halla en el derecho de defensa. Esta garantía procesal impondría el deber de no modificar la calificación jurídica por una mayor, ya que ello supondría que respecto del nuevo elemento agravatorio no se produjere un debate contradictorio entre las partes.

Problema vinculado al anterior, pero distinto, es el que atiende a la formulación de tesis del juez como vía adecuada para dar entrada a una calificación jurídica ascendente basada en la ampliación de la imputación fáctica. En efecto, la jurisprudencia y doctrina española¹²⁶² se han manifestado contrarios a que en virtud de los poderes de calificación jurídica del juez éste pueda estimar de oficio y de forma incondicionada una calificación jurídica más grave que la sostenida en acusación. Pero, junto a lo anterior, se plantea que dicha imposibilidad no es absoluta, sino que, al contrario, los poderes de calificación en estas hipótesis se hallan sometidos a un

¹²⁶² Nos remitimos al detallado análisis que hicimos de esta cuestión en Derecho español: apartados 7 y 7.1, y especialmente sub-apartados 7.1.4 y ss, IV, Sección Segunda, Capítulo II.

presupuesto de eficacia, cual es la utilización de tesis por parte del juez, de manera que si éste quiere considerar en sentencia la posibilidad de una calificación jurídica más grave debe, en todo caso, formular previamente una acusación. La jurisprudencia posteriormente exigió que esa tesis fuera asumida por alguno de los acusadores, y sólo así se hizo posible la sentencia condenatoria ha dicho título. Después ha venido el legislador y ha consagrado legalmente esta posición en el procedimiento abreviado (art. 789.3 LECrim).

Cabe ahora preguntarse por la posibilidad de aplicar en el caso chileno este criterio de utilización de la tesis (art. 341 CPP). La cuestión debe ser respondida atendiendo al contenido de la disposición del CPP, que no parece limitar su uso en este sentido, razón por la cual resulta perfectamente posible que a través de ella se pueda proponer una calificación ascendente basada en la ampliación de la imputación fáctica, lo que además se derivaría de la misma concepción normativa del hecho que parece sustentarse en el CPP.

Establecidas las consideraciones generales antes consignadas, surge la necesidad de verificar en la realidad jurisprudencial la manera cómo se han presentado casos concretos en los cuales el problema está referido a cambios de calificación jurídica sobre la base de modificaciones realizadas sobre el hecho punible.

La jurisprudencia chilena ofrece variados ejemplos en los cuales se han presentado las situaciones indicadas precedentemente:

1) Sentencia TOP de Temuco, de 5 de abril de 2001, rol interno 1-2001. Se trata de una acusación que califica de robo con intimidación, pero se acaba condenado por robo con sorpresa. Ambas figuras son homogéneas y desde luego el robo por sorpresa es descendente respecto del robo con intimidación. Esta última se encuentra más arriba en el entramado jurídico-penal o en la «columna de delitos homogéneos».

Lo que ha sucedido en la sentencia es que el Tribunal ha terminado por modificar parcialmente el hecho punible de la acusación, en el sentido que los hechos declarados probados establecen que en realidad el uso de arma con la cual se habría producido la intimidación no llegó a ser efectiva, pues el autor no alcanzó a desplegar la navaja que portaba consigo. Esta modificación fáctica sobre el relato de la acusación obligó al

Tribunal a retroceder, a descender, hacia una figura más básica y simple: desde robo con intimidación a robo con sorpresa¹²⁶³.

2) Sentencia TOP de Angol, de 25 de mayo de 2001, rol interno 1-2001. Se refiere a una acusación que califica por delito de lesiones gravísimas, que son aquellas cuyo resultado lesivo es especialmente grave: la provocación de inutilidad para el trabajo, la pérdida de un miembro importante o la secuela de notable deformidad de la víctima.

En el juicio no se pudo acreditar ninguno de estos resultados lesivos de la acción, pero sí se probó la incapacidad temporal para trabajar por 40 días, consecuencia que configura el delito de lesiones simplemente graves. La modificación de la calificación jurídica se produjo en estos términos, es decir, la sentencia tuvo que descender a la figura penal básica a causa de que no pudo establecer todo el hecho punible de la acusación.

3) Sentencia TOP de Temuco, de 25 de enero de 2002, rol interno 21-2001. La acusación en este caso calificó los hechos como violación a menor de edad. La prueba, sin embargo, no fue suficiente para acreditar la penetración, de manera que dicha calificación jurídica hubo de descender a abuso sexual. La situación es clara: el hecho de la acusación fue recortado en uno de sus aspectos centrales para sostener la violación y a raíz de aquella modificación fáctica se tuvo que modificar la calificación jurídica en sentencia.

4) Sentencia TOP de Temuco, de 5 de julio de 2002, rol interno 23-2002. En este otro caso se acusa por homicidio calificado con premeditación conocida, pero de la prueba del juicio el Tribunal consideró que no se probó esa circunstancia fáctica, por consiguiente esa parte del relato fue desestimada. La modificación del hecho implicó que ya no se pudo estimar el homicidio premeditado, pero aún cabía sostener el homicidio simple, pues se mantenía del hecho la acción de matar y el *animus necandi*. Operó, en consecuencia, la homogeneidad descendente.

5) Sentencia TOP de Copiapó, de 27 de octubre de 2003, rol interno 52-2003. Se acusa por tráfico de estupefacientes, pero en el juicio no se probó que la droga hallada en posesión del acusado estuviera destinada a la «comercialización» (tráfico). La

¹²⁶³ Otro caso semejante se puede encontrar en STOP de Ovalle, de 3 de agosto de 2002, rol interno 20-2002.

prueba destinada a demostrar este elemento fáctico-típico no fue suficiente para darlo por acreditado, de modo que la calificación jurídica de la acusación no pudo ser estimada en sentencia. Con todo, los hechos en definitiva probados constituían falta de porte de estupefacientes, figura penal más simple y que se satisfacía con la pura concurrencia del porte de droga en lugar público. La sentencia acabó modificando la calificación jurídica a raíz de la modificación fáctica.

En todos estos casos se ha aplicado la doctrina de la homogeneidad descendente tal cual la habíamos expresado, aunque las sentencias no sean conscientes de ello.

La jurisprudencia chilena, no obstante, se aparta de la española en un aspecto importante. En la generalidad de los casos suele formular la tesis aun en supuestos de homogeneidad descendente, así, en las sentencias precedentes casi todas dejan constancia de que en los respectivos juicios se formuló la tesis antes de dictarse sentencia por la nueva calificación jurídica. Sólo una prescindió de la misma¹²⁶⁴. La interpretación amplia del uso de la tesis parece desprenderse de que el art. 341 CPP no hace distingo a este respecto. En principio puede parecer conveniente que la jurisprudencia sea más estricta en el uso de la tesis incluso en supuesto de homogeneidad descendente, lo cual aseguraría todavía de mejor manera el debate contradictorio. Empero, convendría tener en cuenta que el establecimiento de un deber en este sentido importaría establecer su omisión como motivo de nulidad del juicio y de la sentencia, según derivaría del art. 374, letra (f). Tal situación la estimamos excesiva, sobre todo si se repara en que en la mayoría de estos casos la misma homogeneidad descendente asegura que el debate previo se ha realizado sobre todos aquellos elementos fáctico-típicos que en definitiva se han tenido en cuenta en sentencia para hacer la calificación jurídica, distinta, es cierto, pero basada en los mismos o menos elementos fácticos que los que proponía inicialmente la acusación.

Tocante a la hipótesis contraria, es decir, a la homogeneidad ascendente cuando se basa en la ampliación de la imputación fáctica realizada en la misma sentencia, corresponde preguntarse si es admisible en Derecho chileno. Qué acontece cuando el proceso es justo el inverso del que se ha descrito precedentemente. Podríamos utilizar los mismos ejemplos previamente señalados, pero presentándolos en sentido contrario.

¹²⁶⁴ Sentencia TOP de Temuco, 5 de julio de 2002, rol interno 23-2002.

Es claro que en principio la modificación fáctica tiene la misma naturaleza, ya que ésta no varía porque se quite o se añada al hecho de la acusación. En el primer caso, la reducción (modificación) del hecho hacía descender la calificación jurídica a una más simple, pero homogénea, es decir, basada en una estructura típica común, pero más restringida. Lo mismo puede darse en el sentido opuesto, la prueba del juicio puede arrojar una ampliación fáctico-típica, desprendiéndose un elemento nuevo que se añade a los de la acusación y en cuya virtud se haya de subir o ascender en la calificación a figuras penales más grave, pero que comparten con la de la acusación una misma estructura típica, aunque en este caso con algún elemento nuevo añadido. Qué sucedería si formulada acusación por homicidio simple, de la prueba se desprende que hubo, además de *animus necandi*, premeditación conocida. O qué sucedería si la acusación califica de falta de porte de drogas y con la prueba del juicio se descubre que era droga destinada a su comercialización.

Un caso real en la jurisprudencia chilena fue el que se presentó en la Sentencia TOP de Ovalle, de 25 de septiembre de 2004, rol interno 51-2004, en la cual se da cuenta de una acusación por lesiones graves gravísimas causadas en riña. El Tribunal, sin embargo, consideró que de la prueba rendida se desprendía que los hechos demostraban que todos los victimarios habían actuado con dolo de causar lesiones a la víctima, de modo que no había indeterminación de la persona que en definitiva terminó por inferir las lesiones, ya que en realidad todos eran responsables de las mismas al demostrarse que todos habían actuado con el dolo de provocarlas. De esta consideración fáctico-jurídica se vino a desprender una calificación jurídica ascendente: que las lesiones graves gravísimas no habían sido causadas en riña (tipo atenuado), de modo que la calificación procedente era la figura ascendente de lesiones graves gravísimas del art. 397.2 CP, en la cual todos los acusados habían participado como coautores de dichas lesiones.

Otro supuesto es el resuelto en la Sentencia TOP de Ovalle, de 20 de mayo de 2005, rol interno 34-2005, en el cual se acusaba de robo con intimidación con la agravante de haber ejecutado el robo portando arma blanca (art. 12 N° 20 CP). El Tribunal discrepa de la calificación del fiscal, pues estima que en realidad la circunstancia agravante no opera como una simple agravante, sino, al contrario, constituye una circunstancia calificante que da lugar al tipo agravado del art. 450 CP. Dicha calificación se basa en consideraciones jurídicas en virtud de las cuales se demuestra que los hechos calzan

mejor con el tipo calificado, pero también detrás de esa calificación se hallan consideraciones fácticas que derivan de la prueba, como ser que el uso del arma blanca fue el medio que intencionadamente se utilizó para causar la intimidación y que sólo ese modo de intimidación pudo asegurar la apropiación, de manera que la actitud del acusado no se habría limitado a un simple porte de arma o a un uso irrelevante de la misma, no esencial para causar la intimidación.

La pregunta fundamental es si resulta posible que, estas modificaciones fácticas que ahora importan añadir un elemento (y no quitar como era en la homogeneidad descendente), las realice el mismo juez en sentencia. La respuesta ha de ser afirmativa por todas las razones dadas precedentemente, pero debería partir de la base de que aquí sí es absolutamente necesaria la previa formulación de tesis, pues se trata de un elemento fáctico-típico nuevo que las partes no han alegado ni del cual han tenido conocimiento previo, de modo que hay riesgo de indefensión por falta de conocimiento y debate contradictorio de aquél nuevo aspecto. La tesis sería entonces el cauce para ampliar el objeto del debate¹²⁶⁵.

Pero además habría que preguntarse también acerca de aquella consecuencia a la que ha llegado la jurisprudencia y la Ley española sobre la necesidad de que algún acusador asuma como propia la tesis, de manera que sólo en ese caso el juzgador queda habilitado para condenar de acuerdo a la misma. El juez sólo podría poner de relieve el elemento fáctico nuevo que se deriva de la prueba y la calificación jurídica ascendente, y las partes (el acusador) debatir sobre ellas, siendo necesario que algún acusador la asuma como propia para que el juez pueda estimar la nueva calificación jurídica ascendente (y el hecho nuevo). Como se ha dicho, la estimación de oficio por el juez de una calificación jurídica más grave es rechazada por la doctrina española basada en la «garantía de no agravación punitiva»¹²⁶⁶, más allá de lo que pide la acusación, pues lo contrario supondría la asunción de la función acusadora.

En Derecho chileno no hay limitación legal para que el juez pueda estimar una calificación jurídica más grave que la formulada en acusación, previa formulación de

¹²⁶⁵ *Vid.* lo expuesto en la parte dedicada al Derecho español en esta investigación: apartados 7 y 7.1, y sub-apartados 7.1.4 y ss, IV, Sección Segunda, Capítulo II.

¹²⁶⁶ Nos hemos referido a esta cuestión con detalle en la parte de Derecho español: sub-apartados 7.3, 7.4 y 7.5, IV, Sección Segunda, Capítulo II.

tesis, pero sin necesidad de asunción. Confirma esta aseveración la Sentencia TOP de Ovalle, de 25 de septiembre de 2004, rol interno 51-2004, que si bien formuló la tesis previa sobre las lesiones graves gravísimas (y que estimó en definitiva), no se cuestionó la necesidad de que dicha tesis fuera asumida por el acusador. Lo mismo aconteció en la Sentencia TOP de Ovalle, de 20 de mayo de 2005, rol interno 34-2005.

3. El deber de correlación y la calificación jurídica y pena pedida

El art. 341 inciso 2º establece que el tribunal puede dar al hecho (punible) una calificación jurídica distinta de la contenida en la acusación o apreciar una circunstancia agravante no incluida en ella. Del tenor gramatical de la norma se deriva sin lugar a duda que la calificación jurídica del hecho punible es una facultad entregada al tribunal con la única limitación de que ella no suponga la variación sustancial del hecho.

Con respecto al *petitum* de pena, si bien es un elemento que forma parte de la acusación, según lo dispone expresamente la letra (g) del art. 259, en el NCPP, al igual que en el Derecho comparado europeo¹²⁶⁷, se predica la no vinculación del tribunal, el cual es libre en la determinación de la consecuencia penal en ejercicio de sus facultades de calificación y, especialmente, de sus facultades de identificación concreta o dosimétricas de la pena. Según se establece en el art. 345 del NCPP, si el tribunal lo estima necesario podrá «citar a una audiencia con el fin de abrir debate sobre los factores relevantes para la determinación y cumplimiento de la pena que el tribunal señalará»; la frase «que el tribunal señalará» demuestra claramente que la determinación de pena es facultad del tribunal, sin perjuicio del derecho a debatir los elementos que habrá de tener en cuenta para dicho fin.

¹²⁶⁷ En el Derecho comparado europeo se consagra la misma solución. En el caso del StPO alemana, la no vinculación al *petitum* de pena se deduce de los párrafos 265 y 267, *vid.* ROXIN, Claus, *Derecho procesal penal*, *cit.*, pp. 160-163 y 415-422; GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis, *El proceso penal alemán...*, *cit.*, pp. 366-367. En el caso del *Codice de procedura penale* italiano, lo mismo se concluye de los arts. 521 y 597.3, *vid.* por todos FASSONE, Elvio, *Manuale pratico...*, *cit.*, p. 845. En el caso de Derecho español, la no vinculación al *petitum* de pena emana de la coordinación de los arts. 851.4 y 733. Para mayor detalle nos remitimos a los apartados 1, 2 y 3, V, Sección Segunda, Capítulo II, dedicados a la (no) vinculación a la pena pedida en Derecho español.

Cabe hacer notar, asimismo, que esta solución es plenamente conforme con las disposiciones del Código Penal chileno, comprendidas en los arts. 61 a 73, que contienen las reglas penológicas que el juzgador debe aplicar, pero reconociéndole dentro de estas reglas la facultad individualizadora de la pena.

3.1. *La calificación jurídica y el derecho de defensa*

El ejercicio de la potestad de calificación jurídica puede conducir al tribunal a apartarse de las calificaciones hechas por las partes, supuesto en el cual previamente ha de dar cumplimiento a un presupuesto de eficacia de la sentencia, consistente en advertir a las partes durante la audiencia de la posibilidad de dar a los hechos otra calificación —art. 341 inciso 2º—. Esto no es otra cosa que el sometimiento de la tesis de calificación del tribunal a las partes. La finalidad de esa advertencia es otorgar a las partes la posibilidad de debatir la calificación propuesta por el tribunal y de esa manera evitar la posible indefensión que se puede causar con el legítimo ejercicio de las facultades calificadorias que por definición pertenecen a aquél¹²⁶⁸. El art. 341 inciso 3º prevé incluso el sometimiento a debate de la tesis a pesar de haber concluido el debate oral, en el caso que el tribunal durante la deliberación considere la posibilidad de un cambio de calificación, que no hubiere sido objeto de discusión en la audiencia, en cuya hipótesis el tribunal deberá reabrir la audiencia para permitir el debate sobre la nueva calificación.

La función que cumple tanto el inciso 2º y 3º del art. 341 se asienta en la tutela del derecho de defensa y del principio de contradicción, pero a partir del reconocimiento de las facultades de determinación del Derecho: *iura novit curia*¹²⁶⁹.

¹²⁶⁸ Vid. apartados 4 y 5, II, Capítulo I.

¹²⁶⁹ Vid. CAROCCA PÉREZ, Alex, «Congruencia...», *cit.*, pp. 311-314.

3.2. Defecto en la tutela del derecho de defensa y del principio de contradicción

La tesis del art. 341 como técnica para asegurar el debate y contradicción sobre la calificación jurídica del juzgador, cuando ella es distinta de la efectuada por la o las acusaciones, es normativamente insuficiente por varias razones.

1) En primer lugar, frente a la hipótesis de cambio de calificación o de apreciación de circunstancia agravante propuesta por el tribunal, puede haber en muchos casos necesidad de contar con un tiempo adecuado para preparar la defensa y, posiblemente, de presentar prueba, sobre todo cuando el cambio de calificación jurídica se basa en una circunstancia fáctica añadida. Pensemos, por ejemplo, en una acusación por homicidio simple y el tribunal somete a debate un homicidio calificado, o en un caso de agravante apreciada por el juez. Es muy probable que en estos supuestos la defensa necesite de tiempo y de oportunidad para presentar prueba sobre los puntos concretos de la calificación y de la circunstancia fáctico-jurídica añadida.

A pesar de no encontrarse prevista ninguna suspensión del juicio y oportunidad de nueva prueba para estos casos, la falta de previsión normativa podría ser subsanada por aplicación de las normas que hemos entendido aplicable para el caso de cambio de calificación realizado por alguna de las partes en los alegatos finales. Nos referimos a las disposiciones contenidas en los arts. 283 y 336 del NCPP. El art. 283, según hemos dicho, autoriza al tribunal para suspender la audiencia, oportunidad procesal que, a nuestro juicio, debiera ser procedente para poder preparar la defensa ante planteamientos de tesis por el juzgador.

El art. 336 del NCPP, como también hemos anotado, contempla la posibilidad de pedir prueba no solicitada oportunamente. También debiera ser posible aplicarla en el planteamiento de tesis del tribunal en caso de estimarse necesaria la misma.

Para la situación de la tesis sobre agravantes, debiéramos, asimismo, tener en cuenta que conforme al inciso final del art. 343 en relación al art. 345, se pueden presentar ciertas excepciones a la regla de la resolución inmediata en la sentencia de condena de todas las circunstancias modificatorias, lo que se traduce en la posibilidad de diferir la decisión de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal para una audiencia posterior destinada a la determinación de la pena y su cumplimiento. Esto

abriría la posibilidad de preparar la defensa respecto de la circunstancia agravante (al menos). Sin embargo, ya hemos dicho que los requisitos que se establecen para dar lugar a esta audiencia especial son bastante restrictivos, pues se limitan a aquellas circunstancias modificatorias que sean ajenas al hecho punible y que además el tribunal estime necesaria la audiencia, requisitos copulativos sin los cuales no hay audiencia, dejando el derecho de defensa de las partes en manos del arbitrio judicial.

Por otra parte, la exigencia de ser las agravantes «ajenas al hecho punible» convierte en excepcional la posibilidad de audiencia para debate de circunstancias, pues la mayoría de las circunstancias y las más importantes son aquéllas que están integradas en el hecho punible.

2) En segundo lugar, un déficit todavía más básico que el denunciado precedentemente se refiere a la extensión del derecho de defensa y contradicción. El art. 341 incurre en el error de proteger el derecho de defensa y contradicción en un sentido restringido y unidireccional.

Su carácter restringido se debe a que el art. 341 sólo prescribe la formulación de tesis y su sometimiento a debate en caso de cambio de calificación del hecho punible, con lo cual se puede entender que sólo se está aludiendo al título de condena, ya que después menciona por separado a las circunstancias de agravación, ordenando también su sometimiento a debate, pero guarda silencio respecto de los demás aspectos de la calificación jurídica, como son el grado de perfección de la ejecución o la forma de participación, de modo que habría que concluir que para estos elementos no hay cobertura normativa ante el cambio de calificación y por lo tanto no se tutelaría respecto de ellos el derecho de defensa, pudiendo el tribunal estimar su modificación directa y libremente en sentencia definitiva.

Obviamente no es ésta la interpretación adecuada, sino la contraria, debiendo concluirse que la referencia a la calificación jurídica del hecho abarca la valoración jurídica del hecho punible y de todos sus elementos accidentales con especificación de su realización concreta, de manera que se deba entender incluido, además del título de condena, el grado de ejecución, la forma de participación y la concurrencia de un subtipo agravado.

Con respecto a la cobertura unidireccional, el art. 341 consagra una cobertura de la tutela del derecho de defensa y contradicción en un sentido unidireccional, sólo para la

defensa. En caso alguno se ocupa de dar el mismo trato a los elementos de calificación que favorecen al acusado y que por tanto pueden afectar la posición de defensa del acusador. Es decir, no se asegura ningún tipo de debate respecto de los elementos como una eximente o atenuante, salvo el caso que la atenuante fuera de aquellas «ajenas al hecho punible» y que el tribunal a su arbitrio considere necesario abrir una audiencia para la fijación de la pena. De modo que, con la salvedad hecha, se infiere que el tribunal las puede estimar directamente en sentencia sin siquiera ponerlas en conocimiento previo de las partes y en especial del acusador, para que alegue lo que considere oportuno.

Nos parece que en esta parte el NCPP vulnera el principio de igualdad procesal al asegurar sólo el derecho de defensa del acusado, desconociéndoselo a la acusación.

3.3. Exceso en la tutela del derecho de defensa y del principio de contradicción

En el apartado anterior hemos puesto de manifiesto la falta de tutela del derecho de defensa y del principio de contradicción en los casos señalados. Ahora, sin embargo, cabe poner de relieve que el inciso 2º del art. 341, en su sentido gramatical, aparece otorgando una protección que nos parece desenfocada e innecesaria al menos en dos hipótesis. En efecto, el art. 341 inciso 2º dice que el juzgador «puede dar al hecho una calificación jurídica distinta de aquella contenida en la acusación» e inmediatamente añade «siempre que hubiere advertido a los intervinientes durante la audiencia», es decir, siempre que previamente se plantee tesis, exigencia que hace el precepto sin hacer ninguna distinción, con lo cual da a entender que esto fuere necesario en todo caso.

No obstante, hay dos situaciones en que a pesar de haber cambio de calificación jurídica no hay necesidad de previa formulación de tesis.

Nos referimos, en primer lugar, al caso de que el cambio de calificación en sentencia sea para recoger una (calificación) planteada por la defensa, ya que de esa manera la calificación estimada por el juzgador habrá sido introducida en el objeto del debate por la propia defensa y el cambio no modificará en absoluto el marco del debate

propuesto por las partes ni, por lo tanto, se afectará el derecho de defensa y el principio de contradicción de ninguna de ellas.

Resulta interesante señalar que en la práctica forense chilena no es inusual que la defensa penal alegue y pida la recalificación de los hechos hacia tipos penales de menor gravedad que los sostenidos por la acusación, sobre todo cuando la defensa se enfrenta a acusaciones muy bien fundadas en abundantes fuentes de prueba, con lo cual una estrategia de negación de los hechos tiene menos sentido que una defensa basada en la argumentación jurídica tendente a demostrar que la calificación adecuada es una de menor gravedad que la sostenida por la acusación.

En segundo lugar, el otro supuesto de tesis innecesaria se da cuando la modificación de calificación jurídica se hace por figura que está en relación de homogeneidad descendente con la sostenida en acusación, se pida o no recalificación jurídica por la defensa. En efecto, tampoco tiene sentido el planteamiento de tesis en los cambios de calificación, cuando la estimada por el juzgador se basa en un tipo penal homogéneo y descendente respecto del de la acusación, aunque ni siquiera se haya pedido por la defensa la recalificación descendente.

Por las razones que ya hemos estudiado, no tiene sentido establecer el deber del juzgador de formular la tesis para condenar por un delito distinto pero homogéneo e igual o menos grave que el de la acusación (descendente), porque si asumimos que la homogeneidad suele estar referida a la estructura típica de los ilícitos, es decir, a los elementos fáctico-jurídicos sobre los cuales descansa la figura delictiva, el cambio de calificación no supondrá la consideración de ningún elemento fáctico-jurídico que no haya estado incluido en la calificación más amplia de la acusación, de modo que la estimada por el juzgador posea la misma estructura típica que la de la acusación, o, en todo caso, una más simplificada. Así, las alegaciones y las pruebas de las partes, y especialmente las de la defensa del acusado, realizadas sobre la base de la calificación de la acusación, recaerán sobre todos los elementos fácticos y jurídicos constitutivos del tipo que en definitiva estima el juzgador, con lo cual no se producirá un cambio que afecte la defensa y que esté necesitado de debate entre las partes.

Todavía más evidente es esta conclusión cuando la calificación delictiva descendente se basa en una pura consideración jurídica, sin ninguna modificación fáctico-típica, ya que en dicho caso la modificación operada en sentencia se limitará a

restarle efecto jurídico a alguna parte de la imputación fáctica de la acusación. Resulta que, pese a dar por probado el mismo hecho de la acusación, se establece que en lo referente a la calificación del mismo una parte de ese relato probado no produce el efecto alegado por la acusación. Es manifiesto que en este caso se produce un debate sobre todos los aspectos fácticos y jurídicos que el juez tuvo en cuenta al dictar sentencia y sin el añadido de ninguna nueva consideración que haya podido variar el marco de ese debate.

La norma del art. 341 inciso 2º, sin embargo, al no prever excepciones a la regla de la tesis ante el cambio de calificación, parece imponer al juzgador el planteamiento de tesis para todos los supuestos.

Esto que puede parecer un problema puramente teórico, no lo es tanto si se piensa que si el juzgador se olvida de plantear tesis en estas situaciones, conforme al sentido gramatical del art. 341 inciso 2º, no podría ni tan siquiera hacer una calificación delictiva homogénea y descendente, prohibición que estaría incluso tutelada bajo pena de nulidad, ya que el art. 374 letra (f) le daría cobertura en el recurso de nulidad, de manera que dicha sentencia sería anulable por infringir el deber de «correlación», cuestión que nos llevaría al absurdo de poderse anular una sentencia que no produce menoscabo procesal alguno.

La jurisprudencia¹²⁷⁰ sólo se ha pronunciado respecto de la primera excepción acertadamente, referida a la calificación planteada por la misma defensa, entendiendo que para estimar el cambio de calificación recogiendo la de la defensa no hay necesidad de tesis previa.

¹²⁷⁰ SSTOP: Tribunal de La Serena (1ª sala), 26 de marzo de 2001, rol interno 1-2001; Tribunal de Temuco (1ª sala), 15 de junio de 2001, rol interno 3-2001; Tribunal de Temuco (1ª sala), 28 de marzo de 2002, rol interno 8-2002; Tribunal de Antofagasta, 20 de abril de 2002, rol interno 3-2002; Tribunal de Ovalle, 8 de junio de 2002, rol interno 12-2002; Tribunal de Ovalle, 25 de junio de 2002, rol interno 14-2002; Tribunal de Ovalle, 9 de agosto de 2002, rol interno 21-2002. También SJG de Nueva Imperial, 5 de febrero de 2002.

Por el contrario, en la segunda hipótesis la jurisprudencia¹²⁷¹ tiende a formular la tesis. Sin embargo, consideramos que debiera extender a este caso la regla de prescindencia de la misma, no sólo por las razones dadas, sino también porque podría hallarse un fundamento normativo para ello en el inciso 3° del art. 341. Sabemos que esta norma establece la posibilidad de tesis incluso ya acabado el debate oral del juicio, cuando el juzgador considere un cambio de calificación en el momento de la deliberación, en cuya situación tendrá que ordenar la reapertura del debate para discutir sobre la tesis, pero sólo —y aquí viene lo importante— cuando esa calificación «no hubiere sido objeto de discusión durante la audiencia». Pues bien, tratándose de una calificación homogénea y descendente, se puede sostener que ya se ha debatido sobre todos los elementos constitutivos del ilícito, haciéndose innecesario un debate extraordinario.

¹²⁷¹ SSTOP: Tribunal de Temuco (1ª sala), 5 de abril de 2001, rol interno 1-2001; Tribunal de Angol, 25 de mayo de 2001, rol interno 1-2001; Tribunal de Ovalle, 28 de julio de 2001, rol interno 2-2001; Tribunal de Temuco (1ª sala), 25 de enero de 2002, rol interno 21-2001; Tribunal de Ovalle, 25 de mayo de 2002, rol interno 11-2002; Tribunal de Copiapó, de 27 de octubre de 2003, rol interno de 52-2003. En contra de esta línea jurisprudencial encontramos a la STOP de Temuco (1ª sala), 5 de julio de 2002, rol interno 23-2002, que estima un delito homogéneo descendente (homicidio simple) respecto del de la acusación (homicidio calificado) sin previo planteamiento de tesis. Creemos que aquí acierta el Tribunal.

CAPÍTULO VI

ESPECIALIDADES DE LA CORRELACIÓN EN LOS PROCESOS «ALTERNATIVOS» Y CON RASGOS DE CONSENSO

I. PROCEDIMIENTO ABREVIADO

El procedimiento abreviado, como el simplificado y monitorio, constituye lo que se denomina un «procedimiento alternativo»¹²⁷². Su establecimiento por el NCPP responde a la idea de dotar al sistema procesal penal de «procedimientos alternativos» al ordinario, que reúnan las características de simplificación o abreviación, mediante la supresión de etapas del proceso o del juicio, con el consiguiente ahorro de medios y de tiempo (celeridad)¹²⁷³.

El NCPP usa la expresión «procedimiento abreviado» para referirse a la institución que disciplina la posibilidad de convertir la audiencia de preparación del juicio (etapa intermedia) en el momento procesal en que se desarrolle el juicio mismo, sobre la base del reconocimiento de hechos y de los antecedentes de la investigación.

Por la razón de ser un mecanismo procesal de conversión de la preparación del juicio en la etapa del juicio mismo, no se nos escapa que habría sido técnicamente más acertado hablar de «juicio abreviado», y no de «procedimiento». Esta última expresión es inexacta, ya que esta institución no regula un «procedimiento penal», sino únicamente establece un mecanismo de provocación del juicio anticipadamente (en la etapa de preparación), bajo ciertos presupuestos¹²⁷⁴.

¹²⁷² Vid. FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*, cit., pp. 746-752; RICCIO, Giuseppe (con Gaito, Illuminati, Lemmo, Modona, Spangher, Voena, Zappalà), *Profili del nuovo Codice di Procedura Penale*, Cedam, Padova, 1990, pp. 291-296.

¹²⁷³ Estos fines se han manifestado desmedidamente en el medio jurídico chileno, tradicionalmente muy pragmático, lo que además en el último tiempo se ha visto reforzado por la influencia del pragmatismo utilitarista anglosajón. Vid. RIEGO RAMÍREZ, Cristian, «El procedimiento abreviado», en AAVV, *Nuevo proceso penal*, Conosur, Santiago, 2000, pp. 218-224. Una visión más técnica en HORVITZ LENNON, María, *Derecho procesal penal chileno*, cit, tomo II, pp. 503-516.

¹²⁷⁴ Vid. GIUSTOZZI, Raimondo, *Manuale pratico del nuovo processo penale* (con Fortuna, Dragone, Fassone, Pignatelli), Cedam, tercera edición, Padova, 1993, pp. 599 y ss.; RICCIO, Giuseppe, *Profili...*, cit., pp. 296 y ss.

La situación del procedimiento abreviado es la siguiente: una vez cerrada la investigación y presentada la acusación del fiscal y eventualmente la del acusador particular, si en ellas se pide una pena no superior a cinco años de presidio o reclusión menores en su grado máximo u otras penas de distinta naturaleza, el imputado, sobre la base de los antecedentes de la acusación, puede aceptar los hechos de la acusación, en cuyo caso el fiscal podrá solicitar al juez de garantía que se proceda conforme al procedimiento abreviado.

La solicitud de proceder conforme al procedimiento abreviado se puede hacer por escrito en la misma acusación o verbalmente en la audiencia de preparación del juicio. En esta última hipótesis, la norma (art. 407) permite que las acusaciones y las penas pedidas por el fiscal o el acusador particular sean modificadas, ello con el propósito de ajustarlas a los límites punitivos del procedimiento abreviado y de provocar una aceptación de hechos por parte del imputado¹²⁷⁵.

Caso que el juez en la audiencia de preparación acceda a la petición de procedimiento abreviado, el debate del juicio se producirá en la misma audiencia y al término de ésta se ha de dictar sentencia por el mismo juez (de garantía). La sentencia que fuere condenatoria no podrá ser más grave ni más desfavorable que la requerida por el fiscal o acusador particular. Es decir, la sentencia se halla limitada por el máximo de la pena concreta pedida por la o las acusaciones.

1. El procedimiento abreviado como manifestación de la negociación penal

En el procedimiento abreviado regulado en el NCPP chileno el legislador intenta dar cabida a la negociación sobre el mérito del proceso dentro de ciertos márgenes, lo cual es un rasgo que distingue al sistema chileno del sistema europeo continental¹²⁷⁶, donde en principio el juicio abreviado no supone más que un acuerdo sobre el

¹²⁷⁵ La aplicación de esta norma entraña un alto riesgo de perversión del sistema procesal penal, como demostraremos más adelante.

¹²⁷⁶ *Vid.* en el caso del Derecho italiano a GIUSTOZZI, Raimondo, *Manuale pratico...*, *cit.*, p. 603; RICCIO, Giuseppe, *Profili...*, *cit.*, p. 296. En el Derecho alemán se regula un procedimiento acelerado, el que está regulado en el parágrafo 417 y ss. *Vid.* ROXIN, Claus, *Derecho procesal penal*, *cit.*, pp. 515-519.

procedimiento¹²⁷⁷, que en concreto se traduce en la realización del juicio en la audiencia de preparación, sobre la base de los antecedentes de la investigación preliminar, pero en caso alguno implica un reconocimiento de culpabilidad.

La regulación chilena, en cambio, contempla expresamente como uno de los presupuestos del procedimiento abreviado, junto al límite de pena y aprobación del juez, a la aceptación de los hechos de la acusación y de los antecedentes en que se funda.

Es evidente que, aunque la Ley no lo diga, el reconocimiento de hechos en estos términos va más allá de un simple acuerdo sobre el rito procesal; en este caso se trata de una declaración autoinculpatoria (de una confesión) que se obtendría a partir de una negociación.

El sentido negociador del juicio abreviado se manifiesta en dos disposiciones que son claves a la hora de darle un perfil determinado a la institución. En primer lugar, se muestra con toda nitidez en la regulación de la iniciativa de la solicitud de procedimiento abreviado. La Ley chilena ha optado por entregar la iniciativa de pedir juicio abreviado al fiscal y no al imputado, lo que indica que se deja en manos del fiscal la elección de pasar a un juicio ordinario o de instar por un juicio abreviado. Y esto, ya por sí mismo, pone al fiscal en una situación de **poder** ofrecer, **si quiere**, unas probables ventajas al imputado, con lo cual se acentúa el sentido instrumental y negociador de la institución, ya que la obtención de unas ventajas punitivas por parte del imputado no dependen de su conducta procesal, sino de la del acusador público.

Obsérvese que en un sistema como el italiano, en donde el juicio abreviado carece de un sentido negociador sobre el mérito del proceso, la iniciativa de petición radica en el imputado, no en el fiscal¹²⁷⁸. De esta manera la obtención de las ventajas del juicio

¹²⁷⁷ Desde luego esta afirmación no puede ser sostenida para el caso del procedimiento abreviado español, donde esta denominación se reserva para un procedimiento ordinario aplicable a delitos castigados con una pena de hasta 9 años de privación de libertad (pena abstracta) o con cualquiera otra pena privativa de otro derecho cualquiera sea su cuantía o duración (art. 757 LECrim). En el sistema español el procedimiento abreviado no ofrece ninguna posibilidad de pacto respecto del mérito del proceso, ni respecto del mismo procedimiento.

¹²⁷⁸ Hasta el año 1999 al fiscal le correspondía dar el asenso o el disenso a la petición del imputado sobre el juicio abreviado (hoy ya no). La Corte Constitucional italiana había establecido que en caso de

abreviado (italiano) depende de la voluntad del imputado y de la valoración del juez, nunca de la voluntad del fiscal.

Este modo de entender el juicio abreviado revela asimismo una preocupación por la vigencia de la igualdad de trato y de la legalidad como garantía, lo cual fue expresado por la Corte Constitucional italiana en la Sentencia de 28 de enero de 1991, N° 81, cuando argumentó que la falta de motivación del disenso del fiscal no respondía, de una parte, a la exigencia de coherencia y razonabilidad en el sentido que la oposición del MP no sólo afectaba al rito especial del juicio abreviado, sino también a la reducción de pena en caso de condena, y, de otra parte, el disenso sin necesidad de fundamentación no se conciliaba con el sistema del CPP italiano, fundado sobre la base del principio de la participación de la acusación y de la defensa en igualdad, en cada estado y grado del procedimiento, argumentos a los que se añadía la consideración de la posibilidad de un tratamiento desigual de imputados destinatarios de idénticas imputaciones y portadores de una análoga capacidad de delinquir, en cuanto el acusador podía otorgar el asenso sólo a unos y no a los otros, sin expresar las razones de su decisión ni tener que someterlas a control jurisdiccional alguno.

Por otra parte, en el sistema chileno hay una segunda disposición que acusa la intención negociadora que el legislador quiso darle al procedimiento abreviado. Se trata de la regulación de los momentos procesales en que el fiscal puede hacer la petición y de la manera en que puede plantearla. El art. 407 otorga una doble posibilidad al fiscal para solicitar la abreviación: por escrito en la misma acusación o con posterioridad, verbalmente, en la audiencia de preparación del juicio. La previsión de dos momentos procesales para hacer la petición, tiene la finalidad, o por lo menos el efecto, de otorgar al fiscal la posibilidad de aprovechar estas dos oportunidades para diseñar una estrategia tendente a incentivar una negociación. De ahí que la misma norma prevea que para hacer posible la petición y la obtención del acuerdo del

disenso el MP debía fundamentarlo, pudiendo basarse esa fundamentación sólo en un único argumento: la imposibilidad de decidir de forma adecuada solamente con los actos de investigación.

Esta doctrina fue sentada por la Corte Constitucional italiana, en la Sentencia de 28 de enero de 1991, N°81, que declaró constitucionalmente ilegítima, por violación del art. 3 de la Constitución italiana, a la combinación de los antiguos artículos 438, 439, 440 y 442 del Código, por la falta o no previsión de motivación del disenso del MP. *Vid.* GIUSTOZZI, Raimondo, *Manuale pratico...*, *cit.*, p. 604.

imputado se pueda modificar la acusación y la petición de pena que inicialmente se pudo haber realizado¹²⁷⁹. Se advierte de inmediato que las proyecciones de la norma son bastante importantes (y peligrosas, como veremos más adelante), pues el efecto persuasorio de la segunda acusación es muchísimo mayor cuando se tiene una acusación previa con una amenaza punitiva más grave.

Entonces, el problema que se suscita en los procesos en que se admite la negociación penal sobre la base de algún tipo de declaración autoinculpatoria o confesión, tiene que ver con los estímulos o premios que se le ofrecen al imputado a cambio de su colaboración con la acusación.

La cuestión se plantea en una doble vertiente en el sistema chileno. En primer lugar, las compensaciones al imputado que en la práctica se traducen en rebajas de penas, deben ser legales¹²⁸⁰, es decir, el MP no se puede saltar las normas legales para hacer ofrecimientos más convenientes. Sin embargo, la realidad del foro viene demostrando que el MP suele utilizar unas prácticas que demuestran que esto no ocurre así, ya que incurre en evidentes ilegalidades para poder hacer ofrecimientos punitivos convenientes a los imputados a cambio de sus confesiones.

La segunda cuestión se plantea al hilo de la primera y va dirigida a preguntarse hasta qué punto puede ser considerado libre y espontáneo el reconocimiento de hechos, cuando se provoca mediante el ofrecimiento discrecional de rebajas de penas que no se someten siquiera a los amplios márgenes legales. Aquí se ha de tener en cuenta que el Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento

¹²⁷⁹ El Fiscal Nacional del Ministerio Público, a través del Instructivo General N° 57, de 12 de abril de 2001, ha dicho acerca de la utilización «estratégica de las dos oportunidades para pedir el juicio abreviado», que «Es difícil dar una recomendación a los fiscales acerca de cuál alternativa deben utilizar y así por Ej. puede dilatar la petición del procedimiento abreviado para la audiencia de preparación, a la espera de una negociación con el defensor, pero en todo caso siempre la acusación debe bastarse por sí misma...».

¹²⁸⁰ Desde una perspectiva de *lege ferenda*, en el juicio abreviado la legalidad de las reducciones de penas como compensación al imputado se pueden ordenar en dos maneras. Primero, el sistema de estricta legalidad en que la misma ley preestablece la cantidad de la reducción de pena, como es el sistema italiano en el que se establece la reducción en un tercio de la pena concreta que el juez fija en cada caso (art. 442.2). Segundo, el sistema en que aun cuando la Ley no establezca la reducción precisa que se puede ofrecer al imputado, supone que la compensación deba mantenerse dentro de los márgenes de la Ley. Este habría de ser el sistema aplicable al procedimiento abreviado chileno.

del Senado¹²⁸¹⁻¹²⁸², en segundo trámite constitucional, aclaró que no podía considerarse coacción del fiscal el señalamiento «de pena legal establecida para el delito, ya que esta sería un arma de negociación». La precisión de que el señalamiento de «pena legal» no constituye «coacción», demuestra que los legisladores quisieron establecer, en todo caso, unos márgenes de legitimidad a la negociación entre MP e imputado, acotada, como no podía ser de otra manera en el sistema chileno, al principio de legalidad, a los límites de la Ley penal. En consecuencia, una acusación que intencionadamente se aparta de la legalidad penal con el fin de provocar la aceptación del acusado derivaría, a nuestro juicio, en una conformidad radicalmente carente de libertad por parte del acusado¹²⁸³.

1.1. Necesidad de control del acuerdo del MP con el imputado por parte del juez de garantía

Otra cuestión que es menester aclarar antes de entrar en materia es aquella que tiene relación con el control jurisdiccional sobre el acuerdo.

El juez de garantía debe controlar de oficio la legitimidad y legalidad del acuerdo que subyace en el procedimiento abreviado (la aceptación de hechos y limitación punitiva de la acusación), con lo cual deberá cerciorarse de que concurren los presupuestos del procedimiento abreviado (arts. 406, 409 y 410).

¹²⁸¹ Vid. Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que establece un nuevo Código de Procedimiento Penal, 20 de junio de 2000, Boletín N° 1630-07, Legislatura ordinaria 342ª de 2000, <http://www.senado.cl>.

¹²⁸² También pone de relieve esta cuestión PFEFFER URQUIAGA, Emilio, *Código procesal penal anotado y concordado*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2001, pp. 394 y 397.

¹²⁸³ Vid. CABEZUDO RODRÍGUEZ, Nicolás, «Justicia negociada...», *cit.* pp. 4-6. En general, SCHÜNEMANN, Bernd, «¿Crisis en el procedimiento penal?...», *cit.*, pp. 292-301, y del mismo autor *La reforma del proceso penal, cit.*, pp. 99-109.

SCHÜNEMANN señala en su último trabajo lo siguiente: «Para la renuncia a la realización del juicio oral como consecuencia del consenso, puede ser ofrecida una cierta reducción pequeña de la pena conforme a los principios de la medición justa, pero sólo una reducción limitada... Si esa reducción fuera demasiado grande, por un lado el resultado no seguiría siendo aceptado como justo por la generalidad, mientras que, por otro lado, en caso de una realización del juicio oral, el enorme aumento de pena que amenazaría como espada de Damocles, destruiría toda voluntariedad en la decisión del inculpado». pp. 107-108.

Los presupuestos del procedimiento abreviado son la petición del fiscal de una pena privativa de libertad que no exceda de 5 años de presidio o reclusión menores en su grado máximo; que el imputado acepte el procedimiento y reconozca voluntaria y libremente los hechos y los antecedentes en que se funda la acusación, y, por último, que realmente existan antecedentes suficientes aportados por la acusación.

A nosotros nos interesa incidir en aquellos aspectos de estos presupuestos que pueden presentar algún problema: el reconocimiento de los hechos y de los antecedentes de la acusación y la existencia real de antecedentes suficientes.

El juez de garantía deberá asegurarse de la voluntariedad y libertad con que el imputado realiza el reconocimiento de hecho, y del pleno conocimiento de éste del sentido y alcance del mismo. En este caso cabe plantearse todas aquellas hipótesis, sean materiales o jurídicas, que hagan sospechar una falta de libertad o de conocimiento real de lo que se está aceptando. Por ejemplo, una excesiva rebaja en la petición de pena presentada en el segundo momento procesal debiera ameritar, por parte del juez, un más acucioso examen de los antecedentes y de la voluntariedad y libertad del imputado.

Pero, además, el juez debe verificar la existencia real y la suficiencia de los antecedentes¹²⁸⁴ en que se funda la acusación (exigido por la combinación de arts. 406, 410 y 412 inciso 2º), ya que de otro modo el reconocimiento —que no es otra cosa que una confesión— se convertiría en el único elemento probatorio en el cual se sostendría una probable condena, con lo cual se infringirían las más elementales garantías del moderno proceso penal, como son la presunción de inocencia, la proscripción del uso de la declaración del imputado como elemento de incriminación (autoinculpación), y la carga (formal) de la prueba sobre la acusación.

La situación antes descrita está prohibida en el art. 412, disposición que ordena que la condena no pueda basarse únicamente en la aceptación de hechos. Esta disposición,

¹²⁸⁴ Se trata de que el juez valore si los antecedentes de la investigación aportados por la acusación permiten decidir fundadamente la causa. Si es así se entiende que son suficientes, si no, serán valorados como insuficientes y darán lugar al rechazo de la petición de proceder a juicio abreviado. Vid. PFEFFER URQUIAGA, Emilio, *Código procesal penal anotado y concordado*, cit., pp. 399-400; Instructivo N° 57, de 12 de abril de 2001, del Fiscal Nacional. Lo mismo acontece en Derecho italiano, art. 440 del CPP italiano. Por todos, GIUSTOZZI, Raimondo, *Manuale pratico...*, cit., p. 606; RICCIO, Giuseppe, *Profili...*, cit., pp. 297-298.

no obstante, resta efecto inculpativo a la confesión sólo parcialmente, ya que obviamente todo proceso de consenso (sobre el mérito) parte de la base del aprovechamiento autoinculpativo de la declaración del imputado. Es decir, se puede usar el reconocimiento de hechos (confesión) como elemento de inculpativo, pero ello debe estar respaldado con otros elementos de convicción, como son los antecedentes de la acusación. La pregunta ahora está servida: ¿cuán respetuoso de estas garantías es un proceso sin juicio y basado en gran medida en la autoinculpativo? Demuestra la práctica que ello dependerá de la amplitud y precisión del control jurisdiccional sobre el marco en que se produce el reconocimiento del acusado.

A nuestro parecer, el juez de garantía debería extender su control sobre la libertad del reconocimiento de hechos y la existencia y coherencia de los antecedentes de la acusación, puestos en relación con la calificación jurídica y la petición de pena. El juez tendría que preguntarse en primer lugar: ¿hay correspondencia de los hechos que se aceptan con los antecedentes de la acusación o en realidad hay una manifiesta discordancia y manipulación de aquellos, todo con el fin de provocar una calificación degradada? Luego debería cuestionarse respecto de la calificación jurídica: ¿es la calificación jurídica manifiestamente improcedente respecto de los hechos, de modo que queda al descubierto el propósito de conseguir una mañosa rebaja de pena? Estas cuestiones habrían de provocar la desestimación de la solicitud de procedimiento abreviado, en virtud de dos consideraciones. Primero, tendría que declararse la inadecuación del procedimiento cuando sea evidente que los hechos y su calificación jurídica no se corresponden con el ámbito objetivo de aplicación (art. 406 en relación con art. 410). En segundo lugar, en estas situaciones no se podría considerar por ningún motivo que la aceptación de los hechos se ha dado libremente. El principio para ello sería que los incentivos al margen de la Ley penal sustantiva, conseguidos a través de la manipulación de los hechos o mediante la realización de calificaciones claramente incorrectas, vician el consentimiento del imputado.

Dicho control se justifica por lo siguiente. Podría ocurrir que se utilice la vía del procedimiento abreviado para introducir prácticas ilegítimas (como de hecho está ocurriendo) consistentes en una manipulación forzada e ilegal de los hechos y de la calificación con la intención de buscar una rebaja sustancial de la pena para provocar la aceptación de hechos, cuestión que se aparta de la regulación legal. En dicha regulación el juez preserva sus potestades jurisdiccionales de establecimiento de

hechos y de calificación jurídica, situación que podría traducirse en una calificación por un delito más grave que el de la acusación y que tuviere asignada una pena cuyo mínimo es mayor que el límite máximo pedido por la acusación. En este caso, sin embargo, el juzgador se vería en la situación de no poder imponer otra pena sino aquella que pide la acusación, con lo cual se condenaría por el delito que estima el juez, pero por la pena reducida de la acusación, que no es la prevista por la Ley para esa infracción, situación de flagrante ilegalidad. En suma, a través de estas prácticas se estaría también desconociendo los poderes de calificación jurídica, aun cuando la norma establezca lo contrario¹²⁸⁵.

1.2. *Especialidades de la correlación en el procedimiento abreviado*

Mediante este procedimiento se regula un proceso de consenso que implica la producción de un acuerdo respecto de los hechos de la acusación y de los antecedentes de la investigación en que se funda (art. 406), e incluso de conformidad respecto de la petición máxima de pena¹²⁸⁶.

Tal como hemos apuntado, en los procedimientos donde se da cabida al consenso y a la conformidad tiende a desaparecer la correlación de la sentencia con la acusación como límite al poder de resolver del juzgador, siendo sustituido total o parcialmente por la vinculación del juzgador a los actos de postulación u obtención de las partes (que parecen transformarse en actos de causación), que vinculan al juzgador y determinan total o parcialmente el contenido de la sentencia, la cual deja de ser en todo o en parte una sentencia, pasando en estos términos a ser una sentencia-acta.

¹²⁸⁵ En términos parecidos se pronuncia RIEGO RAMÍREZ, Cristián, «El procedimiento abreviado», *cit.*, p. 218. En un sentido más general, MATUS ACUÑA, Jean Pierre, «La justicia penal consensuada en el nuevo Código de procedimiento penal», en *Revista Crea* de la Escuela de Derecho UCT, N° 1, 2000, pp. 127-128. También PFEFFER URQUIAGA, Emilio, *Código procesal penal anotado y concordado*, *cit.*, p. 392. Una opinión más técnica en HORVITZ LENNON, María, *Derecho procesal penal chileno*, *cit.*, tomo II, pp. 503 y ss., y 520-522.

¹²⁸⁶ RIEGO RAMÍREZ, Cristián, «El procedimiento abreviado», *cit.*, pp. 213-218, ha pretendido ver cierta semejanza con las instituciones angloamericanas del *guilty plea* y *plea bargaining*. Para nosotros esto requiere de importantes matizaciones.

Veremos a continuación en qué medida se da este fenómeno y dentro de qué términos se puede hablar de correlación de la sentencia con la acusación en el procedimiento abreviado.

1.2.1. El hecho punible

El art. 406 establece como uno de los presupuestos del procedimiento abreviado que el imputado acepte el hecho punible expresamente —el artículo habla de «hechos materia de la acusación»— sobre la base de los antecedentes en que se funda la acusación.

La aceptación de hechos evita la práctica de la prueba en el juicio, ya que los antecedentes de la investigación en que se funda la acusación y la misma aceptación de hechos serán los únicos elementos de juicio que se han de tener en cuenta para realizar el debate ante el juez de garantía (en este caso juzgador), debate que se centrará, por regla general, en cuestiones jurídicas¹²⁸⁷.

Las posibilidades de debate respecto de las cuestiones fácticas en el procedimiento abreviado son más limitadas, puesto que sobre ellas habría pocas posibilidades de cuestionar con eficacia su certidumbre o de alegar un relato fáctico parcialmente distinto a través de la alegación de hechos no sustanciales, pero que modifiquen los efectos jurídicos del hecho punible. Hay unos antecedentes de la acusación y una aceptación de hechos que en principio tendrían un contenido incriminatorio bastante unívoco y el cual prácticamente le vendría impuesto al juzgador. Es decir, inicialmente la sentencia estaría casi totalmente limitada a dar por establecido el hecho de la acusación reconocido por el imputado.

Sin embargo, la conclusión precedente debe ser matizada para no caer en simplificaciones que nos hagan creer, equivocadamente, que los hechos aceptados son

¹²⁸⁷ El caso enjuiciado por procedimiento abreviado se resuelve en la audiencia de preparación del juicio oral. Lo que ocurre es que una vez presentada la acusación en esta etapa, si se pide una pena no superior a cinco años de presidio o reclusión menores en su grado máximo u otras penas de distinta naturaleza y, además, el imputado acepta los hechos de la acusación, el fiscal puede solicitar al juez de garantía que se proceda conforme al procedimiento abreviado. Si el juez accede a la petición, el debate del juicio se produce en la audiencia de preparación y al término de ésta se dicta sentencia por el juez de garantía.

vinculantes para el juzgador, quedando limitado su poder jurisdiccional al puro enjuiciamiento jurídico¹²⁸⁸.

¹²⁸⁸ De lo dicho se deriva, además, una conclusión equivocada que sostiene que la aceptación de hechos basados en los antecedentes de la acusación impide al imputado cuestionar de cualquier modo la certidumbre procesal de los mismos. En realidad, no sólo el juzgador no se halla vinculado por la aceptación de hechos, sino que además tampoco es vinculante para el imputado. Es decir, éste no se halla irremediabilmente sometido a su confesión, sin poder cuestionar en el debate la veracidad de los hechos sostenidos en la acusación y que él ha aceptado.

El imputado podrá, sin ninguna duda, sostener la inconsistencia de los antecedentes de la acusación en relación con la aceptación de hechos, o también la insuficiencia de los mismos para dar por probado los hechos en que se funda la acusación, ya que, como se ha dicho, el art. 412 prohíbe que la sentencia condenatoria se sostenga sólo en la aceptación de hechos, debiendo fundarse además en los elementos de la acusación. Esta norma abriría la posibilidad de debatir sobre la fuerza inculpadora de la suma de antecedentes y de la aceptación de hechos apreciados conjuntamente.

Pero no sólo esto puede hacer el imputado, sino que además tiene la posibilidad de retractarse de su aceptación durante todo el juicio (la audiencia) e incluso después de dictada la sentencia y hasta que quede ejecutoriada. De esto no cabe duda si se piensa que esta retractación puede estar fundada en algún motivo que afecte la libertad, la voluntariedad o el preciso conocimiento del sentido y alcance de la misma. Ante tan delicada situación no se puede sostener otro criterio que no sea la posibilidad de permitir al imputado su posibilidad de retractación (sin embargo, la SJG de Constitución, 13 de septiembre de 2002, rol interno 9-2002, sostiene lo contrario, es decir, que el imputado no puede controvertir los hechos aceptados o alegar una versión fáctica parcialmente distinta, puesto que considera vinculante la aceptación de hechos para el imputado, lo cual limita el debate a lo puramente jurídico).

A mayor abundamiento, esta posición cuenta con un sólido argumento normativo que encontramos en el art. 414 inciso 2º, puesto que esta norma permite que mediante el recurso de apelación se articule una pretensión impugnatoria de nulidad de la sentencia y del juicio (en la audiencia) por haberse infringido algunos de los requisitos y condiciones legales sobre el acuerdo entre acusador e imputado que da lugar al procedimiento abreviado. Por supuesto, en estas hipótesis caben las referidas a la aceptación de hechos y a la libertad y voluntariedad con que se debe prestar, y al conocimiento de sus alcances.

En este caso la norma está abriendo al imputado la posibilidad de recurrir de apelación por estos motivos que no son otra cosa que vicios que anulan la eficacia de la autoinculpación, lo que vendría a representar una retractación de la aceptación de hechos por parte del imputado. La estimación del recurso conllevaría la nulidad de la sentencia y del juicio y la devolución de actuaciones al juez de garantía, para que dicte el auto de apertura del juicio oral, ya que al no concurrir los requisitos y condiciones del acuerdo para el procedimiento abreviado se debe realizar el juicio oral ordinariamente.

Ahora bien, la amplitud con que se debe admitir la retractación plantea dos cuestiones. Una primera bastante obvia, consistente en determinar el o los momentos procesales en que se puede producir la retractación. La respuesta también es obvia porque si la retractación se puede articular después de dictada la sentencia a través del recurso de apelación, con mayor razón se ha de concluir que la retractación se puede plantear previamente en la audiencia misma del juicio abreviado, sin necesidad de esperar la sentencia para formularla a través del recurso de apelación.

La segunda cuestión hace referencia a la amplitud de motivos que justificarían la retractación. Desde luego, se podría invocar cualquier motivo que se refiera a la falta de libertad, de voluntariedad y

de conocimiento respecto del alcance del pacto. Pero cabría preguntarse cuán objetivable debería ser cualquiera de estos motivos, porque ¿sería procedente plantear una retractación sobre la base de que el imputado se ha arrepentido de la aceptación de hechos, argumentando que la prestó precipitadamente en consideración a la importante rebaja de pena ofrecida por el fiscal? En nuestra opinión el argumento del puro arrepentimiento de la aceptación fundado en una supuesta precipitación ocasionada por el ofrecimiento de pena rebajada no puede considerarse una causal para la retractación, ya que de ser procedente una alegación de esta naturaleza para la retractación, casi todos los imputados podrían intentar dejar sin efecto el pacto, incluso después de haberse dictado sentencia definitiva a través del recurso de apelación, con lo cual se pondría en juego la eficacia misma del procedimiento abreviado. Sin embargo, el ofrecimiento de pena desmesuradamente rebajada, sumada a un cambio sustancial de calificación jurídica que se aparta de la previsión legal, seguramente demostrarán presión o coacción para la aceptación de hechos, lo que debiera ser motivo suficiente para dar lugar a la retractación del imputado.

En efecto, es posible que se inste por el procedimiento abreviado no sólo en la acusación escrita inicial, sino también con posterioridad verbalmente en la audiencia de preparación del juicio, momento en el cual incluso se admite la modificación de la acusación y de la pena para dar lugar al procedimiento abreviado (art. 407 del CPP). Pues bien, esta norma se puede aprovechar para provocar, como hemos dicho, la aceptación de hechos mediante el ofrecimiento de supuestas o reales ventajas punitivas al imputado.

Las desmesuradas rebajas penales son un indicador de que algo irregular puede estar sucediendo con el ejercicio concreto de los poderes de acusación, en dos probables sentidos. La rebaja puede obedecer a que la acusación que se había sostenido inicialmente era una acusación «inflada» (overcharge) artificialmente con el fin de intimidar al imputado y de obtener un «piso de negociación» más elevado y conveniente a los intereses de la acusación y así en la modificación de esa acusación al ofrecer lo que corresponde conforme a la ley se aprecie por el imputado como una ventaja y se vea psicológicamente coaccionado a aceptar los hechos y renunciar a juicio oral. La otra posibilidad es que la rebaja obedezca a una clara ilegalidad penal sustantiva. Esto es, que en la acusación inicial se pida lo que corresponde conforme a la ley penal sustantiva, y que en la audiencia de preparación se plantee una rebaja de pena a través del expediente de hacer una calificación menos grave, pero inapropiada, o de abandonar la petición de agravantes que son claramente procedentes, o de pedir atenuantes que dudosamente corresponden al hecho enjuiciado, con el evidente propósito de rebajar sustancialmente la pena pedida y de ese modo provocar la aceptación de hechos.

En ambos casos el «incentivo» al imputado para que acepte los hechos puede llegar a ser tan fuerte que perfectamente se puede entender que en esos casos no hay libertad, voluntariedad o conocimiento cabal de los alcances de la aceptación.

FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón*, cit., pp. 749-752, incide en este punto. Dice que el acusador público usando y abusando de las posibilidades de negociación puede generar una modificación de Derecho penal sustantivo mediante la técnica de rebajas de penas.

Creemos que esa modificación de la ley penal sustantivas que se dan en las negociaciones penales, reviste varios problemas. En primer lugar, la ausencia de permanencia y estabilidad de la norma, ya que su validez normativa sólo se extiende al caso particular, es decir, es una norma penal ad-hoc, de modo que pueden haber dos casos particulares iguales con distintas normas penales. Una más grave que otra, lo cual dependerá en cada caso de la habilidad negociadora del acusador versus la del imputado y su defensa. En segundo lugar, como es evidente, la existencia de tantas normas penales como casos de negociación penal existan, sin obedecer a un criterio único, infringe el principio de igualdad y de seguridad jurídica, pilares básicos de los ordenamientos jurídicos dentro de un Estado democrático de Derecho.

A. *El juzgador no se halla vinculado a los hechos aceptados*

La aceptación de hechos sobre la base de los antecedentes que fundaren la acusación no vincula al juez. Es decir, la aceptación de hechos no determina el contenido del juicio fáctico de la sentencia¹²⁸⁹.

En una primera aproximación se tiende a pensar que sí, que justamente es ése (la vinculación) uno de sus efectos más importantes, porque de no ser así el sentido del procedimiento abreviado perdería buena parte de sus ventajas, sobre todo con vista a convertirlo en un instrumento de negociación de penas¹²⁹⁰. Sin embargo, mirando a la configuración legal del procedimiento abreviado y dejando a un lado voluntarismos interpretativos, que muchas veces pretenden torcer el espíritu de la ley antes que interpretar, llegaremos a una conclusión distinta. Las razones para concluir de esta manera son las siguientes:

1) El tenor del art. 413 letra (c) dice que la sentencia del procedimiento abreviado debe valorar el mérito de los antecedentes en la forma prevista en el art. 297, es decir, conforme al sistema de libre convicción, lo cual permite pensar que el juez no se encuentra vinculado por el acuerdo y el reconocimiento sobre los hechos, pues esta disposición ordena que los antecedentes de la investigación en que se fundan los hechos aceptados por el imputado han de ser valorados libremente, de lo cual se sigue que el juez puede declarar que los antecedentes de la investigación y el reconocimiento del imputado no le han convencido más allá de toda duda razonable sobre la existencia del hecho punible y sobre la participación culpable penada por la ley, como declara categóricamente y sin ninguna excepción el art. 340.

En definitiva, el artículo 297 con relación al art. 340 establecen que el sistema de apreciación de la prueba es el de libre convicción, de modo que aun en el caso de

Otro autor que ha puesto de manifiesto este fenómeno es FANCHIOTTI, Vittorio, «Riflessioni sulla giustizia penale in U.S.A.», *cit.*, *passim*, y especialmente pp. 323-324, pero referido a los amplios márgenes de discrecionalidad de la acusación pública norteamericana en la determinación de la *norma penal* aplicable al caso concreto, pudiendo alterar las previsiones legales (*law making*).

¹²⁸⁹ Nos remitimos a lo dicho en el Capítulo V, especialmente lo referido a los arts. 655 y 688. En Chile es partidaria de esta posición HORVITZ LENNON, María, *Derecho procesal penal chileno*, *cit.*, tomo II, pp. 527-528.

¹²⁹⁰ Para una visión en este sentido *vid.* RIEGO RAMÍREZ, Cristián, «El procedimiento abreviado», *cit.*, pp. 205-226.

aceptación de los antecedentes en que se fundan los hechos de la acusación, ello no supone la vinculación inmediata del juez a esos hechos dándolos por probados, pese a la engorrosa fórmula del art. 413 letra (c), que dice que la sentencia debe contener «(...) los hechos que se dieron por probados sobre la base de la aceptación que el acusado hubiere manifestado respecto de los antecedentes de la investigación (...)», ya que luego agrega que esos antecedentes han de ser valorados conforme al art. 297, disposición que contiene las normas de la libre convicción. En consecuencia, la frase que habla de «que se dieron por probados» se refiere en realidad al requisito de la sentencia de consignar los antecedentes de la investigación y los hechos que fueron objeto de consenso y sobre los cuales se realiza la valoración de prueba de libre convicción, y no quiere decir que se encuentra vinculado teniendo que darlos necesariamente por probados, porque si así fuere no tendría sentido la frase que alude a la valoración de los antecedentes conforme a la libre convicción. De esta manera se demuestra que no cabe otra cosa que concluir que si el juez no se persuade de las fuerzas de los antecedentes de la investigación y del reconocimiento podría perfectamente absolver a causa de la falta de fuerza de los mismos, estimándolos inconsistentes o carentes de plausibilidad.

2) Por otra parte, la misma regulación del procedimiento abreviado da otro argumento en este sentido en el art. 412 inciso 2º, cuando establece que la sentencia condenatoria no se puede fundar exclusivamente en la «aceptación de hechos». De esto se desprenden dos conclusiones. En primer lugar, que aparte de la aceptación se han de valorar los antecedentes en que se funda la acusación para poder sostener la convicción de condena, y, en segundo lugar, y como consecuencia de lo anterior, que la aceptación de hechos no es vinculante para el juzgador, sino al contrario, el juzgador se ha de convencer valorando conjuntamente la aceptación y los antecedentes en que se funda la acusación.

En esta misma línea habría de añadirse que de ser vinculante para el juzgador la aceptación de hechos se estaría dando el valor de prueba legal y plena nada menos que a una declaración del acusado, que no es otra cosa que una confesión o autoinculpación del acusado, y sobre la cual se fundaría una condena penal. Así, se estaría volviendo a un proceso penal que revive instituciones que en teoría se creían superadas (y que nadie se atreve a defender directa y frontalmente).

En este contexto cabría preguntarse, ¿en dónde queda la vigencia de la presunción de inocencia y de la carga (formal) de la prueba sobre el acusador en estos procesos en que se legitiman las condenas basadas exclusivamente en confesiones?¹²⁹¹ FERRAJOLI¹²⁹² ha desarrollado una amplia y contundente argumentación en la que demuestra la inconsistencia de un proceso con vigencia de garantías procesales y la existencia de este tipo de «procesos» de consenso o negociación que utilizan y se basan en la autoinculpación del acusado, señalando que ello no es aceptable porque se vulneran las más elementales garantías, como son la presunción de inocencia en su vertiente de no condena sin previa prueba de culpabilidad, y su consecuencia lógica de la carga (formal) de la prueba sobre la parte acusadora¹²⁹³, y la exclusión del uso de la declaración del imputado como elemento de acusación (la que desde un punto de vista garantista debiera valer sólo como defensa exculpatoria).

3) Otro argumento a favor de la no vinculación del juez a la aceptación de hechos viene dado por la previsión del recurso de apelación como medio de impugnación de la sentencia, efectivamente asegurado en el art. 414. Pues bien, que el Código contemple el recurso de apelación es revelador de la *ratio legis*, ya que, como se sabe, la apelación es un recurso de carácter ordinario que permite su motivación tanto en

¹²⁹¹ En un proceso penal con vigencia de garantías la declaración del imputado-acusado no tiene efecto probatorio incriminatorio, sino todo lo contrario. A nuestro parecer, en un sistema respetuoso de las garantías del imputado debería impedirse legalmente cualquier utilización de la declaración del imputado con efecto incriminatorio.

¹²⁹² Vid. FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*, cit., pp. 549-613 y 732-752, y especialmente pp. 746-750. También MONTERO AROCA, Juan, *Principios...*, cit., pp. 151-156.

¹²⁹³ Al usar el concepto de carga (formal) de la prueba referida al proceso penal chileno, se pone en evidencia una diferencia importante con el proceso penal español, pues en éste parece inadecuado referirse a una carga formal de la prueba sobre la acusación, fundamentalmente porque la iniciativa probatoria no está entregada exclusivamente a las partes, sino al contrario, se permite al juez participar activamente en esta función, de modo que rige con bastante fuerza el principio de investigación oficial; así, se debe entender el art. 2, 326 párrafo 2º, *in fine*, 445 y sobre todo el art. 729 LECrim. En cambio en el sistema chileno se puede usar la expresión carga formal de la prueba en el caso del acusador, pues en el nuevo proceso penal chileno el juez o tribunal no tiene poder alguno para intervenir en la introducción de fuentes de prueba o para ordenar la práctica de prueba de oficio, de modo que se puede hablar en estricto rigor que es a la acusación pública y privada a quienes incumbe aportar la prueba de cargo para poder probar su acusación. Vid. VÁSQUEZ SOTELO, José Luis, *Presunción de inocencia...*, cit., pp. 283-285; MASCARELL NAVARRO, María José, «La carga de la prueba...», cit., pp. 604-611; VEGAS TORRES, Jaime, *Presunción de inocencia...*, cit., pp. 204-205; ORTELLS RAMOS, Manuel, *Derecho Jurisdiccional, III. Proceso penal*, cit., séptima edición, pp. 283-287; CHIAVARIO, Mario, *Processo...*, cit., pp. 148-149.

razones jurídicas como fácticas del contenido de la sentencia (además de las formalidades procesales), de lo cual se desprende que el tribunal *ad quem* puede revisar y modificar el juicio fáctico contenido en la sentencia de primera instancia, hecho que demostraría que no se halla vinculado ni a la sentencia del juzgador *a quo* ni a la aceptación de hechos. Pues bien, bajo esta misma lógica habría que concluir que el juzgador *a quo* tampoco se halla vinculado.

4) Por último, la vinculación del juzgador a la aceptación de hechos implicaría un abandono de una parte de su potestad jurisdiccional, específicamente de aquella que consiste en el enjuiciamiento fáctico sobre la base del mérito del proceso. Tal abandono de potestad no autorizado explícitamente por la Constitución controvierte el principio constitucional de exclusividad jurisdiccional, que se expresa en la facultad privativa de los tribunales de conocer las causas criminales, de juzgarlas y de hacer ejecutar lo juzgado (art. 73 de la Constitución chilena)¹²⁹⁴.

Estos argumentos impiden cualquier intento interpretativo que pretenda concluir que la aceptación del acusado pueda obligar al juzgador «a pasar por un determinado relato fáctico», sobre la base de lo que no es más que una confesión autoinculpatoria del acusado.

En consecuencia, la aceptación de los hechos de la acusación tendrá por verdadero efecto la abreviación y simplificación del proceso mediante la evitación de la etapa del juicio oral y la práctica de prueba, dándose por satisfecha la necesidad de prueba para poder resolver racional y motivadamente con los antecedentes de la investigación.

Por otra, y en consonancia con lo que hemos dicho, el juzgador también podría dar por probado una parte del hecho punible dejando fuera algún elemento de los que se incluyeron en la aceptación, pero que por falta de respaldo en los elementos probatorios de la acusación se dé por no probado. Pensemos, por ejemplo, en el

¹²⁹⁴ Afortunadamente hay cierta jurisprudencia que ha señalado lo mismo que aquí se indica. En efecto en esta línea la SJG de la Serena, 26 de septiembre de 2001, rol interno 175-2001 y la SCA de la Serena (2ª sala), 14 de noviembre de 2001, rol 115 (JG), que se pronuncia sobre un recurso de nulidad en contra de la primera sentencia que dictó sentencia absolutoria apartándose de la aceptación de hecho en un proceso simplificado. El juzgador de instancia fundamentó la absolución en sus potestades jurisdiccionales que le permiten apreciar libremente la prueba (antecedentes) y establecer los hechos soberanamente. La sentencia de la CA confirmó la sentencia recurrida. Este criterio ha sido refrendado en la SJG de la Serena, 4 de julio de 2002, rol interno 197-2002.

elemento fáctico de la fuerza en un robo incluido en la aceptación de hechos, pero que está en contradicción con los otros elementos de prueba que sólo acreditan la apropiación. En este caso es bastante claro que el juzgador puede dar por probado un hecho más simple que el de la acusación aceptada por el imputado.

Pero igualmente puede darse el caso inverso que es el de más probable ocurrencia en la práctica, basado en la manipulación antojadiza o, mejor dicho, en el recorte discrecional de los hechos para hacerlos calzar con una pretensión de pena lo suficientemente ventajosa para el imputado, tanto como para inducirle a aceptar los hechos. En este caso, también habría que entender que el juzgador al conservar sus potestades jurisdiccionales intactas podría estimar los hechos que se desprendan de los elementos probatorios, aunque la aceptación de hechos dé por probados unos hechos recortados. Un ejemplo claro sería el caso anterior pero al revés, es decir, de que los elementos probatorios permitieran inequívocamente dar por acreditados una apropiación en que concurre la fuerza (robo con fuerza) y, sin embargo, se acepten unos hechos por la simple apropiación o sustracción (el hurto). El problema que aquí se presentaría sería el del límite máximo de la pena pedida por el acusador, ya que en ese caso el juzgador si bien podría dar por probado todo el hecho sin los recortes de la acusación y calificar conforme a su criterio, no podría sobrepasar el límite concreto de pena pedida. En esta situación lo prudente es que el mismo juez de garantía ponga de relieve esta situación en el momento del control sobre los presupuestos del procedimiento abreviado, y advierta que en dicho caso no va a aceptar la solicitud del fiscal por la inadecuada formulación de la acusación a la luz de los antecedentes de la misma.

B. La «aceptación de los hechos» se refiere al hecho punible, pero ello no impide que se alegue la existencia de una circunstancia fáctica que modifique o reste eficacia penal al hecho aceptado o que el juez la estime de oficio

La aceptación de hechos en que se funda la acusación no tiene por qué extenderse a todos los hechos de la causa. Basta con que la aceptación se produzca sobre el hecho punible (hecho constitutivo) puesto que sobre éste se asienta la acusación. En otras palabras, es éste el hecho que en principio da lugar a la misma, en consecuencia, sólo se necesita que sobre él haya (como mínimo) consenso.

Entonces, es perfectamente posible que el acusado acepte los hechos (el hecho punible) en que se funda la acusación y que se reserve para el debate del juicio abreviado la alegación de hechos atenuantes de la responsabilidad penal, o de hechos extintivos¹²⁹⁵ o impeditivos¹²⁹⁶ o de exculpación¹²⁹⁷. La única limitación a estas posibilidades de la defensa viene dada por la misma naturaleza del juicio abreviado, que al fundarse en los antecedentes de la acusación y la aceptación de hechos, constriñe las alegaciones de la defensa a aquellas que justamente se deriven de los antecedentes de la acusación o de la aceptación de hechos.

El análisis de la casuística demuestra que el acusado suele plantear en el debate algún hecho que atenúe o extinga la responsabilidad penal o lo exima de ella (hechos impeditivos). Los jueces, sin embargo, no estiman muy a menudo estas alegaciones de hechos, aunque de todos modos hemos encontrado algunos casos en que sí lo hacen, empero limitados exclusivamente a hechos que dan lugar a atenuantes.

Así, en la Sentencia del Juzgado Mixto de Taltal, de 23 de marzo de 2002, rol interno 109-2002, la defensa alegó el hecho atenuante de la autodenuncia en circunstancias que la acusada podía haber eludido la acción de la justicia (art. 11 N° 8 del CP), lo que fue estimado por el juez. Otro caso se ofrece en la Sentencia del Juzgado Mixto de Taltal, de 23 de febrero de 2002, rol interno 75-2001, en que la defensa alegó la especial calificación de la atenuante de reparación del mal causado (art. 68 bis del CP), que también fue estimado por el juez. En fin, esta misma atenuante alegada por la defensa fue estimada en la SJG de Coquimbo, de 27 de septiembre de 2002, rol interno 178-2001 y en la SJG de Iquique, de 7 de febrero de 2003, rol interno 39-2003.

Como se ve, la posibilidad y oportunidad de que los hechos y circunstancias favorables al acusado sean alegados por la defensa y estimados por el juzgador es indiscutible. Pero ¿qué ocurre si la defensa no los alega? ¿Podría el juzgador estimar un hecho impeditivo, extintivo o atenuante?

¹²⁹⁵ Como la prescripción, cosa juzgada, indulto, amnistía, perdón del ofendido, entre otros.

¹²⁹⁶ Como las causales de justificación: legítima defensa, el estado de necesidad, el cumplimiento de un deber o el ejercicio de un derecho, entre otros.

¹²⁹⁷ Como las enfermedades mentales, la minoridad del acusado, entre otras. *Vid.* RIEGO RAMÍREZ, Cristián, «El procedimiento abreviado», *cit.*, pp. 211-212.

Esta es la cuestión que se refiere a la correlación de la sentencia con la defensa. Pues bien, si se aplican las reglas generales se ha de concluir que el juzgador mantiene sus poderes jurisdiccionales y debería de poder estimar cualquier hecho que se derive de los antecedentes de la acusación y de la aceptación de hechos, que extinga o atenúe la responsabilidad penal o exima de ella (hechos impeditivos), aun cuando no sean alegados expresamente por la defensa¹²⁹⁸.

A lo largo de este trabajo hemos señalado que el juez no ve limitado su poder de decisión jurisdiccional a causa de la falta de alegación de algunos de estos hechos por la defensa. La abreviación y abstracción de la Ley penal se concreta en que se describen ciertos hechos punibles que producen un efecto jurídico-penal, pero en esa descripción del hecho se omiten aquellas circunstancias fácticas que le restan eficacia jurídica, y que en definitiva operan como presupuestos negativos del hecho punible, es decir, aquellos hechos o circunstancias que no han de concurrir para que el hecho punible produzca todos sus efectos jurídico-penales. En concordancia con esta abreviación y simplificación de la Ley penal sustantiva, la Ley procesal admite que el acusador alegue y pruebe sólo el hecho que calza con la descripción normativa abstracta (*fattispecie*), pero entendiendo que de esta alegación se deduce la negación implícita de todos los hechos que impidan¹²⁹⁹, extingan¹³⁰⁰ o atenúen la sanción del hecho¹³⁰¹, puesto que de otra manera no se podría entender cómo el MP puede pedir la aplicación de una condena. El MP sólo puede pedir la condena del culpable. Es precisamente el entendimiento de que implícitamente se niegan estos hechos los que permiten comprender cabalmente la misma acusación.

¹²⁹⁸ Vid. con más detalle los sub-apartados 2.1.6 y 2.3.6, Sección Primera, Capítulo II.

¹²⁹⁹ Dentro de los hechos impeditivos están las causas de justificación como la legítima defensa, el estado de necesidad, el miedo insuperable, el ejercicio de un derecho o cumplimiento de un deber, o las causas de inculpabilidad como una alteración síquica o toxicomanía aguda.

¹³⁰⁰ Son hechos extintivos el arrepentimiento, la confesión, la prescripción, el indulto, la cosa juzgada, entre otros.

¹³⁰¹ Como ya hemos dicho, adherimos a las teorías de *fattispecie* abreviados y alegaciones implícitas de las excepciones impropias de los profesores CAPPELLETTI y FABBRINI, vid. CAPPELLETTI, Mauro, *La testimonianza...*, cit., pp. 343-353; FABBRINI, Giovanni, «Eccezione», cit., pp. 501-518. También del mismo autor, «Eccezione di merito...», cit., pp. 333-375. En doctrina española TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel, *El objeto del proceso...*, cit., pp. 33-38, y especialmente nota al pie N° 18.

Hemos sostenido además que la expresa alegación o no alegación de estos hechos no altera en modo alguno el objeto del proceso, puesto que la afirmación del hecho punible (hecho constitutivo) y de su consecuencia jurídica arrastra consigo a todos los demás que afectan a éste. En suma, el juzgador, sin necesidad de petición expresa de la defensa, está facultado para estimar de oficio un hecho que impida, extinga o atenúe los efectos jurídicos del hecho de la acusación.

Esta concepción, asimismo, calza con la indisponibilidad de los hechos con relevancia penal y del Derecho penal, lo que se traduce en la aplicación del principio de investigación oficial en el proceso penal, de modo que si por una constatación fáctica resultado de la prueba practicada aparece una circunstancia fáctica constitutiva de una causal impeditiva, extintiva o atenuante el juzgador puede y debe estimarla. De lo contrario se podría dar lugar a estimaciones de acusaciones o pretensiones procesales infundadas en los casos de no alegación de hechos impeditivos o extintivos.

Además esta situación colisionaría con la presunción de inocencia, en el sentido que con ello se trasladaría la carga (formal) de la prueba¹³⁰² desde el acusador al acusado, ya que se impondría la carga de alegar y luego la de probar al acusado, de manera que la omisión de estas cargas provocaría la estimación de la acusación infundada.

En el proceso penal la carga objetiva de la prueba la asume toda el acusador, correspondiéndole la alegación y prueba de todos los hechos que hagan procedente la

¹³⁰² Reiteramos que adherimos al enfoque de la carga de la prueba en el proceso penal que hace FERRAJOLI, como una exigencia de la garantía procesal *nulla accusatio sine probatione*, entendida como la función del acusador de alegar y probar el hecho punible constitutivo de su acusación en el juicio oral y de soportar los efectos negativos de los hechos impeditivos, extintivos o atenuantes que se deduzcan de la prueba practicada en el juicio, sin necesidad de alegación expresa de la defensa. Esto se corresponde con la idea que la defensa no tiene una carga, sino el derecho de contraprobar, de refutar la acusación planteando contra-hipótesis mediante el planteamiento de hechos impeditivos, extintivos o atenuantes. Es un derecho y no una carga para la defensa, de modo que puede ejercerlo o no, pero en todo caso el juez debe constatar todas las hipótesis planteadas y las que podrían haberse planteado, de lo cual se deriva que incluso los hechos no pedidos por la defensa, pero que se desprenden de la prueba, perjudican la pretensión procesal del acusador. *Vid.* FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón, cit.*, pp. 147-158 y 610-613.

Estimamos, por otra parte, que el art. 729 de la LECrim que admite cierta prueba de oficio, no es suficiente para rechazar la idea de carga formal de prueba en la acusación, bajo el argumento de que el juez tiene iniciativa probatoria al igual que las partes, de modo que ello le quitaría sentido al concepto de «carga» cuando la función de prueba no radica en exclusiva en las partes. Creemos que dicho artículo no es más que una limitada excepción a la regla general que está en el art. 728, y que dispone que son las partes las que tienen la iniciativa probatoria.

estimación de su acusación (hechos constitutivos de su pretensión procesal), y jugando en su contra cualquier hecho impeditivo, extintivo o atenuante que afecte la eficacia de su pretensión, bastando que se deduzca de la prueba y sin necesidad de alegación y prueba por la defensa.

Obviamente lo lógico será que los hechos impeditivos, extintivos o atenuantes sean alegados y probados por la defensa, pero no pesa sobre ellos la carga de alegarlos, de modo que si se derivan de la práctica de la prueba el juzgador debe estimarlos de oficio¹³⁰³.

C. *«La aceptación de los hechos» y la estimación de oficio de una circunstancia agravante*

Tal como hemos apuntado, la aceptación de los hechos en que se funda la acusación puede limitarse al hecho punible, dejando para el debate los demás hechos y circunstancias fácticas con relevancia jurídico-penal. Precedentemente hemos visto lo que sucede cuando se trata de hechos que restan (o disminuyen) eficacia jurídica al hecho punible. Ahora corresponde plantearse la situación contraria, es decir, la concurrencia de circunstancias fácticas que agravan las consecuencias jurídicas del hecho.

La falta de regulación de esta cuestión se deja ver con claridad en el Código. Resulta manifiesto que en realidad el legislador ni se planteó esta posibilidad, suponiendo que siempre la aceptación de hechos implicaba la entera aceptación de la imputación fáctica. No previó que el imputado podía limitarse a aceptar el hecho punible dejando abierta la posibilidad de debatir con la acusación la procedencia de una precisa agravante. Tampoco previó ni reguló la posibilidad de que de los antecedentes de la acusación se desprendiera una circunstancia agravante, y en esa situación lo que debía suceder teniendo en cuenta las potestades jurisdiccionales.

En la práctica el juzgador se encontrará con el límite del máximo punitivo pedido en la acusación que no puede rebasar, de modo que en realidad sus facultades de

¹³⁰³ En un sentido parecido VÁZQUEZ SOTELO, José Luis, *Presunción de inocencia...*, pp. 287-288; MASCARELL NAVARRO, María José, «La carga de la prueba...», *cit.*, pp. 629-632; VEGAS TORRES, Jaime, *Presunción de inocencia...*, *cit.*, pp. 204-205.

enjuiciamiento fáctico y de aplicación del Derecho están fuertemente limitadas por los máximos punitivos impuestos por la acusación. Es de muy probable acaecimiento que el juzgador considere procedente una agravante no pedida si ella se desprende de la aceptación de hechos y de los antecedentes de la acusación, y, sin embargo, esta calificación se verá en la práctica privada de efectos jurídicos como consecuencia de la limitación punitiva de la acusación.

La situación de que una agravante quede sin efecto jurídico, y, por tanto, cercenados los poderes del juzgador, dependerá de cuán respetado sea por el MP el principio de legalidad y de objetividad. Si a cambio de provocar más aceptaciones y juicios abreviados está dispuesto a «desistirse» de las agravantes y degradar las calificaciones delictivas con el fin de ofrecer un marco punitivo rebajado más allá del que objetivamente correspondería, es probable tener muchos casos en la situación descrita, mientras que si prima una negociación lo más ajustada posible a la legalidad, éstas tenderán a ser más bien excepcionales¹³⁰⁴.

El problema reclama un tratamiento normativo claro, que, a nuestro juicio, debería traducirse en un control jurisdiccional más preciso sobre la formulación de acusación y petición de procedimiento abreviado, en términos de verificar la correspondencia de los términos fácticos y jurídicos de la acusación y los antecedentes de la investigación¹³⁰⁵, de modo que un manifiesto desajuste entre unos y otros habría de motivar la declaración de inadecuación del procedimiento abreviado (art. 406 y 410), ya que de lo contrario, dicho desajuste se traducirá en que el juez quedará privado de sus poderes jurisdiccionales en sentencia, pues ya no podrá dar por probado un hecho delictivo más grave que el de la acusación, ni podrá calificar ni imponer pena más grave, aun cuando haya mérito fáctico-legal para ello¹³⁰⁶.

¹³⁰⁴ *Vid.* apartados 2 y 3, I, Capítulo VI.

¹³⁰⁵ El juez de garantía perfectamente podría hacer este control, pues el fiscal debe acompañar a su petición de juicio abreviado los antecedentes (los registros de investigación) en que se funda la acusación. Aunque es cierto que la Ley no lo establece. *Vid.* Instructivo N° 57, de 12 de abril de 2001, del Fiscal Nacional.

¹³⁰⁶ Obviamente no siempre quedará sin efecto la estimación de una agravante, puesto que es perfectamente posible que la concurrencia de una agravante provoque el efecto de impedir la rebaja de la pena pedida por el acusador cuando éstas sean las más elevadas de las asignadas al delito, o también cuando opere una compensación entre una o más atenuantes y una o más agravantes, siempre que unas y otras sean estimadas (arts. 66 a 68 del CP).

1.2.2. La calificación jurídica y «*petitum*» de pena

El legislador, habiendo establecido un juicio abreviado sobre la base de la aceptación de hechos y de la limitación punitiva, paradójicamente, se ha olvidado de regular expresamente la vinculación —o no vinculación— a la calificación jurídica.

La solución en principio parece sencilla por la vía de la aplicación subsidiaria de las normas del procedimiento ordinario (art. 415). En consecuencia, se aplicaría el art. 341, que es la norma que contiene la regla para dicho procedimiento ordinario, el cual prescribe la no vinculación y la facultad de correcta aplicación del Derecho por el órgano jurisdiccional (juez de garantía).

Sin embargo, la no vinculación respecto a la calificación jurídica en un proceso en que se limitan los poderes punitivos del juzgador puede ocasionar evidentes efectos de incoherencias sistemáticas. Podría llegar a ocurrir, por ejemplo, que se condene por un delito distinto del que figura en acusación (conforme a los hechos aceptados o a hechos parcialmente distintos) y que merezca una pena mayor o distinta de la pedida, y, empero, no poderse imponer otra pena que no sea aquella pedida o una inferior.

Como se sabe, el art. 412 dispone que la acusación pública o privada más grave establezca un tope punitivo concreto al órgano jurisdiccional. Esta es, en realidad, la modificación legal directa y explícita sobre la regulación ordinaria de la correlación.

La norma señala que en el caso de que en el procedimiento abreviado se dicte sentencia condenatoria, «no podrá imponer una pena superior ni más desfavorable a la requerida por el fiscal o el querellante, en su caso»¹³⁰⁷. Es decir, el juez se encuentra vinculado al *petitum* de pena concreta de la acusación más grave en cuanto máximo punitivo.

A nuestro juicio, es aquí donde adquiere sentido definir cuánto de consenso y de conformidad tiene este procedimiento. Hay cierta doctrina¹³⁰⁸ que da por supuesto que el fiscal acusador podrá manejar con bastante latitud los hechos, incluso con prescindencia del principio de legalidad y objetividad, ello con vista a adecuar el relato

¹³⁰⁷ Esta norma guarda mucha semejanza con la del art. 789.3 de la LECrim, pero con algunas diferencias de contexto y normativas.

¹³⁰⁸ Vid. RIEGO RAMÍREZ, Cristián, «El procedimiento abreviado», *cit.*, pp. 205-226.

fáctico a las necesidades del ámbito objetivo del procedimiento (peticiones de pena de no más de cinco años de presidio o reclusión), pero también —y aquí está lo más grave— con vista a provocar o incentivar una negociación punitiva dentro del marco punitivo. En la práctica, esta doctrina considera que la materia de negociación del procedimiento abreviado sería la siguiente: por un procedimiento breve y simple que conduce casi con seguridad a una pena, el fiscal incentiva al imputado con una acusación por un hecho recortado y con el ofrecimiento de un riesgo de pena menor o limitado por el tope de petición punitiva¹³⁰⁹.

Según nuestro parecer, estas interpretaciones son excesivamente voluntaristas y obedecen más bien a una aspiración ideológica que a una verdadera interpretación legal, apartándose de lo que ordena la norma positiva. En efecto, nos guste o no, el proceso penal chileno por sobre todo se halla indefectiblemente sometido al principio de legalidad en todas sus partes y manifestaciones, e incluso más, aquellas aparentes excepciones al principio de legalidad, como puede ser la aplicación de criterios de oportunidad, en nuestro sistema no son más que especiales formas de aplicación de la legalidad, ya que es la propia ley la que con detalle establece quiénes, cómo, cuándo, hasta que límite, bajo qué controles y en qué supuestos se aplican. Por vía de ejemplo, véase el art. 170, que permite la oportunidad reglada, o también los arts. 237 a 246, que prevén la suspensión condicional y los acuerdos reparatorios, pero que están minuciosamente definidas y limitadas por la Ley.

Sin duda que la regla general es la vigencia y aplicación de los principios de legalidad y de objetividad, principios que rigen con especial fuerza la función

¹³⁰⁹ Vid. RIEGO RAMÍREZ, Cristián, «El procedimiento abreviado», *cit.*, pp. 215-216, quien llega a decir, a propósito de los que sostienen que el fiscal se debe sujetar al principio de legalidad y objetividad, lo siguiente: «En nuestra opinión esta visión es bastante poco realista, creemos, en cambio, que en la práctica en la formulación de la acusación los fiscales harán una selección de los hechos que van a incluir en la acusación que es bastante discrecional y que obedece a una serie de factores que no son para nada objetivos (...) Si lo anterior es cierto, de ello se sigue que los fiscales tienen en la práctica la posibilidad de ofrecer al imputado un abanico muy amplio de posibilidades de rebajas de pena por la vía del manejo del contenido de la acusación».

Una exposición seria y rigurosa sobre esta cuestión puede consultarse en MARTÍN PASTOR, José, *El Ministerio Fiscal como director de la investigación oficial en el proceso penal*, Real Colegio de España, Bolonia, 2005, pp. 331-355.

acusadora del MP (arts. 6 y 80 letra A de la CPR; arts. 1, 2 y 3 de la LOCMP, arts. 53, 77, 166 del nuevo CPP).

Por lo que toca al procedimiento abreviado, en ninguna parte de su regulación se advierte alguna norma que exima al fiscal del sometimiento en el ejercicio de sus facultades de acusación —según todos los artículos citados— a los principios de legalidad y de objetividad¹³¹⁰. Por eso, sólo en el marco del pleno respeto a estas normas y principios constitucionales y legales se puede dar la aceptación de hechos y sólo dentro de los márgenes de la legalidad es donde se puede pedir una pena u otra. Pero en ningún caso se puede aceptar, por ejemplo, que habiendo unos hechos con unos antecedentes suficientes como para sustentar en la acusación un hecho punible que se califique de robo con intimidación del art. 436, que tiene unas penas superiores al límite máximo del procedimiento abreviado, y con probabilidad de probar ese delito en juicio, el fiscal deje de acusar por esos hechos en su totalidad y por la o las calificaciones que de los hechos se desprendan, y acuse únicamente por hechos que dan lugar a una calificación disminuida de robo por sorpresa, excluyendo de la acusación la parte del hecho que permite calificarlo como robo con violencia o intimidación, porque ello significaría burlar la legalidad y, peor, la constitucionalidad del proceso penal, en concreto el art. 6 y 80 letra (A).

Lo que sí cabe aceptar dentro de una cierta discrecionalidad en el ejercicio de la facultad de acusación¹³¹¹ es la apreciación de viabilidad de una acusación por ciertos hechos, cuando por problemas de suficiencia de antecedentes de investigación se presenta improbable probar en el juicio todo el hecho punible. Frente a esto, el fiscal a cargo del caso sí podría simplificar el hecho punible para acusar por un delito que se

¹³¹⁰ *Vid.* MATUS ACUÑA, Jean Pierre, «La justicia penal consensuada...», *cit.*, pp.128-129.

¹³¹¹ En esta parte coincidimos parcialmente con RIEGO RAMÍREZ, Cristián, «El procedimiento abreviado», *cit.*, p. 216, cuando dice que unos de los factores que se puede considerar para acusar por unos hechos determinados, y no por otros, son las posibilidades de probar en juicio oral la acusación. En este punto estamos de acuerdo y creemos que es el único argumento que sirve a la hora de justificar una acusación u otra. Otro elemento que este autor menciona como a tener en cuenta para acusar es el propio criterio jurídico del fiscal en cuanto a la norma penal que se debe aplicar. A este respecto nos parece que es obvio que toda actividad de parte supone la aplicación de un criterio subjetivo y no puramente objetivo, pero eso no justifica, como parece pretender el autor, un apartamiento consciente de lo que prescribe la ley.

pueda sustentar en los antecedentes de la acusación y evitar el riesgo de perder en el juicio.

En suma, es factible que dentro del procedimiento abreviado, hecha la acusación en los términos y con las limitaciones señaladas en los párrafos precedentes, se produzca una negociación sobre el máximo de pena, pero con pleno respeto al principio de legalidad, manteniéndose dentro de los límites punitivos legales asignados al delito por el que se acusa. Esto sería un aprovechamiento legítimo y legal con fines de negociación de la vinculación judicial a la pena máxima.

Lamentablemente en la casuística no sólo se ha dado esta forma de aprovechamiento del procedimiento abreviado, sino también se ha incurrido en prácticas muy reprochables. En primer lugar, ha sido frecuente la manipulación de los hechos de la acusación para obtener rebajas de penas y provocar la aceptación de hechos. En segundo lugar, se ha dado una práctica del MP de abierta manipulación de las calificaciones jurídicas del hecho punible, a través de las degradaciones delictivas, calificando por un delito menos grave que el que en realidad concurre, y lo mismo ha sucedido con las circunstancias agravantes y atenuantes, las cuales son alegadas o abandonadas por el MP según sea más conveniente a los fines de provocar un reconocimiento de hechos. Estas inadecuadas prácticas se tratarán seguidamente.

2. Prácticas inadecuadas en la jurisprudencia sobre el procedimiento abreviado

Al estudiar la jurisprudencia producida durante este breve período de aplicación del nuevo sistema de justicia penal advertimos que se ha incurrido en las prácticas inadecuadas que hemos denunciado. Tal vez este problema deba su causa a una cierta ambigüedad o inexactitud de la norma en la regulación del procedimiento, la que ha sido aprovechada para introducir mayores espacios de acuerdo penal de los que en principio serían admisibles.

En cuanto al aprovechamiento del procedimiento abreviado para producir o incentivar una negociación, se ha usado de la segunda oportunidad que tienen las partes de acordar el procedimiento abreviado en la audiencia de preparación del juicio oral. En efecto, tras la acusación inicial en la que se puede presentar una petición de

procedimiento abreviado por escrito, se permite que en la audiencia de preparación se intente por segunda vez, o por primera, un acuerdo entre las partes que dé lugar al procedimiento abreviado, para lo cual se puede modificar la acusación y la petición de pena (art. 407 del CPP).

No cabe duda que esta norma tiene un fin de incentivo de la negociación. Si no, entonces, cómo se justifica la autorización de la modificación de la calificación y de la pena sin que se haya producido ningún cambio en los elementos de juicio en que se basan. El problema en realidad no consiste en establecer si las partes pueden negociar, sino más bien en determinar cuánto de negociación se puede autorizar al amparo de esta norma.

Ahora trataremos de demostrar lo que hemos venido sosteniendo, en el sentido que la negociación aceptable en el marco del procedimiento abreviado debe respetar ciertos límites que derivan del sistema legal y del proceso penal de garantías. Desde este punto de vista creemos que hay cuatro razones que limitan la negociación. En primer lugar, el respeto a los principios de legalidad y objetividad que rigen las potestades y actuaciones del MP. En segundo lugar, la vigencia del principio de legalidad penal sustantivo (*nulla poena et nullum crimen sine lege* y *nulla poena sine crimine et sine culpa*)¹³¹². En tercer lugar, la exclusividad de las potestades jurisdiccionales en la aplicación del Derecho penal. Y en cuarto lugar, la vigencia de la presunción de inocencia y la carga (formal) de la prueba sobre la acusación¹³¹³⁻¹³¹⁴.

La negociación no puede infringir estos límites. Así, la acusación pública (el MP) debe ser respetuosa de la legalidad y de la objetividad en el ejercicio de sus potestades, es decir, cuando acusa le debe animar la correcta aplicación de la ley, y no su incorrecta aplicación como medio eficaz para provocar la confesión. Además, la negociación de partes —y sobre todo la acusación pública— debe respetar la legalidad penal sustantiva que establece cuáles precisos hechos lesivos constituyen cuáles

¹³¹² FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*, cit., p. 35.

¹³¹³ Repetimos aquí la advertencia y explicación que hemos dado para justificar el uso del concepto de la carga formal de la prueba en el caso del proceso penal chileno, y, también, la objeciones que se plantean para usarlo en el proceso penal español (al menos como está configurado hasta el momento).

¹³¹⁴ Una crítica muy certera de ciertas prácticas sobre negociación penal desde la perspectiva de las garantías procesales en SCHÜNEMANN, Bernd, *La reforma del proceso penal*, cit., pp. 99-109.

precisos delitos, a los que se les atribuyen unas determinadas y proporcionadas consecuencias penales, cuestión que impediría hacer calificaciones manifiestamente incorrectas. Por otra parte, la negociación debe ser respetuosa de la exclusividad de las potestades jurisdiccionales de los tribunales de justicia en la aplicación del Derecho penal, de modo tal que ella no puede implicar jamás la imposición no jurisdiccional de penas o el forzamiento del juez a sancionar un acuerdo punitivo negociado. Y en último término, la negociación no puede infringir la presunción de inocencia mediante su conversión en un mecanismo de provocación de confesiones que exonere a la acusación de aportar genuinos elementos de convicción.

Desde esta perspectiva, cabe denunciar las prácticas del MP que han sido toleradas y consentidas por los jueces, tendientes a provocar y estimular la negociación y que nos parecen del todo censurables. Éstas son las siguientes:

1) La práctica de la manipulación fáctica del hecho punible o de alguna circunstancia con el fin de dar lugar a una calificación menos grave. Las manipulaciones del hecho por parte del fiscal con el fin de hacerlos encajar en las calificaciones más beneficiosas para la negociación, a veces son evidentes e incluso groseras.

Así, por ejemplo, tenemos el caso de la SJG de Loncoche, de 22 de abril de 2002, rol interno 764-2001, en el que se acusa inicialmente por robo en bienes nacionales de uso público. Hubo una sustracción de bienes desde el interior de un automóvil aparcado en la vía pública, accediendo a su interior a través del rompimiento de sus cristales laterales.

En la audiencia de preparación se modificó la acusación a hurto, con la consiguiente rebaja de pena, logrando la aceptación de hechos. Obviamente la acusación para poder encajar la calificación de hurto —su nueva calificación— tuvo que soslayar la circunstancia de que se habían roto los cristales del vehículo para acceder a su interior.

El juzgador condenó conforme con la acusación, sin plantearse cuestión alguna sobre la ilegalidad del recorte de hechos y la inadecuación de la calificación jurídica.

Otro caso bastante claro es el de la Sentencia del Juzgado Mixto de Taltal, de 23 de marzo de 2002, rol interno 109-2002, en el cual se acusa inicialmente de robo con

violencia, ya que la víctima había sido objeto de agresiones y luego de reducida físicamente le habían arrebatado su billetera (cartera).

En la audiencia de preparación del juicio oral, sin embargo, la acusación fue modificada a robo por sorpresa, acompañada de una sustancial rebaja de pena, lo cual provocó la aceptación de hechos. Como se sabe, el robo por sorpresa se refiere al tipo de apropiaciones de dinero u otras especies «cuando se proceda por sorpresa o aparentando riñas en lugares de concurrencia o haciendo otras maniobras dirigidas a causar agolpamiento o confusión». Este no era el caso. La agresión sin duda había sido directa sobre la víctima con el evidente fin de reducirla y apropiarse de su billetera, empero, ello no obstó a que el fiscal hiciera una acomodación bastante forzada de los hechos para intentar hacerlos calzar con el robo por sorpresa, intentando argumentar que la agresión sobre la víctima fue una simulación de riña para causar el despiste de ésta, circunstancia que habría sido aprovechada por el autor para quitarle la billetera.

Según se desprende de los hechos establecidos en la misma sentencia, esta versión no tiene asidero alguno, cuestión que demuestra el verdadero sentido de la modificación de la acusación: la rebaja de la petición de pena para provocar la aceptación de hechos.

Paradójicamente el juzgador condenó conforme a la acusación, sin plantearse cuestión alguna sobre la calificación.

2) Otra técnica usada aun con más frecuencia que la anterior es la directa modificación de la acusación sin hacer ajuste alguno a los hechos de la acusación. En estos casos también se produce una modificación de la calificación jurídica de la acusación inicial, adecuándola a un delito menos grave que el de la acusación inicial. Generalmente ello se hace a través de una calificación menos grave, mediante una degradación delictiva, es decir, mediante el desplazamiento de la calificación hacia un tipo menos grave, pero homogéneo respecto del de la acusación inicial.

Esta técnica de degradación de la calificación aplicada al mismo hecho punible, suele evidenciar la inadecuación de la misma al hecho, al dejar, intencionadamente, sin relevancia jurídica algún elemento del hecho o circunstancia fáctica, cuando conforme a la ley sí la tiene. Es una degradación de la calificación que no tiene un correlato con la estructura del hecho y sus implicaciones jurídicas.

Los casos que se han presentado en la jurisprudencia evidencian además otra ilegalidad penal vinculada a la anterior, consistente en que este fenómeno de la modificación o degradación de la calificación, sin un correlato con el hecho punible, supone saltarse la correcta aplicación de las normas que regulan los concursos aparentes de leyes penales, que permiten interpretar correctamente la ley penal sustantiva para determinar cuál de las distintas normas en apariencia aplicables es la que corresponde aplicar en definitiva. Como se verá enseguida, la acusación del fiscal que realiza calificaciones del hecho o de algunas circunstancias intencionalmente incorrectas se basan en subvertir el claro sentido de las normas penales, haciendo una interpretación y aplicación del Derecho intencionalmente equivocada. Se presentan casos, como lo haremos presente, que ello ocurre haciendo una aplicación incorrecta o mejor dicho dejando de aplicar, por ejemplo, la regla de la consunción¹³¹⁵.

Un primer caso es el de la SJG de Villarrica, de 7 de agosto de 2001, rol interno 193-2001. En esta causa aunque no queda claro si hubo o no una primera acusación que luego fuere modificada a la baja, con el propósito de provocar la aceptación de hechos, o si directamente el fiscal hizo la calificación degradada en la primera acusación, lo cierto es que la calificación que realizó era claramente inadecuada a los hechos en que se fundaba y que de haberse realizado la calificación correcta, la pena atribuida a la misma no habría permitido el procedimiento abreviado.

Los hechos imputados referían que el acusado habría interceptado a la víctima, a la cual le exigió la entrega de su dinero, intimidándola con un cuchillo. La apropiación

¹³¹⁵ En el CP chileno no existe una norma equivalente a la del art. 8 del CP español, que resuelva cuáles son las reglas que han de aplicarse para solucionar los concursos de normas penales. En el CP español se establecen cuatro reglas: especialidad, subsidiariedad, consunción, subsidiariedad relativa (art 8). En Derecho chileno, como hemos dicho, no hay una norma específica que establezca cuáles son las reglas en virtud de las cuales se resuelven los concursos aparentes de normas y qué significan. Con todo, la doctrina y jurisprudencia chilena tienden a pensar que los problemas de concurso aparente de normas penales se resuelven sobre la base de la regla de la especialidad y de la consunción, prescindiendo de otros criterios o reglas como el de subsidiariedad o de subsidiariedad relativa o de accesoriedad, que son considerados variantes de los dos primeros y que, por tanto, son reconducidos a ellos. *Vid.* ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, Alfredo, *Derecho penal, cit.*, tomo II, pp. 122-128; CURY URZÚA, Enrique, *Derecho penal, cit.*, tomo II, pp. 281-285; GARRIDO MONTT, Mario, *Derecho penal, cit.*, tomo II, pp. 351-354. Para un estudio sistemático de la jurisprudencia, *vid.* ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, Alfredo, *El Derecho penal en la jurisprudencia. Sentencias 1967-1982*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1987, pp. 209-219.

del dinero no se produjo. De entre los vestidos del acusado fue hallado un cuchillo con una hoja de 15 centímetros.

La calificación correcta era la de robo con intimidación en grado de frustrado (que en Chile se castiga como consumado, art. 450 del CP), con una pena asignada de presidio mayor en su grado mínimo a presidio mayor en su grado máximo, es decir, desde 5 años y 1 día a 20 años; rango penal que impedía el procedimiento abreviado. Sin embargo, el fiscal calificó como amenazas condicionales, cuya pena es de presidio menor en su grado medio a presidio menor en su grado máximo, esto es, desde 541 días a 5 años, rango de pena que sí permite el procedimiento abreviado. Y con esa rebaja se logró la aceptación de hechos del imputado.

Esta calificación es manifiestamente inadecuada, puesto que en doctrina¹³¹⁶ y jurisprudencia¹³¹⁷ es bastante claro que el delito de amenazas condicionales concurre cuando la amenaza de ocasionar un mal no es directa e inmediata, sino futura; mientras que cuando es inmediata concurre la intimidación propia del robo, como acontece con la amenaza que se hace con un cuchillo con una hoja de 15 centímetros de largo, puesto que es bastante absurdo pensar que si un delincuente mientras conmina a una persona a que le entregue el dinero y saca un arma corto punzante para intimidarle eso no sea una amenaza directa de causarle un mal grave inmediato (graves lesiones o tal vez la muerte) de no acceder a la entrega de lo que pide.

Por otra parte, si existiera alguna duda sobre la posible concurrencia de normas penales en la subsunción del hecho, de la norma del delito de amenazas condicionales

¹³¹⁶ Vid. ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, Alfredo, *Derecho penal, cit.*, tomo III, pp. 334-338, y del tomo IV las pp. 319-322; GARRIDO MONTT, Mario, *Derecho penal*, tomo IV, Editorial Jurídica de Chile, segunda edición, Santiago de Chile, 2002, pp. 181 y ss; MATUS ACUÑA, Jean Pierre y RAMÍREZ GUZMÁN, María, *Lecciones de Derecho penal*, parte especial, Editorial Universidad de Talca, 2001, pp. 123-126. En Derecho español, vid. LARRAURI PIJOAN, Elena, *Libertad y amenazas*, PPU, Barcelona, 1987, pp. 101-124; DEL RÍO FERNÁNDEZ, Lorenzo, *El delito de amenazas (En el nuevo Código Penal). Análisis doctrinal y jurisprudencial. Requisitos y modalidades*, EGD, Valencia, 1997, pp. 81-82; GUZMÁN DALBORA, José Luis, *El delito de amenazas*, Conosur, Santiago, 1999, *passim*, y especialmente, pp. 370-405.

¹³¹⁷ Dentro del nuevo sistema procesal penal, ya se ha dictado una sentencia que justamente estima la calificación de amenazas condicionales y desestima la calificación de robo con intimidación, argumentando que de los hechos juzgados se desprendía que la amenaza no había sido de causar un mal de forma inmediata, que es el elemento que diferencia al robo con intimidación de las amenazas condicionales. Sentencia del Juzgado Mixto de Purén, 9 de agosto de 2001, rol interno 166-E (y otras).

con la del delito de robo con intimidación, no cabría duda que conforme a la regla de la consunción debería primar ésta y no aquélla, ya que en nuestra opinión las amenazas quedarían consumidas o absorbidas en la intimidación, concepto jurídico que se refiere a una realidad fáctica más intensa y grave¹³¹⁸.

Cabe resaltar que el juzgador no cuestionó la corrección de la calificación jurídica, condenando conforme a ella y a la pena pedida.

Un segundo caso se encuentra en la SJG de Temuco, de 23 de octubre de 2001, rol interno 1168-2001. Se trata de una manipulación manifiesta de la calificación. En la acusación se calificó de delito de receptación unos hechos que encajan perfectamente en un delito de robo con fuerza en lugar no habitado. La calificación incorrecta fue introducida mediante la modificación de la acusación inicial, y sobre ella (aunque la sentencia no lo dice) se produjo la aceptación de hechos, previa rebaja de petición de pena.

Los hechos son claros. La policía acude a verificar una denuncia telefónica en que se informa que hay unas personas dentro de un local comercial del cual están sustrayendo especies ahí guardadas. Al ser sorprendidos los delincuentes huyen del sitio del suceso, pero siendo detenidos a corta distancia por los funcionarios de policía.

A pesar de no ser descubiertos dentro del local comercial, era bastante fácil inferir la participación en la sustracción de las especies desde el interior del local, si se tiene en cuenta que fueron sorprendidos *in fraganti* justo afuera del mismo con las especies, de modo que difícilmente se podía dudar de la prueba de la participación que se desprende natural y directamente de los hechos. ¿Cómo no llegar a la conclusión de que los imputados sorprendidos justo afuera del local comercial y que huyen con las cosas provenientes del mismo, no son los autores de la sustracción?

Además en Derecho chileno hay una norma expresa (art. 454 CP) que establece la presunción *iuris tantum* de participación en el robo para el caso de que una persona sea

¹³¹⁸ Vid. ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, Alfredo, *Derecho penal, cit.*, tomo II, pp. 124-128; LARRAURI PIJOAN, Elena, *Libertad y amenazas, cit.*, pp. 122-124.

sorprendida con especies provenientes del delito de robo y no justifique su legítima adquisición o su irreprochable conducta anterior¹³¹⁹.

En suma, no cabía duda que nos hallábamos ante un delito de robo con fuerza en lugar no habitado. Sin embargo, la acusación cambió la acusación inicial de robo por la de receptación, dejando a un lado el elemento participación en el robo, intentando darle sustento a la calificación como si solamente se probara la adquisición ilegítima de las especies sustraídas, pero no la participación en la sustracción. Casi está demás decir, que ante este incentivo los imputados confesaron.

El juzgador participó de esta «auténtica simulación» y no cuestionó en nada la calificación de los hechos y la aceptación de hechos, condenando conforme a los mismos.

Este no ha sido un caso aislado, ya que hay otra sentencia que trata una situación similar, donde es evidente que estamos en presencia de un robo con fuerza en lugar no habitado, pero el MP, al modificar la acusación con el propósito de provocar la aceptación de hechos, califica de receptación. Nos referimos a la SJG de Coquimbo, de 27 de septiembre de 2002, rol interno 178-2001.

Un tercer caso es el de la SJG de Temuco, de 18 de junio de 2002, rol interno 3615-2001. Se trata de una causa en que nuevamente se manipula la calificación jurídica en la modificación de la acusación inicial con el evidente propósito de hacer posible el procedimiento abreviado, previa aceptación de hechos. En la acusación inicial se acusaba de robo con fuerza *en lugar habitado*, pero en la modificación de la acusación se cambió la calificación a robo con fuerza *en lugar no habitado*. Este cambio vino acompañado de una sustancial rebaja de petición de pena, desde 5 años y 1 día de presidio mayor en su grado mínimo, a sólo 301 días de presidio menor en su grado medio.

¹³¹⁹ Hay que reconocer, sin embargo, que esta norma, al ser una norma de inversión legal de la carga formal y objetiva de la prueba, afecta la vigencia de la presunción de inocencia. En todo caso, no la consideramos necesaria para llegar a establecer la participación en el robo, puesto que creemos que es perfectamente posible arribar a esa misma conclusión a través de las presunciones judiciales, como hemos dicho.

La modificación de la calificación argüía fundarse en que el robo se habría producido en realidad en un «lugar no habitado» en concepto de la Ley, como sería un patio interior de una casa.

Pues bien, como se sabe, la opinión unánime¹³²⁰ estima que un patio interior, desde el punto de vista legal, es un «lugar habitado», ya que conforme a la norma (art. 440 del CP) se considera al patio interior de una casa como una dependencia en comunicación interior, conformando una unidad de protección con la casa, de modo que cualquier robo que allí se perpetre es un robo en lugar habitado. Era más que evidente cuál era la calificación correcta, no obstante se acabó haciendo una calificación intencionadamente equivocada, que no tenía asidero legal, como fue el robo con fuerza *en lugar no habitado*.

La única motivación de la calificación de robo en lugar no habitado, cuando la Ley era (y es) clara en el sentido contrario, fue la provocación de la aceptación de hechos. Y en este caso nuevamente concurrió la absoluta «connivencia» del juzgador que no se planteó cuestión alguna referida a la legalidad de la calificación del hecho, condenando conforme a la acusación del fiscal.

En cuarto lugar está la SJG de Carahue, de 19 de junio de 2002, que trata de un caso en que inicialmente se acusó de homicidio frustrado, pero que en la audiencia de preparación se modificó a lesiones graves (simplemente graves, no gravísimas), acompañada de una rebaja sustancial de la petición de pena, desde 4 años de presidio menor en su grado máximo, a sólo 818 días de presidio menor en su grado medio.

Sin embargo, los hechos revelan claramente que la calificación correcta era la de homicidio frustrado.

Los hechos son los siguientes: una anciana mientras realizaba trabajos agrícolas fue golpeada repetidamente con objetos contundentes y con un hacha de mano, provocándole traumatismo encéfalo craneano abierto, fractura craneal temporo-facial

¹³²⁰ Vid. por todos a ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, Alfredo, *Derecho penal, cit.*, tomo III, pp. 321-323; GARRIDO MONTT, Mario, *Derecho pena, cit.*, tomo IV, pp. 222-224; MATUS ACUÑA, Jean Pierre y RAMÍREZ GUZMÁN, María, *Lecciones de Derecho penal, cit.*, parte especial, pp. 110-111; MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal, parte especial*, Tirant lo Blanch, décimo cuarta edición, Valencia, 2002, pp. 381-383.

derecha, contusión cerebral temporal derecha y hematoma subdural agudo, y hemorragia subarahnóidea traumática y contusiones diversas.

Se estableció en la acusación inicial que todas estas lesiones eran potencialmente mortales, lo cual todavía era más plausible a causa de la avanzada edad de la víctima. Se estableció asimismo que ésta sólo se salvó de la muerte por el oportuno auxilio médico.

Con base en estos antecedentes el fiscal, en su acusación inicial, afirmaba que los hechos constituían homicidio frustrado. En efecto, era fácil extraer del contexto de los mismos el ánimo homicida o *animus necandi*, es decir, el dolo directo de matar, o por lo menos, agregamos nosotros, el dolo eventual, en el sentido que los imputados debieron de haberse representado la probabilidad de muerte como resultado de su acción, lo cual justificaba suficientemente la calificación de homicidio frustrado¹³²¹.

Por otra parte, si se tenía alguna duda sobre la existencia de un concurso de normas penales, del homicidio frustrado con las lesiones simplemente graves¹³²², debía de haberse concluido que el homicidio frustrado consumía o absorbía (regla de la consunción) a las simples lesiones graves, ya que la progresión delictiva hace que las formas más graves y acabadas de delitos consuman a las de menor entidad, de modo que se debía aplicar el homicidio frustrado que desplazaba a la norma de las lesiones simplemente graves¹³²³.

En la audiencia de preparación, no obstante, la calificación fue modificada a lesiones simplemente graves. Nuevamente nos hallamos con que a través del arbitrio de hacer una nueva calificación incorrecta menos grave se logra rebajar la pena para provocar la aceptación. Y nuevamente con la «connivencia» del juzgador que no se

¹³²¹ Vid. BUSTOS, Juan, GRISOLÍA, Francisco y POLITOFF, Sergio, *Derecho penal chileno*, parte especial, Editorial Jurídica de Chile, segunda edición, Santiago de Chile, 1993, pp. 70-72.

¹³²² Cfr. BUSTOS, Juan, GRISOLÍA, Francisco y POLITOFF, Sergio, *Derecho penal...*, *cit.*, parte especial, pp. 66-70, quienes se plantean el concurso aparente de normas en este caso, consideran que éste se puede dar entre homicidio frustrado y delito de lesiones graves gravísimas (que tiene una pena superior a la del homicidio frustrado); no se lo plantean respecto de las simples lesiones graves. En todo caso, estiman que no hay concurso de normas entre el homicidio frustrado y lesiones graves gravísimas, sino concurso ideal.

¹³²³ ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, Alfredo, *Derecho penal*, *cit.*, tomo II, pp. 126-127.

plantea cuestión alguna al respecto, y que acaba condenando conforme a la acusación del fiscal.

3) La tercera práctica usada por los acusadores para provocar el procedimiento abreviado con la aceptación de hechos por parte del imputado ha sido el aprovechamiento de la modificación de la acusación en la audiencia de preparación del juicio para la petición de atenuantes que no se han pedido en la acusación inicial o para «desistirse» de la petición de agravantes que se han pedido en la acusación inicial. Mediante este expediente la acusación ofrece al imputado una rebaja sustancial de la pena pedida, siempre que éste se allane aceptando los hechos. A continuación daremos varios ejemplos de esta práctica, que al igual que las anteriores nos parece ilegal e inaceptable en el proceso penal chileno.

El primer caso es el de la SJG de Loncoche, de 11 de septiembre de 2001, rol interno 77-2001, en el cual el fiscal aparte de hacer una modificación sobre el título delictivo también se «desistió» de dos agravantes pedidas en la acusación inicial (reincidencia y premeditación conocida), lo que le permitió rebajar su petición de pena desde 3 años, a sólo 541 días de presidio menor en su grado medio. Esta modificación provocó la aceptación de hechos y el juicio abreviado.

Conforme a los hechos que se narran en la sentencia, de las dos agravantes desistidas no nos queda clara la procedencia de la premeditación conocida. Pero con respecto a la agravante de reincidencia ocurre lo contrario, es decir, de los hechos y antecedentes en que se fundó la acusación se desprendía su procedencia, puesto que obraba en el proceso un extracto de filiación y antecedentes del imputado en que constaba una condena anterior. En consecuencia, queda de manifiesto que el fiscal en esta causa dejó de pedir, a lo menos, una agravante que estaba perfectamente fundada en un antecedente de la investigación y que había sido incluida en su acusación inicial.

El juzgador no se planteó ninguna duda sobre la legitimidad de esta práctica a la luz de la vigencia del principio de legalidad y de sus poderes jurisdiccionales.

El segundo ejemplo de esta práctica viene dado por la SJG de Villarrica, de 22 de noviembre de 2001, rol interno 194-2001. Se trata de un caso de tráfico de estupefacientes en el que se pide la pena de 3 años y 1 día de presidio menor en su grado máximo.

En la audiencia de preparación del juicio oral se modificó la acusación mediante el expediente de la petición de una atenuante especial de cooperación eficaz que permitió rebajar la pena en dos grados, conforme a la cual la petición de pena fue rebajada a 541 días de presidio menor en su grado medio.

Ante tal ofrecimiento de rebaja de pena la defensa del imputado señaló «que teniendo presente la modificación efectuada por el señor fiscal, estaría en condiciones de aceptar la solicitud de proceder conforme a las normas del procedimiento abreviado»¹³²⁴.

El juzgador, en este caso, no sólo no se opone a la técnica de rebaja de peticiones de pena para provocar aceptación de hechos, sino que manifiesta que en el nuevo proceso penal, la calificación de la «suficiencia y eficacia de tal cooperación [se refiere a la cooperación eficaz] que el legislador impone al juez (...) en el marco de la reforma al proceso penal implica que tal pronunciamiento no le cabe sino a quien sustenta la acción penal pública, es decir, a la fiscalía».

El juzgador, paradójicamente, no se cuestiona que de ser cierto que la concurrencia de la calificación de cooperación eficaz corresponda hacerla al fiscal, y rigiendo el principio de legalidad en el ejercicio de sus facultades, por qué entonces éste no pidió dicha especial calificación desde el principio en su primera acusación, y por qué se esperó a la audiencia de preparación para hacerlo. No se cuestiona el inicial comportamiento omisivo del fiscal (contrario a mandato legal expreso) y tampoco analiza el posterior propósito de provocar (de presionar por) la aceptación de hechos (la confesión) al alegar la atenuante calificada.

Tampoco se cuestiona que la supuesta vinculación del juzgador a una calificación del fiscal, como parece sostener él mismo, supone la infracción del principio de exclusividad jurisdiccional que radica en los tribunales de justicia y la infracción de la prohibición que recae sobre el MP de ejercer funciones jurisdiccionales.

En tercer lugar tenemos el ejemplo de la Sentencia del Juzgado Mixto de Taltal, de 23 de febrero de 2002, rol interno 75-2001. Se acusó inicialmente por un delito de lesiones graves con un agravante y se pidió una pena de 1000 días de presidio menor

¹³²⁴ Acta de la audiencia de preparación del juicio oral.

en su grado medio. En la audiencia de apertura del juicio oral, con el fin de dar lugar al procedimiento abreviado el fiscal modificó la acusación en el sentido de alegar la atenuante de irreprochable conducta anterior de modo de justificar una rebaja de pena a 541 días de presidio menor en su grado medio. Desde luego, el imputado aceptó los hechos y se produjo el juicio abreviado en el cual se dictó sentencia condenatoria por delito de lesiones graves, imponiéndose la pena de 301 días de presidio menor en su grado mínimo, pena aún más baja que la pedida por la acusación, puesto que el juzgador además estimó la alegación de la defensa en el sentido que la atenuante era especialmente calificada conforme a las circunstancias del caso (art. 68 bis del CP).

En esta causa la atenuante de reparación con celo del mal causado estaba perfectamente acreditada en el proceso, de modo que su petición se justificaba. El cuestionamiento en este caso viene dado por el uso que se hace de la modificación de la acusación en la audiencia de preparación para pedir una atenuante en este momento procesal, y no en la acusación inicial, lo cual demuestra que el principio de legalidad y de objetividad en el ejercicio de las funciones del MP no se está aplicando como debía, ya que de estos principios se tendría que desprender que la acusación no puede ser más o menos grave dependiendo de la confesión o no confesión del imputado. Es decir, que la legalidad y objetividad se aplica sólo si el imputado renuncia al juicio oral y se autoinculpa.

Por otra parte, esto demuestra que a veces el MP utiliza la técnica de la agravamiento de la «pretensión penal» en la acusación inicial con el fin de generar una cierta intimidación en el imputado y de obtener un piso de negociación más elevado y «conveniente» con miras a la audiencia de preparación del juicio, en la cual se puede negociar a la baja ofreciendo lo que en estricto rigor legal es lo procedente y, sin embargo, ser percibido por el imputado como una ventaja, allanándose a dar la aceptación de hechos (confesión). Obsérvese que en este caso el juzgador aún rebajó más la condena que la pedida por el acusador, lo cual indica que el imputado «jugó mal», ya que se confesó a cambio de una acusación que objetivamente no le daba ventajas, y que incluso tras la modificación seguía estando «inflada» (sólo pedía una atenuante simple u ordinaria, pero en el juicio se estimó que era especialmente calificada). Y es posible suponer que el imputado podría haber obtenido un resultado aún más favorable en un juicio oral con todas las garantías que ello implica y sin la confesión en su contra.

El cuarto ejemplo de esta práctica nos lo da la SJG de Temuco, de 27 de junio de 2002, rol interno 4641-2001, en el que se acusó por robo con intimidación sin agravantes ni atenuantes. En la audiencia de preparación del juicio oral se modificó la acusación por el fiscal y se pidieron dos atenuantes, la irreprochable conducta anterior y la colaboración sustancial al esclarecimiento de los hechos, en cuya virtud se rebajó la petición de pena a cuatro años de presidio menor en su grado máximo, haciendo posible el procedimiento abreviado¹³²⁵.

Cabe destacar que nuevamente la irreprochable conducta estaba perfectamente acreditada en el proceso, de modo que su petición era procedente y así lo estimó el juzgador. En cuanto a la atenuante de colaboración sustancial al esclarecimiento del hecho, del contexto de la sentencia no aparece claramente acreditada ni está justificada por el juzgador. Sin embargo, la estimó en la sentencia y argumentó que el fiscal al tener a su cargo la investigación era el sujeto que debía pedirla y sostenerla.

Por su parte, el fiscal de la causa, cuando realizó la modificación de la acusación, alegando las dos atenuantes, sostuvo que lo hacía para «resguardar y dar cumplimiento al principio de objetividad que rige su labor». Resulta bastante poco creíble que éste sea el espíritu real de su modificación de la acusación, ya que de haber sido éste el que animaba su actuación debía de haber pedido las atenuantes en la acusación inicial, y no dejarse estas «cartas bajo la manga» para la audiencia de preparación del juicio oral, con el fin de ofrecerlas allí junto a una rebaja de pena a cambio del reconocimiento de hechos.

3. Reproches a estas prácticas en el procedimiento abreviado

Las prácticas denunciadas, según hemos adelantado, chocan con principios (y garantías) fundamentales que gobiernan el Derecho penal y procesal penal y que rigen las potestades y actuaciones del MP.

Seguidamente formularemos cuatro reflexiones generales en el contexto del proceso penal chileno.

¹³²⁵ La Sentencia no dice nada acerca de la pena que se pidió inicialmente. Sin embargo, la Ley (art. 436) establece unos márgenes de pena, presidio mayor en su grado mínimo a máximo, que superan el máximo de pena que se puede pedir en el procedimiento abreviado.

1) La legalidad y la objetividad como principios que rigen las potestades y actuaciones del MP.

Nos interesa resaltar la atribución de potestades al MP como institución que se encarga de llevar adelante la persecución penal pública y de instar por la aplicación del *ius puniendi* ante los tribunales de justicia. En este sentido, esta institución tiene tantas potestades para cumplir con dichas funciones cuantas la ley le atribuya, y además ha de ejercerlas con pleno sometimiento a la misma. Sus márgenes de discrecionalidad existen en la medida que previamente hayan sido entregados y regulados por ley expresa. Cualquier otra cosa es ilegítima arbitrariedad e ilegalidad¹³²⁶, pues el ordenamiento chileno somete al MP al principio de legalidad en toda su amplitud (art. 80 letra A de la CPR, arts. 1 y 3 de la LOCMP, arts. 77 y 166 del CPP)¹³²⁷.

El principio de objetividad, a su turno, se establece como la consecuencia del de legalidad. La objetividad impone al MP el deber de actuar en el ejercicio de sus funciones bajo «un criterio objetivo, velando únicamente por la correcta aplicación de la ley» (así lo establece el art. 3 de la LOCMP. También el art. 1 de la LOCMP, el art. 80 letra A de la CPR y art. 77 del CPP)¹³²⁸. De este principio se deriva que el MP deberá investigar «con igual celo no sólo los hechos y circunstancias que funden o agraven la responsabilidad penal del imputado, sino también los que le eximan de ella, la extingan o la atenuen» (art. 3 LOCMP. También en términos parecidos el art. 1 de la misma Ley y art. 80 letra A de la CPR)¹³²⁹.

¹³²⁶ Por tal motivo rechazamos rotundamente ciertas posiciones en la doctrina chilena que pretenden introducir un sistema discrecional bastante amplio que no se condice con el ordenamiento jurídico chileno vigente. *Vid.* RIEGO RAMÍREZ, Cristian, «El procedimiento abreviado», *cit.*, *passim*.

¹³²⁷ Resultan interesantes las reflexiones de MARTÍN PASTOR (*El Ministerio Fiscal como director...*, *cit.*, pp. 331-355.), quien realiza una exposición bastante completa sobre el sometimiento al principio de legalidad y objetividad del MF español y cuáles pueden ser los mejores medios de tutelar estas garantías.

¹³²⁸ El art. 3 de la LOCMP adopta la fórmula del Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica, que define el principio de objetividad en los términos citados en su art. 69.

¹³²⁹ Obsérvese que el principio de objetividad está consagrado en diversas legislaciones. Así en el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica, en su art. 69; en la StPO alemana en su art. 160; en el CPP italiano en su art. 358 en relación con sus arts. 291 y 292 ter, y en la legislación española la objetividad se halla en el art. 7 de la EOMF.

Pero más importante aún es la segunda derivación del principio de objetividad, tocante a la función acusadora del MP. En virtud de este principio los fiscales no pueden hacer o dejar de hacer sino aquello que la recta interpretación de la ley ordena o prohíbe. Es decir, el MP si bien es la parte acusadora en el proceso penal y «pretende» la condena del acusado, no puede pretenderla al margen de la correcta aplicación de la ley penal. Específicamente, el fiscal no puede hacer intencionadamente calificaciones incorrectas que se aparten de la ley ni formular acusación por hechos retocados, para conseguir una confesión¹³³⁰.

Alguno ha intentado justificar este tipo de prácticas en las distintas y legítimas interpretaciones que se pueden sostener sobre la aplicación de una u otra norma penal dentro de un ordenamiento¹³³¹. No desconocemos que la interpretación normativa en un ordenamiento jurídico complejo siempre importa una dosis de subjetividad inevitable, sin embargo, la norma penal debe ser el referente objetivo de las mismas. En este orden de ideas, creemos que lleva razón ROXIN¹³³² en el sentido que la interpretación

¹³³⁰ Recuérdese que el acusador sólo puede instar por la condena del culpable dentro de la legalidad penal, nunca fuera de ella. En Derecho español esto se desprende indubitablemente del art. 2 LECrim y arts. 3.4, 6 y 7 EOMF. *Vid.* por todos a MONTERO AROCA, Juan, *Derecho jurisdiccional, III. Proceso penal, cit.*, séptima edición, p. 61; MORENO CATENA, Víctor, *Derecho procesal penal, cit.*, segunda edición, pp. 166-168; DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, *Derecho procesal penal, cit.*, cuarta edición, pp. 191 y ss, y del mismo autor «Disponibilidad del objeto...», *cit.*, pp. 9877-9884.

En Derecho italiano lo mismo se deduce del art. 112 Constitución italiana y arts 50, 326, 358, 405 y 409 del CPP italiano. En doctrina se puede consultar a CALAMANDREI, Piero, «Il concetto di "lite" nel pensiero di Francesco Carnelutti», *cit.*, pp. 15-17; PAOLI, Giulio, «Nozione di lite nel processo penale», *cit.*, p. 67; SARACENO, Pasquale, *La decisione sul fatto incerto nel processo penale, cit.*, p. 217; FORTUNA, Ennio, *Manuale pratico del nuovo processo penale, cit.*, pp. 48-49; FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón, cit.*, pp. 734-737.

¹³³¹ *Vid.* RIEGO RAMÍREZ, Cristián, «El procedimiento abreviado», *cit.*, pp. 215-216, insinúa que el fiscal en la formulación de la acusación no se hallaría vinculado a la legalidad ni a la objetividad, puesto que ello dependería, entre otros factores, de la interpretación del Derecho aplicable.

¹³³² *Vid.* ROXIN, Claus, *Derecho penal, Parte general*, tomo I, Civitas, Madrid, 1999 (traducción de Luzón Peña, Díaz y García Conlledo, Vicente Remesal), pp. 147-156.

Incluso KAUFMANN, Arthur, *Analogía y naturaleza de la cosa. Hacia una teoría de la comprensión jurídica*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1976 (traducción de Barros Bourie), pp. 81-103, quien señala que toda aplicación e interpretación de la ley importa un proceso de subsunción que contiene un razonamiento analógico (pero entendido como equivalente de interpretación teleológica), reconoce que dicha labor está limitada por la misma letra de la ley penal. En realidad para el autor alemán la subsunción es analógica en cuanto actividad dirigida a fijar la pertenencia (o no) de un supuesto concreto a un determinado tipo más o menos cerrado y preciso, para lo cual ha de atenderse a la naturaleza de la cosa (del caso) y si la naturaleza concreta de la cosa guarda

de las normas está limitada por la literalidad de las mismas. La literalidad siempre vincula al intérprete en la medida que éste no puede otorgarles un significado que rebase los sentidos posibles de ellas, puesto que de lo contrario se caería en la interpretación analógica penal. Es decir, la letra de las normas impone los límites de los sentidos posibles de las mismas, y dentro de ellas, el intérprete puede dotar de contenidos precisos a las normas penales, para lo cual usará de los distintos elementos de exégesis¹³³³.

En consecuencia, tanto desde la perspectiva del principio de legalidad como del de objetividad deben ser rechazadas las prácticas de manipulación de hechos para hacerlos calzar con calificaciones incorrectas, o las prácticas de calificaciones degradadas incorrectas y de peticiones de atenuantes o de desistimientos de agravantes realizados en función de la confesión o no confesión del imputado, pues ello revela que el sostenimiento por el fiscal de un hecho punible o de otro, de una calificación u otra, o de una circunstancia modificatoria u otra, producidas en un mismo juicio, no dependen de la correcta aplicación de la norma penal, sino de un puro criterio de utilidad desde un punto de vista subjetivo del fiscal o institucional en el sentido de provocar una confesión del imputado para obtener un juicio abreviado.

2) Infracción al principio y garantía de legalidad penal sustantiva y la creación de una ley penal sustantiva *ad-hoc*¹³³⁴.

correspondencia con el tipo penal. Dicha labor de subsunción (analógica o de interpretación teleológica), empero, no reconoce espacios para «voluntarismos interpretativos del juez» al margen del tipo legal. Dice KAUFMANN a este respecto: «la analogía encuentra su frontera en el derecho penal en el tipo de ilicitud que sirve de base al supuesto de hecho legal. Lo que queda más allá es investigación jurídica libre». p. 102.

¹³³³ Entre muchos ejemplos de la jurisprudencia alemana, el autor ofrece el caso de la sustracción ilegítima de energía eléctrica, que no pudo ser condenado como hurto porque la energía eléctrica como concepto no se adecuaba al de cosa corporal en ninguno de sus sentidos posibles. Por esta razón en el año 1900 se tuvo que introducir el tipo de sustracción de energía eléctrica. *Vid.* ROXIN, Claus, *Derecho penal...*, *cit.*, p. 151.

¹³³⁴ Resulta interesante constatar cómo esta cuestión que nosotros estamos criticando en el sistema chileno, a propósito de las malas prácticas del MP, ha sido reconocido en otros sistemas. De este modo, por ejemplo, el fenómeno tiene una identidad propia y reconocida en la justicia penal estadounidense. En este sistema se habla del *law-making* como una función del juez y que se justifica en los márgenes de discrecionalidad que este posee, de manera que la ley penal sustantiva legislada, general y abstracta, no es el único parametro normativo del juez, el cual puede ser modificado con bastante amplitud por su mismo criterio de solución en el caso concreto. A este respecto, puede

El principio y garantía de legalidad penal se resume en dos aforismos latinos: *nulla poena et nullum crimen sine lege* y *nulla poena sine crimine et sine culpa*, los que significan que el juez se halla sometido a la ley, no pudiendo calificar como delitos «sino sólo (y todos) los que, con independencia de sus valoraciones, vienen formalmente designados por la ley como presupuestos de una pena»¹³³⁵ y que el sometimiento del juez lo es a la ley en la medida que «las definiciones legislativas de las hipótesis de desviación vienen dotadas de referencias empíricas y fácticas precisas»¹³³⁶.

Sólo a la ley está encomendada la tarea de determinar qué hechos precisos se consideran lo suficientemente lesivos como para describirlos como delitos y, por lo tanto, como presupuestos de una pena¹³³⁷. Esto quiere decir que a la norma legal corresponde establecer los hechos lesivos que se deben hallar previamente calificados de delitos, y de los cuales depende la pena.

Como se ve, la ley establece anticipadamente una coherente relación entre hecho lesivo, delito y pena atribuida. Esta imbricación de conceptos se vincula con la retribución penal en el sentido de que es la ley la que establece el nexo lógico entre delito y sanción, y que enlaza con la proporcionalidad de la pena atendido el delito y, en último término, con la proporcionalidad de la pena respecto del hecho¹³³⁸.

Pues bien, todo esto se ve desbaratado con la introducción de las prácticas inadecuadas en el procedimiento abreviado. En efecto, la negociación penal que se ha producido mediante las prácticas del forzado ajuste de hechos a una calificación, o de las calificaciones inadecuadas al hecho, o de la petición de atenuantes o del abandono de agravantes en la modificación de la acusación suponen una grave infracción a la legalidad penal sustantiva.

Ya hemos visto cómo los jueces acogen manifiestas calificaciones inadecuadas a los hechos (incluidas las de las atenuantes y agravantes) condenando conforme a ellas,

consultarse el trabajo de FANCHIOTTI, Vittorio, «Riflessioni sulla giustizia penale in U.S.A.», *cit.*, *passim*, y especialmente pp. 323-324.

¹³³⁵ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón*, *cit.*, p. 35.

¹³³⁶ *Ibid. cit. supra*.

¹³³⁷ *Vid.* FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón*, *cit.*, pp. 703-704.

¹³³⁸ *Vid.* FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón*, *cit.*, pp. 397-402.

rompiéndose la relación del hecho lesivo, del delito y de la pena proporcionada establecida por la ley penal¹³³⁹. En el fondo, a través de estas prácticas se crean normas (leyes) penales *ad-hoc*¹³⁴⁰ aplicables al caso particular (¿igualdad ante la ley penal?), fruto de una acusación que se aparta de lo dispuesto en la ley, y que no responden a ningún criterio normativo fijado previamente (¿certeza de la ley penal?) ni mucho menos a una correcta sistemática dogmático penal¹³⁴¹⁻¹³⁴². Más bien suelen depender de criterios utilitaristas del fiscal y del MP y de la habilidad negociadora del imputado en cada caso, de modo que pueden existir dos hechos iguales y con iguales circunstancias, pero que se someten a normas penales *ad-hoc* y consecuencias penales concretas notablemente distintas. El resultado normativo y punitivo podrá depender de múltiples factores *extra legales* y *extra dogmáticos*. Por ejemplo, de cuán recargado de trabajo esté el fiscal que lleve el caso, pues dependiendo de ello éste podrá ser más proclive a ofrecer una «buena calificación y rebaja» para «sacarse de encima» el juicio oral. En cambio si toca un fiscal más desahogado de trabajo o más eficiente disminuyen las posibilidades de que ofrezca una «buena calificación y rebaja» a cambio de la aceptación de hechos (confesión). También puede depender de la habilidad negociadora del imputado y del asesoramiento de la defensa, que por ejemplo ante una acusación inicial «intimidatoria» y «agravada» mantenga la tranquilidad y se espere a una buena rebaja penal en la modificación de la acusación y que sólo ante esa rebaja esté dispuesta a aceptar los hechos.

La cuestión de que a hechos iguales y con iguales circunstancias se les pueda someter a normas penales diversas, dependiendo de la confesión —al que confiesa, la ley penal negociada *ad-hoc*; al que no confiesa, toda la dureza de la ley estricta— y de ahí hacer derivar consecuencias penales concretas diametralmente opuestas, implican

¹³³⁹ Vid. FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón*, cit., pp. 746-752.

¹³⁴⁰ Con este giro (ad-hoc) queremos expresar la idea de que la norma penal en estos casos no viene fijada por la ley, sino por la misma actividad *negociadora* realizada por el fiscal, a través de las nocivas prácticas denunciadas.

¹³⁴¹ Vid. FANCHIOTTI, Vittorio, «Riflessioni sulla giustizia penale in U.S.A.», cit., *passim*. Creemos que este puede ser una de las principales críticas a la coherencia de un sistema discrecional como el estadounidense.

¹³⁴² Vid. DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, «Disponibilidad del objeto...», cit., pp. 9877-9884; MARTÍN PASTOR, José, *El Ministerio Fiscal como director...*, cit., pp. 350-352.

que en el sistema de negociación (no regulado) en el que a menudo se convierte el procedimiento abreviado se infringen aspectos de la legalidad penal que estimamos fundamentales: la certeza de la ley penal o la prohibición de leyes penales y penas indeterminadas y la igualdad ante la misma.

Estas infracciones se producen como resultado de una intencionada interpretación incorrecta de las normas penales por parte del MP, práctica necesaria para dar lugar a las calificaciones de delitos degradados que no se corresponden con el hecho punible, o para hacer aparecer atenuantes inexistentes o hacer desaparecer claras agravantes¹³⁴³.

Por último, corresponde advertir que el principio de legalidad tradicionalmente ha sido considerado como una garantía del imputado ante el poder punitivo del Estado, y que por esta razón ha operado como prohibición en el sentido de que el Estado-juez no puede condenar por analogía cuando el hecho no está precisamente descrito en la ley, ni puede condenar por un delito o pena más grave que la dispuesta por la ley¹³⁴⁴.

Efectivamente, este ha sido el significado que se ha puesto de relieve tradicionalmente, pues eran las hipótesis de castigo de hechos no tipificados en la ley, o de castigo más grave que el que la ley disponía, las situaciones que solían darse en la experiencia del proceso penal. ¿De lo anterior se desprendería entonces que las prácticas denunciadas al suponer siempre una atenuación del poder punitivo no infringirían las garantías que hay tras la vigencia del principio de legalidad?

Todas las prácticas analizadas y criticadas implican en principio una atenuación del poder punitivo, de tal modo que inicialmente parecen que no son un ataque directo a la vigencia de la legalidad en el sentido de garantía. Sin embargo, esto no es más que un espejismo, puesto que dichas prácticas, como hemos demostrado, no persiguen el trato más favorable del imputado a través de la renuncia a perseguir toda la consecuencia punitiva consagrada en la ley, sino todo lo contrario, su fin es el aseguramiento de un

¹³⁴³ Vid. ROXIN, Claus, *Derecho penal...*, cit., pp.147-156, quien pone en evidencia la relación que existe entre correcta interpretación y el principio de legalidad, y la prohibición de analogía que de éste se desprende.

¹³⁴⁴ Estas son las prohibiciones como consecuencias de la legalidad dirigidas al Estado-juez, pero también existen otras dos prohibiciones que van dirigidas al Estado-legislador, que son la prohibición de la retroactividad de la ley penal y la prohibición de leyes penales y penas indeterminadas. Vid. ROXIN, Claus, *Derecho penal...*, cit., pp. 140-175.

castigo, cualquiera sea éste y aun cuando sea apartándose de la ley penal, de manera que su propósito siempre será represivo; nunca de garantía para el imputado. De no ser así, entonces cómo se explica que estas ventajas o rebajas penales no se otorguen si no es a cambio de la confesión.

Por lo demás, la legalidad penal si bien tiene un contenido de garantía, también implica un mandato ineludible en orden a que se debe aplicar la norma sancionada en la ley, y no otra. La ley penal no opera solamente como un techo o tope máximo, dejando hacia abajo amplios márgenes de discrecionalidad para el acusador y para el juzgador, como áreas para crear normas penales atenuadas aplicables a casos particulares. Por el contrario, la norma de la ley penal es la única que se puede aplicar, dentro de sus máximos y sus mínimos sancionados. Lo demás es discrecionalidad al margen de la ley, que será ilegal si no hay una norma legal —y constitucional— que la admita y la regule.

3) Estas prácticas infringen asentadas garantías procesales penales.

En un proceso penal con vigencia de garantías procesales e informado por la presunción de inocencia, la declaración del imputado es el principal medio de defensa para poder refutar la acusación; nunca un medio de autoinculpación. En estricto rigor debiera prohibirse legalmente cualquier uso autoinculpatorio de la declaración (confesión) del imputado¹³⁴⁵.

Esta concepción está latente en el NCPP, pues el art. 98 considera a la declaración del imputado como un medio de defensa de éste. No obstante, el art. 340 inciso 3º matiza la afirmación precedente al establecer que «No se podrá condenar a una persona con el sólo mérito de su propia declaración», con lo cual se viene a señalar que no se puede fundar la sentencia de condena exclusivamente en la confesión, pero a la vez no prohíbe su utilización inculpadora, sino al contrario, la reconoce, aunque condicionada a la existencia de otras pruebas¹³⁴⁶⁻¹³⁴⁷.

¹³⁴⁵ Vid. FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón*, cit., p. 608.

¹³⁴⁶ Esta norma consagra en el CPP chileno la doctrina de la «mínima actividad probatoria con contenido objetivamente incriminatorio». Es evidente la influencia de la doctrina española en este punto, como lo ha reconocido el propio legislador chileno. Vid. PFFEFER URQUIAGA, Emilio, *Código procesal penal*, cit., p. 399.

En la regulación del procedimiento abreviado existe una norma en el mismo sentido, es decir, que dispone la insuficiencia de la confesión para condenar. Requiere además de otros antecedentes, de manera que la aceptación de hechos (la confesión) se ha de hacer sobre la base de unos antecedentes inculpadores recabados en la investigación y que sirven de base a la acusación (art. 406). Y por esa misma razón se prohíbe que la sentencia condenatoria del juicio abreviado se base únicamente en la aceptación de hechos (art. 412).

Con todo, la confesión del procedimiento abreviado tiene una peculiaridad importante respecto de la que se puede producir en el proceso ordinario, consistente en que ella misma es presupuesto del juicio abreviado y que de ella depende el valor probatorio incriminador de lo que naturalmente no es prueba, como son los antecedentes de la investigación en que se funda la acusación. De consiguiente, en estricto rigor la sentencia de condena —aunque la ley no se atreva a decirlo— se basa realmente en la confesión, aunque acompañada de los antecedentes de la investigación que valen como prueba de incriminación gracias a la previa confesión.

Esto que todavía se puede tolerar con el fin de no echar por tierra las previsiones normativas del legislador, en orden a contar con procesos alternativos que sirvan de sistema de racionalización de recursos, nos parece francamente inaceptable cuando se convierte en un mecanismo de provocación de confesiones a través de las prácticas de ofrecimiento de «ventajas o premios» punitivos al margen de la ley penal.

La forma de «justicia penal» que se basa en la obtención a toda costa de confesiones no sólo persigue optimizar el uso de recursos y la celeridad (como habitualmente se argumenta), sino también pretende exonerar al acusador de la carga (formal) de la prueba de la acusación (como fin instrumental); la negociación a través de las prácticas que hemos denunciado buscan evitar o evadir la carga de la prueba que recae en el acusador en el juicio penal, *nulla accusatio sine probatione*¹³⁴⁸, y lograr imponer una

¹³⁴⁷ Cabe reconocer que el mismo FERRAJOLI admite el uso de la declaración con efecto autoinculpatorio, pero sujeto a la condición de la existencia de otras pruebas inculpadoras, *Derecho y Razón, cit.*, pp. 606-612.

¹³⁴⁸ *Vid.* FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón, cit.*, pp. 610-613. Este autor explica el sentido de carga de la prueba de la acusación con toda claridad, cuando dice: «Al estar la inocencia asistida por el postulado de su presunción hasta prueba en contrario, esta prueba contraria debe aportarla quien niega aquélla formulando la acusación. De aquí el corolario de la carga *acusatoria de la prueba* expresado

pena —cualquiera sea ésta— sin juicio (completo) en el cual se pruebe la acusación. Cabe preguntarse en consecuencia, ¿dónde queda la presunción de inocencia hasta prueba en contrario, sobre todo cuando las confesiones son provocadas y conseguidas a cambio de ofrecimientos punitivos ilegales?

4) Infracción a las potestades jurisdiccionales.

Estas prácticas vulneran las potestades jurisdiccionales, ya que la calificación inadecuada al hecho, o el forzamiento del hecho para hacer una calificación improcedente, o la petición de atenuantes o el desistimiento de agravantes, que constituyen un evidente apartamiento de la ley con el propósito de hacer una rebaja de la petición de pena que objetivamente no procede, en la práctica limita los poderes de calificación o de aplicación del Derecho del juzgador. En efecto, el juez formalmente mantiene intactos sus poderes de calificación en el procedimiento abreviado, con lo cual podría calificar el hecho punible y sus circunstancias (modificadorias) conforme a su criterio y convicción, empero la realidad es que se verá limitado por el margen punitivo máximo de la acusación, que manipulado a través de las prácticas denunciadas, muchas veces ni siquiera coincidirá con el mínimo punitivo del delito y sus circunstancias por el que podría calificar el juzgador.

De este modo, si bien podría desestimar la calificación del fiscal por una más grave, o desestimar la petición de una atenuante o estimar que sí concurre una agravante «desistida» por el fiscal, dichas calificaciones quedarán en la práctica carentes de consecuencias jurídicas, imponiéndose sobre estos extremos la acusación. El juzgador se verá en la situación de tener que condenar por una pena rebajada, hasta el extremo de tener que poner una pena que no se corresponda ni siquiera con el mínimo previsto por la ley penal para el delito y sus circunstancias, conforme la calificación que se ha hecho en la sentencia.

Como ejemplo de lo que decimos, recordemos el caso de la SJG de Villarrica, de 7 de agosto de 2001, rol interno 193-2001, en que la calificación correcta a todas luces era la de robo con intimidación en grado de frustrado (que en Chile se castiga como consumado, art. 450 del CP), con una pena legal de presidio mayor en su grado

por nuestro axioma...*nulla accusatio sine probatione*», p. 611. También MONTERO AROCA, Juan, *Principios...*, cit., pp. 153-156, y del mismo autor *Derecho jurisdiccional, III. Proceso penal*, cit., séptima edición, pp. 35-36.

mínimo a presidio mayor en su grado máximo, es decir, desde 5 años y 1 día a 20 años. Sin embargo, el fiscal calificó (intencionalmente mal) como amenazas condicionales, cuya pena es de presidio menor en su grado medio a presidio menor en su grado máximo, esto es, desde 541 días a 5 años, pidiendo concretamente el mínimo de 541 días de presidio. En este caso ni la pena abstracta de las amenazas ni la concreta pedida por el fiscal llega a la pena mínima prevista para el delito de robo con intimidación que realmente acaeció.

Lo mismo acontece en el caso de la SJG de Temuco, de 23 de octubre de 2001, rol interno 1168-2001, en el cual se calificó como delito de receptación unos hechos que encajan perfectamente en un delito de robo con fuerza en lugar no habitado. Las penas pedidas (para varios imputados) son de presidio menor en su grado mínimo, en tanto que el delito de robo con fuerza en lugar no habitado tiene asignada una pena de presidio menor en su grado medio a máximo. En esta causa nuevamente la pena pedida ni siquiera llega al mínimo de pena del delito que realmente existió.

En ambas causas el juzgador condenó conforme a la acusación, pero de haber calificado de conformidad a la ley penal, ejerciendo sus potestades jurisdiccionales, se habría encontrado ante la paradoja de no poder imponer la consecuencia penal que de ella se deriva, sino la que pide el fiscal, lo cual demuestra que en la práctica se termina imponiendo la calificación del MP. Esta situación generada por las prácticas denunciadas constituye una expresa contravención de la norma constitucional del art. 73, que dice que la potestad jurisdiccional radica exclusivamente en los tribunales de justicia, y de la norma constitucional del art. 80 letra (A), que prohíbe al MP ejercer funciones jurisdiccionales (y del art. 1 de la LOCMP que repite la norma constitucional).

II. PROCEDIMIENTO SIMPLIFICADO Y MONITORIO (PROCEDIMIENTO POR DECRETO)

Estos «procedimientos alternativos»¹³⁴⁹ se aplican a las faltas y a determinados simples delitos.

¹³⁴⁹ Vid. FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*, cit., pp. 746-752; RICCIO, Giuseppe, *Profili...*, cit., pp. 291-296.

Su establecimiento por el nuevo Código responde, como hemos dicho, a la idea de dotar al sistema procesal penal de «procedimientos alternativos» al ordinario que reúnan las características de simplificación y abreviación, con el fin de lograr un uso racional de recursos limitados y de obtener la celeridad procesal¹³⁵⁰.

Estos procedimientos se aplican para el enjuiciamiento de hechos que (casi) no requieren de investigación preliminar y en los cuales, por lo tanto, se produce la primera imputación formal con la misma acusación (requerimiento), y no con la denominada «formalización de la investigación». Desde este punto de vista no habría problemas para que el juez de garantía, a quien corresponde la tutela jurisdiccional de las garantías procesales en la investigación, pueda convertirse en el juzgador, ya que —teóricamente— ésta no existe.

El juicio oral mismo ante el juez de garantía es más sencillo y concentrado que el ordinario. Con ello se busca que el juicio se celebre sólo con las formalidades imprescindibles y ante un tribunal unipersonal (y no ante colegiado), características procesales que revelan la idea de concentración o economía procesal y de ahorro de medios¹³⁵¹.

El art. 392 establece el procedimiento monitorio para enjuiciar las faltas respecto de las cuales el fiscal haya pedido sólo pena de multa. El art. 388 dispone, por su parte, el procedimiento simplificado para enjuiciar todas las demás faltas, y los simples delitos cuando la pena pedida no excediere de presidio o reclusión menor en su grado mínimo (540 días).

Resulta de interés estudiar ambos procedimientos, porque en su regulación la correlación presenta algunas peculiaridades provocadas por ciertos rasgos de consenso y de negociación penal que ellos poseen. Como hemos dicho, el consenso y sobre todo la negociación penal producen la sustitución total o parcial del deber de correlación de la sentencia, en la medida que mediante éstas lo que acontece es la determinación directa y precisa, por la voluntad de las partes, del contenido de la sentencia.

¹³⁵⁰ Como hemos dicho, estos fines se han manifestado desmedidamente en el medio jurídico chileno, lo que además se ha visto muy reforzado por la influencia del pragmatismo utilitarista anglosajón. *Vid.* RIEGO RAMÍREZ, Cristian, «El procedimiento abreviado», *cit.*, pp. 218-224.

¹³⁵¹ *Vid.* CAROCCA PÉREZ, Álex, *El nuevo sistema procesal penal*, La Ley, Santiago de Chile, 2003, pp. 251-254.

1. Procedimiento simplificado

Mediante el procedimiento simplificado se juzgan las faltas y también los simples delitos en caso que el MP pida una pena que no exceda de presidio o reclusión menor en su grado mínimo (540 días).

La Ley entiende que en estos supuestos el MP debe deducir acusación — denominada requerimiento (art. 390)— una vez recibida la denuncia, con los antecedentes aportados por el denunciante o tras una breve investigación fiscal¹³⁵². Si se

¹³⁵² Corresponde comentar a modo de referencia —pues no es materia de este trabajo— que el supuesto legal de que en el procedimiento simplificado no sea necesaria la investigación preliminar o que sea irrelevante por su insignificancia debe ser, a nuestro juicio, matizado, ya que la necesidad de investigación no se establece o se impide por una disposición legal, sino que ella depende de la misma naturaleza del hecho que da lugar al proceso y de las circunstancias que rodean su acaecimiento, de modo que la situación de que el procedimiento se aplique a las faltas o a delitos con penas relativamente bajas, no quiere decir necesariamente que ello suponga la no necesidad de investigación en razón de una pretendida simplicidad de los hechos. Por otra parte, tampoco se puede evitar que aquellas investigaciones preliminares que comienzan por hechos que podrían revestir una gravedad mayor desde el punto de vista penal, sean investigados acuciosamente con diligencias que hagan necesaria la autorización del juez de garantía, y que, sin embargo, con posterioridad puedan acabar presentándose como hechos de menor gravedad penal, respecto de los cuales no cabe otra cosa que la interposición de un requerimiento.

Este problema es relevante no sólo por la falta de previsión normativa, sino fundamentalmente por los efectos que puede suponer respecto de la pérdida de imparcialidad objetiva (no prevención) del juez de garantía cuando le corresponda actuar en la investigación, y luego le corresponda conocer del juicio simplificado. En efecto, es perfectamente posible que en una investigación preliminar se pidan diligencias con autorización del juez de garantía, y luego ese mismo juez deba conocer del requerimiento y proceder al juicio simplificado. Desde luego, esta posibilidad no prevista ni prohibida por la Ley, sería claramente inconstitucional a la luz del debido proceso legal del art. 19.3 de la CPR. Para poder solventar la falta de previsión normativa habría que concluir que el juez de garantía que ha actuado en la investigación queda inhabilitado para conocer del requerimiento en el juicio simplificado.

El legislador chileno ha venido a repetir el mismo error que el legislador español. En efecto, en el juicio de faltas español, aunque no se regula ningún tipo de instrucción para las faltas, en la práctica sí se produce instrucción previa al juicio en un número importante de casos, ya porque se realizan diligencias previas de un procedimiento abreviado, ya porque, aun sin haberse instruido diligencias, se realizan, antes de la citación a juicio, actuaciones preliminares para la ratificación del denunciante, como la declaración del denunciando, la realización de parte médico forense, la realización de dictamen pericial, etc. *Vid.* por todos, AYO FERNÁNDEZ, Manuel, *Las faltas...*, *cit.*, p. 136; RAMOS MÉNDEZ, Francisco, *El proceso penal...*, *cit.*, pp. 44-45; GIMENO SENDRA, Vicente, *Derecho procesal penal*, *cit.*, pp. 808-809. En Chile ha realizado la misma crítica HORVITZ LENNON, María, *Derecho procesal penal chileno*, *cit.*, pp. 459-461, para el caso del procedimiento simplificado.

Como consecuencia de lo anterior, en el juicio de faltas español también se presenta el problema de la imparcialidad objetiva del juzgador por la posible concentración de funciones en el mismo órgano

trata de un delito o falta flagrante, la Ley (art. 393 bis) permite que después de detenido el imputado, el fiscal ordene que sea puesto a disposición del juez de garantía para comunicarle verbalmente el requerimiento (la acusación), en la audiencia de control de la detención.

En cualquier caso, una vez presentado el requerimiento¹³⁵³ ante el juez de garantía — que contiene la individualización del imputado, la relación del hecho, la norma penal infringida, la petición de pena y la exposición de los antecedentes o elementos en que se basa (art. 391)¹³⁵⁴— éste debe citar a juicio a todos los intervinientes y ordenar que las partes comparezcan con todas sus pruebas (art. 393), y, además, cuando se trata de delitos o faltas no flagrantes, debe notificar el requerimiento al imputado.

Al inicio de la audiencia del juicio oral el juez debe realizar una breve relación del requerimiento y de la querrela, si la hubiere. Además, si se encontrare presente la víctima y fuere procedente, instruirá a la partes de la posibilidad de llegar a un acuerdo reparatorio (art. 394).

El procedimiento simplificado establece un proceso que tiene la naturaleza de ordinario, en cuanto es el aplicable a todas las faltas. Pero, de otra parte, en la misma regulación subyace el carácter de «proceso alternativo» en la medida que la Ley permite que el fiscal pueda someter a las normas del procedimiento simplificado, aparte las faltas, a ciertos simples delitos, bajo el presupuesto de que pida una pena que no exceda de presidio o reclusión menor en su grado mínimo. En este supuesto, la Ley está autorizando al MP (al fiscal) que, ante un hecho que reviste caracteres de delito y que posea unos márgenes legales de pena desde presidio o reclusión menor en su grado

jurisdiccional (instructoras y juzgadoras). En el juicio de faltas de la LECrim, el juez de instrucción, por aplicación del art. 779.2ª, una vez realizadas las diligencias previas, cuando estima que el hecho punible investigado es una falta, y se considera competente, la juzga el mismo, a pesar de haber sido el instructor que ha realizado la actividad sumarial o instructora. *Vid.* al respecto ORAA GONZÁLEZ, Javier y ORAA GONZÁLEZ, Pilar, «La constitucionalidad del juicio de faltas...», *cit.*, *passim*; RAMOS MÉNDEZ, Francisco, *El proceso penal...*, *cit.*, pp. 44-45; MONTÓN REDONDO, Alberto, *Derecho jurisdiccional, III. Proceso penal, cit.*, séptima edición, p. 509. También ATC (BDA, m. RTC 1990/371).

¹³⁵³ El requerimiento del fiscal no es otra cosa que una acusación simplificada.

¹³⁵⁴ Se nota la falta de petición de pena como requisito del requerimiento. Pende en el Congreso un proyecto de reforma del CPP que, entre otras materias, modifica el procedimiento simplificado en varios aspectos. Uno de ellos se refiere al requisito de petición de pena que se exige sea contenido del requerimiento.

mínimo y que se extiende a grados de penas superiores, pueda decidir someterlo a las reglas del «procedimiento ordinario», pidiendo los tramos superiores de pena, o someterlo al «procedimiento simplificado» —el procedimiento alternativo al ordinario—, al pedir la pena menor.

En conclusión, el procedimiento simplificado opera como el proceso ordinario cuando se trata del enjuiciamiento de las faltas, pero funciona como un proceso alternativo cuando se refiere al enjuiciamiento de simples delitos que poseen una pena en virtud de la cual podrían ser sometidos al enjuiciamiento ordinario.

Tocante a su función de proceso alternativo al ordinario, cabe destacar que su estructura se asemeja al del juicio rápido español y al juicio directísimo italiano. En efecto, la regulación chilena del procedimiento simplificado se constituye como un rito procesal simplificado que anticipa el juicio oral a través de la (cuasi) eliminación de la investigación preparatoria y de la audiencia preliminar o intermedia, lo que es posible gracias a una situación de evidencia probatoria o de no necesidad de realizar complejas indagaciones preliminares, igual como acontece en España con el juicio rápido¹³⁵⁵ y en Italia con el juicio directísimo¹³⁵⁶.

¹³⁵⁵ En España existen los denominados juicios rápidos, que han sido establecidos por el legislador español con la finalidad de ofrecer cauces procesales expeditos a aquella categoría de asuntos que no requieren de una previa investigación penal o ella resulta muy acotada (art. 795 y ss. LECrim). *Vid.* por todos a GASCÓN INCHAUSTI, Fernando (con Aguilera Morales), *La Reforma...*, *cit.*, pp. 35-52; VEGAS TORRES, Jaime, *El procedimiento...*, *cit.*, pp. 9-28.

¹³⁵⁶ En el CPP italiano, el juicio directísimo está clara y precisamente regulado, de manera que se establecen las dos hipótesis de evidencia probatoria originaria que pueden dar lugar al proceso alternativo, y que son: la detención flagrante convalidada por el juez y la confesión del indagado. En el caso de la detención flagrante convalidada por el juez (art. 449), si el fiscal piensa que se debe proceder conforme al juicio directísimo, presenta al imputado ante el juez, dentro de las 48 horas siguientes a la detención. Si el juez convalida la detención, se procede inmediatamente a juicio. Si no convalida, se devuelven las actuaciones al fiscal, salvo que el imputado y el MP estén de acuerdo de proceder a juicio directísimo (art. 449, 1ª, 2ª, 3ª). *Vid.* GIUSTOZZI, Raimondo, *Manuale pratico...*, *cit.*, p. 641; RICCIO, Giuseppe, *Profili...*, *cit.*, pp. 316-318.

El otro supuesto en que se admite el juicio directísimo es el del indagado que presta confesión en el curso de un interrogatorio (art. 449.5). En tal caso, el imputado comparece ante el juez, y el fiscal pide el juicio y el juez lo ordena, indicando el tribunal competente.

En ambos supuestos se exige la falta de necesidad de especiales indagaciones, razón por la cual se requiere que el MP efectúe una previa valoración de la situación de evidencia de la prueba y, por lo tanto, también de la no necesidad de proceder a averiguaciones instructorias complejas. *Vid.*

1.1. *La especialidad de la correlación en el procedimiento simplificado*

La regulación legal del procedimiento simplificado establece un mecanismo provocador de aceptación de la imputación fáctica. Al inicio de la audiencia del juicio, el juez, tras realizar una breve relación del requerimiento y de la querrela, si la hubiere, debe preguntar al imputado si admite «responsabilidad en los hechos contenidos en el requerimiento» o si, por el contrario, solicita la realización del juicio.

Hay que entender que esta norma está permitiendo la confesión de participación en los hechos o la aceptación de hechos imputados, aunque la fórmula usada por la Ley sea incorrecta, ya que utiliza la inadecuada frase: «si admitiere responsabilidad en los hechos», cuando es bastante claro que lo único que se puede admitir es la «participación», y no la «responsabilidad» en los mismos, pues ésta dependerá de una valoración no sólo fáctica, sino preferentemente jurídico-penal y que le corresponde realizar en todo caso al juzgador.

Obviamente, si el imputado no admite la participación en los hechos y reclama su derecho a juicio oral, éste se realizará sin mayores modificaciones sustanciales respecto del proceso ordinario y la correlación se someterá a las reglas ordinarias antes estudiadas (arts. 396 a 398). Efectivamente, el procedimiento sigue adelante dando lugar a la realización de un juicio oral, pero más concentrado y desformalizado que el ordinario, tal como se reglamenta en el art. 396. En esta situación la regulación de la correlación no presenta ninguna peculiaridad, rigiéndose por la norma del procedimiento ordinario (art. 341 del CPP).

Ahora bien, caso que el imputado admita la participación en los hechos, sí que van a producirse importantes modificaciones al régimen general. El efecto jurídico directo es que se evita el juicio y el juez tiene que dictar «sentencia inmediatamente, si no fueren necesarias otras diligencias» (art. 395 inciso 2º). Y el mismo art. 395 inciso 2º, añade seguidamente que «en estos casos el juez aplicará únicamente pena de multa»¹³⁵⁷.

GIUSTOZZI, Raimondo, *Manuale pratico...*, cit., pp. 647-650; RICCIO, Giuseppe, *Profili...*, cit., p. 322.

¹³⁵⁷ «Art. 395. *Resolución inmediata*. Una vez efectuado lo prescrito en el artículo anterior, el tribunal preguntará al imputado si admitiere responsabilidad en los hechos contenidos en el requerimiento o si, por el contrario, solicitare la realización del juicio».

La Ley parece establecer un sistema de «reconocimiento de culpabilidad» o de «allanamiento» en el cual como es de suponer se modifica el deber de correlación o, mejor dicho, se produce la sustitución de la correlación por la vinculación de la sentencia al requerimiento, convirtiéndose la sentencia en una sentencia-acta que no hace más que recoger el contenido del requerimiento aceptado por el imputado.

Pero lo cierto es que esto no es exactamente así. Sobre esta cuestión se suscita el problema de saber precisamente cuán vinculado está el juzgador al reconocimiento de participación del imputado o, lo que es igual, si efectivamente el reconocimiento de participación (confesión) trae aparejada la inevitable condena del imputado. La cuestión no está resuelta ni en la Ley, ni en la historia de su establecimiento¹³⁵⁸⁻¹³⁵⁹.

«Si el imputado admitiere su responsabilidad en el hecho y no fueren necesarias otras diligencias, el tribunal dictará sentencia inmediatamente. En estos casos el juez aplicará únicamente pena de multa, a menos que concurrieren antecedentes calificados que justificaren la imposición de una pena de prisión, los cuales se harán constar en la sentencia. Con todo, la imposición de la pena de prisión no procederá si, al dirigirle la pregunta a que se refiere el inciso primero, el juez no le hubiere advertido acerca de esta posibilidad».

¹³⁵⁸ Vid. *Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados sobre el Proyecto de ley que establece un Nuevo Código de Procedimiento Penal*, de 6 de enero de 1998, Boletín N° 1630-07-1, Legislatura ordinaria de 1998, documento de la Cuenta de la Sesión 23ª, de 13 de enero de 1998, pp. 175-176; *Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que establece un nuevo Código de Procedimiento Penal*, de 20 de junio de 2000, Boletín N° 1630-07, Legislatura ordinaria 342ª de 2000, <http://www.senado.cl>; *Diario de Sesiones del Senado, sesión 6ª*, de 21 de junio de 2000, Legislatura ordinaria 342ª de 2000, <http://www.senado.cl>; *Diario de Sesiones del Senado, sesión 7ª*, 4 de julio de 2000, Legislatura ordinaria 342ª de 2000, <http://www.senado.cl>. La historia del establecimiento de la Ley en lo que hace a las normas del procedimiento simplificado, como respecto de muchas otras disposiciones del NCPP, revela un debate escaso o nulo sobre ciertas cuestiones técnicas. Específicamente, en lo relativo a la norma que regula el reconocimiento de participación (art. 395), no se plantearon los alcances del reconocimiento y se dejó sin respuesta la pregunta de si dicho reconocimiento sea el medio a través del cual la Ley permite que el imputado acepte una condena sin juicio, o, por el contrario, se trata solamente de un reconocimiento de hechos cuyo efecto es la evitación del juicio oral, pero no implica un allanamiento del imputado a soportar sin juicio y sin sentencia jurisdiccional una condena.

¹³⁵⁹ Es evidente la impericia del legislador chileno, pues no previó una regulación clara en esta materia, ni se planteó las delicadas cuestiones que vienen unidas a los efectos del reconocimiento de participación, como es la vinculación del pronunciamiento del juez a la calificación jurídica y a la valoración de la prueba. Tampoco se formuló cuestionamiento alguno respecto de la vigencia de la presunción de inocencia o de la garantía jurisdiccional del art. 1 CPP. Estas cuestiones deberían de haber tenido un tratamiento expreso que no diera pábulo a la ambigüedad en esta materia. Justamente es esto lo que acontece en Derecho italiano, en el cual se regula con bastante precisión la posibilidad de transformación del procedimiento del juicio directísimo en juicio abreviado o en *patteggiamento* de pena del art. 444 (acuerdo de las partes sobre la pena). En ambas situaciones se regula con toda

Aunque es evidente que el reconocimiento de participación por el imputado hace difícil plantearse en la práctica posibilidades ciertas de absolución por la inexistencia de prueba de descargo y de defensa, técnicamente al menos debieran ser perfectamente posibles. De lo contrario nos hallaríamos con un sistema de condena basado en la confesión y sin juicio jurisdiccional, lo cual, por decir lo menos, contraría las bases mismas del proceso penal de garantías.

Tres son los fundamentos jurídicos que nos hacen sostener la afirmación precedente, que además resultan ser parcialmente los mismos que esgrimíamos para rechazar las prácticas ilegales dadas en el procedimiento abreviado, de manera que ahora nos limitaremos a indicar aquello que diga relación con el reconocimiento de hecho del proceso simplificado y con la supuesta vinculación del juez a los mismos, sin redundar en los argumentos dados previamente.

Los fundamentos jurídicos son los siguientes.

1) La aplicación del Derecho penal se rige por la garantía jurisdiccional, consistente en que el Derecho penal no se puede aplicar si no es mediante el proceso jurisdiccional. Es decir, la única forma de aplicación de la Ley penal es mediante el proceso sustanciado por el juez establecido por la Ley, de modo que no puede haber una pena sin una previa acusación, la cual debe ser enjuiciada en un proceso jurisdiccional. Pues bien, si se admite que el requerimiento aceptado por el imputado se convierta *ipso iure* en una sentencia condenatoria se estaría infringiendo esta garantía al aceptar que el MP establezca una condena sin juicio previo, bajo la única condición de la previa aceptación del imputado¹³⁶⁰.

La garantía jurisdiccional en Derecho chileno está prevista en el art. 1 inciso 1º CPP, que dispone: «Ninguna persona podrá ser condenada o penada, ni sometida a una de las medidas de seguridad establecidas en este Código, sino en **virtud de una sentencia fundada**, dictada por un tribunal imparcial».

claridad los efectos de estos acuerdos sobre el procedimiento y sobre el mérito, resolviendo las dudas referidas a las cuestiones que hemos indicado. Vid. GIUSTOZZI, Raimondo, *Manuale pratico...*, cit., p. 654-650; RICCIO, Giuseppe, *Profili...*, cit., pp. 323-324.

¹³⁶⁰ Vid. MONTERO AROCA, Juan, *Principios...*, cit., pp. 15-21; FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*, cit., *passim*, y más precisamente, pp. 33-116 y 537-603, aunque a lo largo de toda la obra subyace la idea de que el garantismo penal descansa en la garantía jurisdiccional. Sin ella se diluyen las demás garantías procesales y sustanciales o de Derecho material.

Al tenor de lo anterior, cabe advertir que la jurisdiccionalidad en la aplicación del Derecho penal debe suponer un verdadero enjuiciamiento jurisdiccional, de modo que la «sentencia» que se limita a recoger una acusación aceptada por el acusado no es en sentido estricto sentencia jurisdiccional y, por lo tanto, no satisface la garantía enunciada.

2) El juzgador en el procedimiento simplificado conserva intactas sus potestades jurisdiccionales para enjuiciar fáctica y jurídicamente la causa y para ponderar soberanamente los elementos de convicción, ya que no hay ninguna norma que lo despoje de ellas, con lo cual rige sin excepción el principio constitucional de la exclusividad de la función jurisdiccional del art. 73 y 80 letra (a) de la CPR y art. 1 de la LOCMP, normas que disponen que es el juez establecido por la Ley el que tiene la función de juzgar cada causa que le sea sometida con arreglo a la Ley y que esta función es privativa del juez, excluyéndose a cualquier otro órgano o persona, y expresamente al MP de esta función.

3) Otro argumento importante viene dado por la vigencia de la presunción de inocencia con relación a la prueba y a la manera en que condiciona el juicio fáctico de la sentencia¹³⁶¹.

La vigencia de la presunción de inocencia se manifiesta en dos consecuencias o requisitos respecto de la prueba y que inciden en el juicio fáctico de la sentencia. En general tiene que ver, de una parte, con los requisitos bajos los cuales puede el juez formar su convicción de culpabilidad, y, de otra, tiene que ver con las consecuencias de la incertidumbre o falta de convicción acerca de los elementos fácticos que conforman el hecho delictivo o la participación culpable.

La Ley establece primero bajo qué presupuestos de prueba el juez puede formar su convicción de culpabilidad, para luego regular en este contexto el resultado de no convicción o de incertidumbre sobre algún hecho referido a la culpabilidad, en concordancia con la vigencia del principio de inocencia.

La primera cuestión estriba en la necesidad de que en el proceso (el juicio) exista prueba que se haya practicado con todas las garantías y que sea objetivamente

¹³⁶¹ Vid. VEGAS TORRES, Jaime, *Presunción...*, *cit.*, *passim*, y precisamente pp. 35-45.

incriminatoria. En este sentido la convicción de culpabilidad no se puede sostener si no es en esta prueba¹³⁶², lo cual quiere decir que no basta con que en el proceso exista prueba sin más, para que a continuación el juzgador se halle autorizado a formar su convicción de culpabilidad libremente, sino que se exige además que esa convicción se base en una prueba que, habiéndose introducido al proceso con todas las garantías, sea objetivamente incriminatoria. Esto es, que la prueba contenga una información positiva que de ser valorada como cierta por el juez dé lugar al establecimiento de un hecho determinante de la responsabilidad criminal o constitutivo de un indicio.

El imperativo de este carácter de la prueba se conoce también como la exigencia de efectiva prueba de cargo, y significa que el juzgador podrá fundar su convicción de culpabilidad sólo cuando en el proceso exista prueba de la que se desprenda objetivamente un hecho «que pueda considerarse directamente determinante de la responsabilidad criminal del acusado o, cuando menos, constitutivo de un indicio de dicha responsabilidad»¹³⁶³.

Pues bien, el legislador chileno establece en el NCPP un sistema en el que se exige prueba de cargo, y que considera, además, como legalmente insuficiente a la autoincriminación, expresada en la garantía de que nadie puede ser condenado con el solo mérito de su propia declaración (art. 340 inciso 3º), con lo cual se impone al acusador la carga (formal) de aportar pruebas¹³⁶⁴ inculpadoras distintas de la «confesión» del imputado¹³⁶⁵.

¹³⁶² Vid. VEGAS TORRES, Jaime, *Presunción...*, cit., pp. 35-181.

¹³⁶³ VEGAS TORRES, Jaime, *Presunción...*, cit., pp. 130-131.

¹³⁶⁴ Cabe recordar nuevamente que en el sistema chileno, a diferencia del español, es posible usar la expresión carga formal de la prueba en el caso del acusador, pues en el nuevo proceso penal chileno el juez o tribunal no tiene poder alguno para intervenir en la introducción de fuentes de prueba o para ordenar la práctica de prueba de oficio, de modo que se puede hablar en estricto rigor que es a la acusación pública y privada a quienes incumbe aportar la prueba de cargo para poder probar su acusación. Vid. VÁSQUEZ SOTELO, José Luis, *Presunción de inocencia...*, cit., pp. 283-285; MASCARELL NAVARRO, María José, «La carga de la prueba...», cit., pp. 604-611; VEGAS TORRES, Jaime, *Presunción de inocencia...*, cit., pp. 204-205; ORTELLS RAMOS, Manuel, *Derecho Jurisdiccional, III. Proceso penal*, cit., séptima edición, pp. 283-287; CHIAVARIO, Mario, *Processo...*, cit., pp. 148-149.

¹³⁶⁵ El criterio rector en esta materia tiene que ser la existencia de «antecedentes o elementos» claros y directamente inculpatorios, además de autónomos e independientes de la confesión o aceptación de participación, puesto que de otro modo se estaría legitimando una sentencia

En concordancia con esta garantía se puede interpretar el mismo art. 391 letra (d), que exige como mención del requerimiento «la exposición de los antecedentes o elementos» en que se basa la imputación, lo cual calza con el tenor del art. 395, cuando señala que en caso que el «imputado admitiere su responsabilidad en el hecho» el juzgador dictará sentencia siempre que «no fueren necesarias otras diligencias». De estas frases se deriva que el puro reconocimiento no es suficiente para sustentar una sentencia condenatoria, puesto que como sabemos, el requerimiento siempre necesitará, en primer lugar, de los «antecedentes o elementos» en que se funda —art. 391 letra (d)— y de ser estos insuficientes serán necesarias las «otras diligencias» a que alude el art. 395. En consecuencia, la Ley quiere que el juez verifique previamente si el requerimiento (la imputación) viene acompañada de los antecedentes o elementos y si éstos son suficientes como para poder resolver fundadamente. Es decir, la Ley pretende que el juez controle si el requerimiento está fundado y si viene acompañado con los antecedentes que permitan enjuiciar con conocimiento de causa. Si los antecedentes no son suficientes no puede resolver inmediatamente y debe proseguirse el juicio de acuerdo con las reglas generales. Si son suficientes, pasa inmediatamente a dictar sentencia, la cual puede ser condenatoria o absolutoria, según sea la valoración de los antecedentes y del reconocimiento. En el fondo, la Ley está exigiendo la «necesidad de prueba de cargo» más allá de la autoinculpación del imputado, para que sobre esa base se proceda al enjuiciamiento.

En virtud de estas consideraciones creemos que aunque exista reconocimiento de participación, el juzgador no pierde sus poderes jurisdiccionales, pudiendo dictar una sentencia absolutoria en distintos casos y por diversos motivos, sea por su poder de correcta aplicación del Derecho, sea por sus poderes de enjuiciamiento fáctico o de apreciación libre de la prueba.

condenatoria sin juicio y fundada exclusiva o principalmente sobre la base de la confesión, lo cual rompería con el principio jurídico de que la declaración del imputado es un derecho o medio de defensa (art. 98 del CPP) y que, por tal motivo, la confesión no debe admitirse como único elemento incriminador, como lo sanciona el art. 340 inciso 3° para el proceso ordinario, norma que se aplica al procedimiento simplificado supletoriamente al no estar este principio expresamente previsto en sus artículos específicos.

En efecto, primeramente se puede fundar la absolución en el más evidente motivo jurídico, como es que los hechos reconocidos no fueren constitutivos de delito. El juzgador soberanamente decide si los hechos imputados son delictivos.

Pero también se puede fundar la absolución en la concurrencia de alguna causal de justificación. Así, por ejemplo, la legítima defensa, el estado de necesidad o el cumplimiento de un deber, o por la concurrencia de una causal de extinción, como la prescripción o la amnistía, siempre que estas causales se desprendan del requerimiento y de los «antecedentes y elementos» en que se funda.

Por último, la absolución se puede basar además en la libre valoración de la prueba, aun cuando haya reconocimiento de participación y existan «antecedentes o elementos» en los que se funde el requerimiento, pues el juzgador puede estimar que no son suficientes para fundar una convicción excluyente de toda duda razonable sobre la participación culpable del imputado en el hecho delictivo. Esto es una consecuencia más del principio de exclusividad jurisdiccional, ya que al no existir norma alguna que despoje al juzgador de sus potestades jurisdiccionales es a él al único que corresponde valorar libremente el mérito probatorio de los «antecedentes y elementos» en que se funda el requerimiento, así como el reconocimiento de participación.

La jurisprudencia chilena afortunadamente se ha pronunciado en dos oportunidades¹³⁶⁶ en esta misma dirección, fundando la posibilidad de dictar sentencias absolutorias en sus potestades jurisdiccionales para ponderar los elementos de convicción (la prueba) y enjuiciar los elementos fácticos y jurídicos del caso, estimando en consecuencia que el reconocimiento de participación no es vinculante para el juzgador, ya que si así fuere, y le obligare a dictar sentencia condenatoria, se estarían desconociendo las potestades jurisdiccionales señaladas.

También esta jurisprudencia ha argumentado que la vinculación al reconocimiento del imputado provocaría el quebrantamiento de la presunción de inocencia, puesto que nadie puede ser condenado con el solo mérito de su propia declaración (confesión) del art. 340 inciso 3°.

¹³⁶⁶ SJG de la Serena, 26 de septiembre de 2001, rol interno 175-2001, BJMP, N° 10, mayo de 2002, y la SCA de la Serena (2ª sala), de 14 de noviembre de 2001, rol 115 (JG), BJMP, N° 10, mayo de 2002, que se pronuncia sobre un recurso de nulidad en contra de la primera sentencia que absolvió, apartándose de la aceptación de hecho en un proceso simplificado.

1.2. El verdadero límite a los poderes del juzgador a causa del reconocimiento de participación en el procedimiento simplificado: el poder individualizador de la pena concreta

La Ley establece un extremo en que sí contempla una limitación a los poderes del juzgador. Nos referimos al poder de individualización de la pena. La Ley (art. 395 inciso 2º) dice que cuando se produce el reconocimiento de participación sólo se puede condenar con la pena de multa, impidiendo la imposición de la pena de prisión, salvo que concurrieren antecedentes calificados que justificaren la aplicación de ésta y se hubiere advertido de la posible pena privativa al imputado.

La norma no presenta ningún problema cuando se trata de ilícitos penales con penas compuestas en que la ley ha previsto la pena de prisión y la pena de multa como penas abstractas aplicables, en cuyo caso se entiende que el juzgador, en principio, se vería limitado a aplicar sólo la pena de multa prevista en la Ley, salvo que hubiere antecedentes calificados que justificaren la pena de prisión y siempre que el juez hubiere advertido de la posible aplicación de dicha pena.

La duda interpretativa se suscita a raíz de un error bastante importante producido por el pésimo tenor gramatical con la que fue aprobada la disposición (art. 395 inciso 2º), lo cual ha provocado confusión en la interpretación acertada del precepto. Sucede que la norma que regula el reconocimiento y la resolución inmediata, como ya hemos visto, se refiere a las penas de multa y prisión que son las penas propias de las faltas, pero el procedimiento simplificado se aplica también a los simples delitos, los cuales conforme a la Ley se sancionan con las penas de presidio y reclusión; penas que en Derecho chileno son distintas y más graves que la de prisión¹³⁶⁷.

Este error tuvo su causa en la génesis legislativa del procedimiento simplificado, que fue establecido en el segundo trámite constitucional del Proyecto de nuevo Código en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado¹³⁶⁸. En

¹³⁶⁷ En Derecho penal español, la clasificación de las penas es diferente. El criterio de clasificación, que mira a su naturaleza y duración, distingue entre penas graves, menos graves y leves (art. 33 del CP). La prisión es grave cuando es superior a 3 años, y menos graves, cuando se extiende desde los 6 meses y hasta los 3 años. No existe una distinción entre la prisión, el presidio y la reclusión.

¹³⁶⁸ Vid. *Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados sobre el Proyecto de ley que establece un Nuevo Código de Procedimiento Penal*, de 6 de

efecto, esta Comisión decidió ampliar el ámbito de aplicación del procedimiento que en el Proyecto de Código¹³⁶⁹ se preveía exclusivamente para las faltas, haciéndolo aplicable también a los simples delitos. Para hacer efectiva la ampliación del procedimiento el legislador tuvo que hacer los ajustes necesarios de redacción que consistieron fundamentalmente en la introducción de una norma que sometía a los simples delitos al procedimiento simplificado, cuando el MP pidiera una pena que no excediera de presidio o reclusión menores en su grado mínimo (540 días de privación de libertad). Asimismo, se eliminaron las menciones que aludían exclusivamente a las faltas. El legislador, sin embargo, no se percató que le quedaba la norma sobre el reconocimiento de participación sin la adecuación que requería para armonizarla con la ampliación del procedimiento a los simples delitos, con lo cual la redacción de la norma (art. 395 inciso 2º) se quedó como había sido prevista originalmente, haciendo mención a las penas de multa y prisión aplicables a las faltas, pero omitiendo las de reclusión y presidio que son las propias de los simples delitos.

El dislate del legislador ha generado dudas en la jurisprudencia y en la abogacía sobre la acertada inteligencia de la norma. El problema que se plantea en general corresponde al caso que la ley no prevea para un delito la pena de multa, sino sólo penas de reclusión o presidio o que la Ley penal prevea la pena de multa en forma copulativa (no en forma alternativa) a la de presidio o reclusión.

enero de 1998, Boletín N° 1630-07-1, Legislatura ordinaria de 1998, documento de la Cuenta de la Sesión 23ª, de 13 de enero de 1998, pp. 175-176; *Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que establece un nuevo Código de Procedimiento Penal*, de 20 de junio de 2000, Boletín N° 1630-07, Legislatura ordinaria 342ª de 2000, <http://www.senado.cl>; *Diario de Sesiones del Senado, sesión 6ª*, de 21 de junio de 2000, Legislatura ordinaria 342ª de 2000, <http://www.senado.cl>; *Diario de Sesiones del Senado, sesión 7ª*, de 4 de julio de 2000, Legislatura ordinaria 342ª de 2000, <http://www.senado.cl>.

¹³⁶⁹ Vid. *Proyecto de Ley que establece un Nuevo Código de Procedimiento Penal*, presentado por el poder ejecutivo a discusión parlamentaria mediante el Mensaje N° 110-331; *Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados sobre el Proyecto de ley que establece un Nuevo Código de Procedimiento Penal*, de 6 de enero de 1998, Boletín N° 1630-07-1, Legislatura ordinaria de 1998, documento de la Cuenta de la Sesión 23ª, de 13 de enero de 1998, pp. 175-176; *Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que establece un nuevo Código de Procedimiento Penal*, de 20 de junio de 2000, Boletín N° 1630-07, Legislatura ordinaria 342ª de 2000, <http://www.senado.cl>; *Diario de Sesiones del Senado, sesión 6ª*, de 21 de junio de 2000, Legislatura ordinaria 342ª de 2000, <http://www.senado.cl>; *Diario de Sesiones del Senado, sesión 7ª*, de 4 de julio de 2000, Legislatura ordinaria 342ª de 2000, <http://www.senado.cl>.

Cabría plantearse en estos supuestos si es procedente o no el reconocimiento de participación con los efectos que contempla el art. 395 inciso 2°. Si se considera aplicable esta norma en los casos indicados, conforme al tenor literal del dislate legislativo significaría que en el caso de dictarse sentencia condenatoria el juez tendría que imponer una pena de multa o, como mucho, de prisión, incluso en los casos de delitos en que la Ley ha previsto penas distintas y más graves para esos ilícitos. De ese modo se estaría rebajando la pena más allá de los mínimos legales previstos en la Ley penal para esos delitos bajo la condición de la previa confesión y la renuncia del juicio. Operarían (confesión y renuncia a juicio) como una especie de norma de determinación de la pena (pena concreta), como si fuere una atenuante muy calificada establecida por el legislador¹³⁷⁰.

Esta interpretación nos parece absurda y forzada, no tanto porque se trate de una norma procesal que esté estableciendo una norma de determinación de pena, como si fuere norma penal sustantiva¹³⁷¹, puesto que es bien sabido que el legislador suele

¹³⁷⁰ Cierta jurisprudencia de la Corte Suprema (SCS de 27 de marzo de 2002, rol 139-02, BJMP, N° 10, mayo de 2002 y SCS de 1 de abril de 2002, rol 233-02, BJMP, N° 10, mayo de 2002) parece sostener que la norma del art. 395 inciso 2°, contendría una especie de norma de determinación de la pena concreta, que operaría de un modo análogo al de una atenuante. Este mismo argumento también se encuentra en HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor, «La rebelión de los jueces. Comentario a resolución del juzgado de Garantía de Temuco, de 6 de septiembre de 2001, en causa RUC 0100040022-6, que no da lugar a la aplicación del procedimiento abreviado», en Boletín de Jurisprudencia, Ministerio Público, N° 5, septiembre de 2001, Santiago de Chile, pp. 52-55.

Nosotros creemos que esta posición es incorrecta, pues consideramos que no hay en sentido técnico una norma de determinación de pena como una atenuante, y que tenga naturaleza penal sustantiva, ya que la norma de limitación de pena no se refiere al hecho punible ni a sus circunstancias, como tampoco a la personalidad del imputado, siendo estos lo extremos que se valoran para el establecimiento de una atenuante en sentido técnico. Además, tampoco posee los efectos propios de las atenuantes o normas de determinación de pena, en cuanto sus efectos de reducción de pena no se compensan con circunstancias agravantes, ni se han de tener en cuenta para el cálculo de la prescripción, entre otros efectos. En nuestra opinión, nos encontramos con una norma que establece una norma procesal que establece una disminución de la pena concreta vinculada a la aceptación de la participación, en cuanto mecanismo de evitación del juicio, y como una norma de naturaleza premial y compensatoria de la renuncia del derecho a juicio. *Vid.* GIUSTOZZI, Raimondo, *Manuale pratico...*, *cit.*, pp. 613-614 y 675.

¹³⁷¹ Y además teniendo en cuenta que en realidad ni siquiera se trata de una norma de determinación de pena o atenuante penal en sentido estricto, como ya lo hemos explicado, sino más bien una norma procesal que establece una limitación de pena, con un sentido premial o de compensación por la renuncia a juicio del imputado y por la cooperación con la acusación, mediante la aceptación de participación.

introducir normas sustantivas en leyes procesales o a la inversa¹³⁷², sino fundamentalmente porque se le está dando un sentido normativo a una disposición cuyo origen es un gazapo u olvido del legislador. Obsérvese que ni en el segundo trámite constitucional, cuando la Comisión del Senado amplió el procedimiento de faltas a ciertos simples delitos, ni en los trámites constitucionales posteriores se dijo una sola palabra sobre la norma del art. 395 inciso 2º, que hiciera alusión al motivo por el que se la dejaba intacta en su redacción original. Esto demuestra que ni la Comisión del Senado ni la de la Cámara ni sus respectivas Salas se dieron cuenta de que se les estaba olvidando una mínima, pero importante adecuación¹³⁷³. Este olvido y silencio absoluto por parte del legislador demuestra además que no existió voluntad legislativa alguna de crear en ese momento una nueva «atenuante específica» o norma individualizadora de la pena saltándose los márgenes legales, y que tampoco estaba ni podía estar prevista en el proyecto original, puesto que se refería exclusivamente a las penas de las faltas (multa y prisión) que eran las únicas infracciones a las que se aplicaba.

Sin embargo, ésta ha sido la línea jurisprudencial que parece imponerse pues la Corte Suprema¹³⁷⁴ se ha pronunciado claramente en dos ocasiones en este sentido,

¹³⁷² Vid. HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor, «La rebelión de los jueces...», *cit.*, pp. 52-55.

¹³⁷³ Vid. *Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que establece un nuevo Código de Procedimiento Penal*, de 20 de junio de 2000, Boletín N° 1630-07, Legislatura ordinaria 342ª de 2000, <http://www.senado.cl>; *Diario de Sesiones del Senado, sesión 6ª*, de 21 de junio de 2000, Legislatura ordinaria 342ª de 2000, <http://www.senado.cl>; *Diario de Sesiones del Senado, sesión 7ª*, de 4 de julio de 2000, Legislatura ordinaria 342ª de 2000, <http://www.senado.cl>; *Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, Sesión 19ª*, de 1 de agosto de 2000, Legislatura ordinaria 342ª de 2000, Boletín de Sesiones de la Cámara de Diputados; *Tercer Trámite Constitucional ante la Cámara de Diputados en el cual se aprueba el Informe de la Comisión, Sesión 20ª*, de 2 de agosto de 2000, Legislatura ordinaria 342ª, Boletín de Sesiones de la Cámara de Diputados. En la sesión 20ª se aprueba por la Sala de la Cámara de Diputados el Informe de la Comisión con las normas que se rechazan del segundo trámite constitucional en el Senado, pero no se hace referencia alguna a la norma del art. 395 inciso 2º.

¹³⁷⁴ SCS de 27 de marzo de 2002, rol 139-02, BJMP, N° 10, mayo de 2002 y SCS de 1 de abril de 2002, rol 233-02, BJMP, N° 10, mayo de 2002. También en este sentido hay jurisprudencia de las cortes de apelaciones, entre otras, SCA de Temuco, de 9 de octubre de 2001, rol 367-2001, BJMP, N° 6, octubre de 2001; SCA de Temuco, de 13 de noviembre de 2001, rol 425-2001, BJMP, N° 8, diciembre de 2001; SCA de Temuco, de 27 de diciembre de 2001, rol 559-2001, BJMP, N° 9, marzo de 2002; SCA de La Serena, de 20 de septiembre de 2002, rol 302, BJMP, N° 13, noviembre de 2002.

resolviendo la disparidad de criterios que existía en la jurisprudencia¹³⁷⁵, porque en su opinión esta interpretación sería más adecuada a los principios de lesividad y de mínima intervención del Derecho penal, principios que fluirían del NCPP, además de constituir una compensación para el imputado por su «autoincriminación» y la renuncia al derecho a juicio oral.

Creemos que, con independencia de la existencia efectiva en el NCPP de los principios esgrimidos por la Corte Suprema, ellos no bastan para hacer una interpretación que no guarda relación con la voluntad real del legislador, como ya hemos aclarado. Y que a mayor abundamiento tampoco se condice con el sentido gramatical de la misma. Efectivamente, una interpretación gramatical de la norma debería hacernos arribar a la convicción de que ella no es aplicable a los simples delitos en los casos señalados, sino solamente a las faltas (y también a los delitos que por juego de las normas individualizadoras de la pena se deben castigar con multa y/o prisión). De ahí que sólo se refiera a las penas de multa y de prisión, sin hacer ninguna aclaración. Y esta misma voluntad de hacerlo aplicable sólo a las faltas, explicaría (en parte) que el legislador haya dejado intacta la norma, igual como se había previsto originalmente sólo para las faltas.

Pero inmediatamente se suscita otra duda: si no es aplicable (el art. 395 inciso 2º) a los delitos que la Ley penal castigue sólo con reclusión o presidio o que castigue copulativamente con multa y reclusión o presidio, ¿deben estas causas ir siempre a juicio oral simplificado o podría producirse el reconocimiento y la renuncia a juicio,

En doctrina lo mismo sostiene HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor, «La rebelión de los jueces...», *cit.*, pp. 52-55.

¹³⁷⁵ Hay un número significativo de casos en que los jueces de garantía y las cortes de apelaciones han sostenido un criterio distinto del de la Corte Suprema. Fundamentalmente la jurisprudencia disidente sostiene que el art. 395 inciso 2º, no es aplicable a los casos de delitos con penas de reclusión o presidio o con penas copulativas de multa y reclusión o presidio. En estos casos, si se produce el reconocimiento de participación y la renuncia a juicio oral, entienden que el juez debe condenar a las penas legales previstas, sean sólo de presidio o reclusión o éstas copulativamente con otras. *Vid.* SCA de Temuco, de 17 de julio de 2001, rol 176-2001, BJMP, N° 4, agosto de 2001; SCA de Temuco, de 6 de noviembre de 2001, rol 401-2001, BJMP, N° 8, diciembre de 2001; SCA de Copiapó, de 23 de abril de 2002, rol 0102, BJMP, N° 10, mayo de 2002; SJM de Purén, de 9 de agosto de 2001, rol interno 166-E, BJMP, N° 5, septiembre de 2001; SJM de Purén, de 21 de agosto de 2001, rol interno 176-E, BJMP, N° 5, septiembre de 2001; SJG de Temuco, de 6 de septiembre de 2001, rol interno 3664-2001, BJMP, N° 5, septiembre de 2001.

pero sujetándose el imputado a los márgenes penales establecidos en la Ley, sin ningún tipo de reducción penal? A nuestro juicio ambas posibilidades son insatisfactorias.

La primera posibilidad interpretativa de juicio oral simplificado para todo simple delito es insatisfactoria porque no es concordante con la previsión legal del procedimiento abreviado —aplicable a todo tipo de simples delitos— donde sí se admite el reconocimiento de hechos que evita el juicio oral y produce el efecto «favorable al imputado» de limitar el marco punitivo al máximo de pena pedida en la acusación¹³⁷⁶. Es decir, un mismo hecho puede derivar en consecuencias jurídicas y punitivas totalmente diversas, dependiendo del proceso que se elija por el fiscal. Si opta por el procedimiento abreviado, el imputado reconocerá los hechos y obtendrá a cambio un riesgo de pena más acotado, mientras que si el fiscal decide presentar un requerimiento por ese delito, el imputado deberá ser enjuiciado necesariamente en juicio oral simplificado. No parece coherente con el sistema procesal penal en su conjunto que se permita el reconocimiento de hechos cuando se trata de un proceso sobre hechos más graves (acusación de presidio o reclusión menores en su grado máximo: hasta 5 años de privación de libertad) y no cuando se trata de un proceso que se aplica a hechos relativamente menos graves (acusación de 540 días de presidio o reclusión menores en su grado mínimo).

A su turno, la segunda posibilidad de permitir el reconocimiento y la renuncia a juicio, pero arriesgando la condena a la pena legal¹³⁷⁷, también es insatisfactoria, pero en este caso porque se estaría admitiendo la participación y renunciando a juicio, sin que la Ley reconociera ningún efecto jurídico a la «confesión» y renuncia, cuando lo

¹³⁷⁶ Cabe señalar que el Proyecto de Ley de reforma al CPP, que pende en el Congreso, modifica el art. 395 inciso 2º, lo cual viene a reconocer que dicha norma quedó mal redactada a causa de un olvido del legislador. La norma del Proyecto ya no se refiere a multa o prisión, de modo que deja abierta la posibilidad del reconocimiento de hechos para todo asunto que se someta al procedimiento simplificado, y, en segundo lugar, resuelve la vinculación de la pena al establecer la misma norma del procedimiento abreviado, es decir, vincula al juez al máximo pedido en el requerimiento.

¹³⁷⁷ Esta ha sido en general la posición de la doctrina jurisprudencial disidente. *Vid.* SCA de Temuco, de 17 de julio de 2001, rol 176-2001, BJMP, N° 4, agosto de 2001; SCA de Temuco, de 6 de noviembre de 2001, rol 401-2001, BJMP, N° 8, diciembre de 2001; SCA de Copiapó, de 23 de abril de 2002, rol 0102, BJMP, N° 10, mayo de 2002; SJM de Purén, de 9 de agosto de 2001, rol interno 166-E, BJMP, N° 5, septiembre de 2001; SJM de Purén, de 21 de agosto de 2001, rol interno 176-E, BJMP, N° 5, septiembre de 2001; SJG de Temuco, de 6 de septiembre de 2001, rol interno 3664-2001, BJMP, N° 5, septiembre de 2001.

lógico es que se establezca algún efecto limitador o de disminución de la consecuencia penal, aunque dentro de los márgenes legales, como acontece en el procedimiento abreviado¹³⁷⁸ para delitos de igual y mayor gravedad.

Lo más armónico con el sistema en su conjunto, como un todo, sería admitir el reconocimiento de participación y la renuncia a juicio, y otorgarles a estos actos del imputado algún efecto limitador de la probable consecuencia penal, igual como está previsto para el procedimiento abreviado y para el mismo simplificado en caso de faltas (o delitos que corresponda sancionar con multa y/o prisión). Pero esto no está previsto ni regulado para el caso de los delitos con penas de reclusión o presidio. Sólo desde este punto de vista, es decir, desde la falta de previsión normativa se puede entender que la jurisprudencia haya optado por hacer la errada e incorrecta interpretación de aplicar el art. 395 inciso 2º, como si previera una especie de «atenuante especial» o norma individualizadora de la pena que obligara a condenar con multa o prisión incluso en aquellos casos en que legalmente el delito tiene asignada una pena de presidio o reclusión.

Creemos que la única forma de resolver el problema desde un punto de vista de correcta técnica jurídica, evitando interpretaciones que no tienen asidero y que fuerza a los tribunales a «inventarse una norma» que no es aplicable al caso, es la enmienda legal de la disposición.

2. El procedimiento monitorio y deber de correlación

El procedimiento monitorio establece un sistema de imposición de pena sin proceso jurisdiccional (art 392 CPP). Este tipo de «procedimiento» se prevé en el sistema procesal como una herramienta de resolución de las causas penales basada en la aprobación judicial del requerimiento fiscal, con la consiguiente condena del imputado, prescindiendo inicialmente del proceso jurisdiccional, el cual sólo se producirá si

¹³⁷⁸ Ya hemos dicho que el Proyecto de reforma del CPP resuelve esta cuestión en los términos aquí propuestos.

existe oposición del imputado, es decir, si el imputado no se conforma con la pena impuesta y se opone a la resolución que acoge el requerimiento¹³⁷⁹.

Este procedimiento sólo es aplicable a las faltas respecto de las cuales el fiscal pide únicamente pena de multa. Cuando el órgano jurisdiccional estima suficientemente fundado el requerimiento del fiscal y la petición de pena (que no podrá ser otra que multa) dicta una resolución que declara que acoge el requerimiento, pero señalando al imputado la posibilidad de aceptar la resolución que estima el requerimiento o de impugnarla dentro de los 15 días siguientes a la notificación¹³⁸⁰.

Si el imputado pagare dicha multa o transcurriere el plazo de 15 días desde la notificación, se entenderá que acepta su imposición. En dicho caso la resolución se tendrá para todos los efectos legales como sentencia firme.

Como se ve, la resolución judicial se limita a sancionar la legalidad del requerimiento en su integridad, dándole valor jurisdiccional a su contenido, si es que éste le parece fundado (sería una tutela jurisdiccional de control).

Resulta curioso que en lo tocante a la regulación referida a la resolución judicial que declara fundado el requerimiento, la norma no establezca la necesidad de que se funde dicha resolución; sólo se exige la fundamentación del requerimiento, pero lo correcto sería establecer, a su turno, el deber de fundamentación de la resolución judicial que

¹³⁷⁹ En Derecho italiano existe una institución similar denominada *procedimento per decreto* (art. 459 y ss), en virtud del cual el juez, previo requerimiento del MP, puede infligir una pena sin proceso jurisdiccional. Resulta interesante ver de qué manera en Italia se ha intentado justificar la legitimidad de este tipo de procedimiento con relación a la vigencia de principios y garantías procesales, recogidas en la Constitución italiana. Así GIUSTOZZI, Raimondo, *Manuale pratico...*, cit., p. 673, dice: *Ciò peraltro, non determina alcuna contrarietà con i principi della nostra costituzione, in quanto attraverso lo strumento dell'opposizione, che determina la revoca del decreto penale, l'imputato provoca lo svolgimento del giudizio e la pienezza del contraddittorio, quindi la pronuncia nei suoi confronti di una sentenza. D'altra parte le particolarità del rito trovano giustificazione nei notevoli vantaggi che nel derivano quanto a speditezza e semplificazione.*

En opinión de este autor, la constitucionalidad del procedimiento radica en la posibilidad de oposición del imputado, que, de producirse, provoca la jurisdiccionalización del procedimiento al abrirse un juicio con contradicción.

Una visión crítica del instituto es la de FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*, cit., pp. 745-746. Dice que «la simplicidad de este tipo de procedimiento, justificada por la extrema levedad de los delitos, lleva hasta el punto de que el juicio queda sustituido, en su integridad, por la condena preventiva, con derogación del principio *nulla poena sine iudicio*».

¹³⁸⁰ La resolución que estima el requerimiento debe ser notificada.

estima fundado el requerimiento, debiendo señalar los motivos que le hacen concluir de esta manera, como acontece en el Derecho italiano. En este Derecho el «procedimiento por decreto» no exime al juez del deber de fundamentar la resolución por la que acoge el requerimiento del fiscal, sino al contrario, tiene el deber de motivar tanto fáctica como jurídicamente su resolución¹³⁸¹.

Valoramos positivamente esta exigencia de motivación, pues es una de las características más señaladas de la tutela jurisdiccional¹³⁸² y ello revela que la resolución de condena no puede consistir en una convalidación mecánica y formal del requerimiento del fiscal, o no expresamente razonada, sino que se necesita de un verdadero enjuiciamiento del requerimiento —aunque sea sucinto—, a la luz de los antecedentes y elementos de juicio que se aporten¹³⁸³. A nuestro juicio, y aun cuando la Ley chilena no lo establezca expresamente para la resolución que acoge el requerimiento, se debe llegar a la misma conclusión, en virtud de las exigencias mínimas del art. 342, letras (c) y (d), del NCPP, que impone el deber de fundamentar la sentencia¹³⁸⁴, y del principio del debido proceso del art. 19 N° 3 de la CPR, del cual se debe deducir lo mismo.

¹³⁸¹ Nos asiste la duda de si éste es realmente un proceso jurisdiccional o si más bien constituye una especie de autotutela del Estado, con las consiguientes objeciones que ello implica desde el punto de vista de la garantía jurisdiccional en la aplicación del *ius puniendi*. Salvo que se interprete que bastan las normas que imponen el control jurisdiccional sobre la fundamentación del requerimiento y la posibilidad de jurisdiccionalizarlo que posee el propio imputado, al poder impugnar el requerimiento y la multa, provocando la apertura del juicio.

¹³⁸² *Vid.* en Derecho italiano el art. 24 y 111 de la Constitución italiana, y en Derecho español el art. 24.1 y 120.3 de la Constitución española, que se refieren al derecho a la tutela jurisdiccional y al deber de motivar todas las resoluciones judiciales.

¹³⁸³ *Vid.* GIUSTOZZI, Raimondo, *Manuale pratico...*, *cit.*, pp. 676-678; RICCIO, Giuseppe, *Profili...*, *cit.*, pp. 330-331; LOZZI, Gilberto, «Il giusto processo e i riti speciali deflativi del dibattimento», en *Rivista italiana di Diritto e Procedura penale*, Giuffrè, Milano, 2002, pp. 1174-1175; RAFARACI, Tommaso, *Le nuove...*, *cit.*, pp. 517-521.

Resulta muy interesante lo que dice RAFARACI acerca del deber de motivación: «...lo stesso decreto penale debba essere emesso solo in quanto il giudice per le indagini preliminari sia in grado di formulare e di motivare compiutamente un giudizio di responsabilità dell'imputato in ordine al fatto dedotto dal pubblico ministero nella richiesta de cui all'art. 459 c.p.p.» (p. 518). Como se ve, en Derecho italiano se establece un deber estricto y completo de motivar la resolución jurisdiccional.

¹³⁸⁴ El art. 342, en sus letras (c) y (d), se refiere a la motivación de la sentencia del juicio ordinario. Por ser una norma que se aplica de forma supletoria al procedimiento monitorio es normativamente

Sólo de esta manera se puede entender que el juez, al dictar dicha resolución, está estableciendo con efecto jurisdiccional que la calificación jurídica y la pena pedida le parecen las apropiadas al hecho, y además que éste (el hecho) se halla acreditado con los antecedentes y elementos que se aportan.

Por último, en cuanto a la posibilidad de «jurisdiccionalizar» el proceso se debe señalar que el imputado tiene el poder de provocarlo mediante su oposición a la resolución que estima el requerimiento. La oposición del imputado consiste en un acto de manifestación de no conformidad que no requiere de ninguna expresión de motivo o causa, y que puede ser «manifestado de cualquier modo fehaciente» (art. 392)¹³⁸⁵. Con él el imputado provoca el juicio oral del procedimiento simplificado¹³⁸⁶. Lo mismo acontece si el juez considera insuficientemente fundado el requerimiento con la petición de multa.

Tocante al deber de correlación, resulta claro que en este procedimiento el juez no se halla vinculado al requerimiento, pues si lo considera infundado lo puede desestimar, y ello provoca la prosecución del procedimiento conforme las reglas del juicio simplificado en los términos ya indicados.

Pero tampoco existe el deber de correlación como aquella regulación que permite establecer los límites impuestos a los poderes de decisión del juzgador por el contenido

pertinente su cita como argumento a favor de la motivación de la sentencia en este procedimiento (art. 389).

¹³⁸⁵ Esto permite sostener que se podría presentar la oposición incluso mediante presentaciones informales o no convencionales, por ejemplo, a través de un fax, de correo electrónico o a vuelta de correo postal.

¹³⁸⁶ No se puede dejar de mencionar, aunque no sea materia de esta investigación, que la oposición del imputado si bien asegura la realización de un juicio oral bajo la modalidad del procedimiento simplificado, en principio no asegura la debida imparcialidad objetiva del juez, puesto que no establece para el juicio oral simplificado un juez distinto del que ha conocido previamente del requerimiento y se ha pronunciado preliminarmente sobre el mérito del mismo. Para solucionar esto, debería entenderse que el juez de garantía que actuó y que estimó o desestimó el requerimiento, no puede luego enjuiciar en el juicio oral la misma causa, sino que debe designarse nuevo juez de garantía no inhabilitado. Obsérvese que en el Derecho italiano la oposición del imputado en el procedimiento por decreto da lugar, por regla generalísima, a la realización de un juicio oral ante un juez distinto del juez de la indagación preliminar (de garantía), con lo cual se halla asegurada la debida imparcialidad objetiva del juzgador. Las únicas excepciones a esto son cuando el mismo imputado quiere renunciar a esta garantía y pide juicio abreviado o «patteggiamento» o proponga «oblazione» (cumplimiento de la pena, pero con el beneficio de una reducción significativa del monto de la misma). *Vid.* GIUSTOZZI, Raimondo, *Manuale pratico...*, *cit.*, pp. 683-687.

de la acusación (y de la defensa), y que al mismo tiempo establece aquellos contenidos respecto de los cuales el juzgador puede decidir soberanamente, conforme le aparezca más ajustado a Derecho (aplicación del Derecho y de la pena dentro de los márgenes legales), pudiendo fijar un contenido fáctico y jurídico de la sentencia, con independencia de las alegaciones de las partes. Los poderes del juzgador en el procedimiento monitorio se reducen a decidir fundadamente sobre el mérito del requerimiento, estimándolo o rechazándolo como una unidad plena, sin poder hacer ninguna declaración distinta de hechos ni de efectos jurídicos distintos de los contenidos en él¹³⁸⁷.

Ahora bien, los motivos que justifican la desestimación del requerimiento han de atender tanto al mérito fáctico como jurídico del mismo, de modo que el juez debería de enjuiciar la adecuación de la imputación fáctica a los antecedentes «probatorios» del requerimiento, además de la corrección de la calificación jurídica y de la petición de pena. Cualquier discrepancia del juez sobre estas cuestiones, aun cuando no lo habilita para dictar sentencia conforme a su valoración, sí justifica la desestimación del requerimiento¹³⁸⁸, produciendo la continuación del juicio de acuerdo a las reglas del procedimiento simplificado.

La norma que establece la aplicación de una reducción de pena de un 25% si la multa se paga dentro de los 15 días siguientes a su notificación (art. 392, letra c), no es más que un incentivo legal para que el imputado no retrase el cumplimiento de la condena, o no se oponga a ella y provoque el juicio oral simplificado, pero no toca en nada los poderes del juzgador, los cuales se mantienen reducidos a la estimación o desestimación pura y simple del requerimiento.

¹³⁸⁷ En Derecho italiano ocurre lo mismo. *Vid.* GIUSTOZZI, Raimondo, *Manuale pratico...*, *cit.*, pp. 676-677; RAFARACI, Tommaso, *Le nuove...*, *cit.*, pp. 517-521. Con todo, RAFARACI introduce un matiz para el caso italiano, que se refiere al poder del juez para dictar directamente absolución en dos hipótesis: por falta absoluta de prueba del hecho o por la existencia de prueba positiva de descargo.

¹³⁸⁸ Es decir, el juez tiene plenos poderes para hacer un análisis de fondo del requerimiento, sea sobre la valoración de insuficiencia de la prueba, sea sobre la calificación jurídica del hecho, de las circunstancias, o sobre la adecuación de la pena. En Derecho italiano acontece algo semejante. *Vid.* GIUSTOZZI, Raimondo, *Manuale pratico...*, *cit.*, pp. 676-677; RAFARACI, Tommaso, *Le nuove...*, *cit.*, pp. 517-521.

SECCIÓN CONCLUSIVA

I. RESULTADOS DEL ESTUDIO DEL CASO CHILENO COMPARADO CON EL ESPAÑOL

Antes que todo cabe aclarar que la obtención de unos resultados del estudio del caso chileno desde una perspectiva comparada con el español, supuso el análisis de los dos sistemas procesales de la forma más completa posible, de modo que, reconociendo las diferencias y los distintos grados de desarrollo que exhiben, se pudieran aprovechar unas estructuras de estudio comunes¹³⁸⁹.

Decidimos realizar esta labor desde el punto de vista de la dogmática procesal influida por el desarrollo de la disciplina en España (y Europa). Desde este punto de partida pretendíamos encontrar lugares de convergencias o de divergencias, pero ofreciendo siempre unas explicaciones técnicas y sistemáticas guiadas por enunciados o criterios normativos propios de la ciencia procesal.

Un primer resultado que arroja la investigación es el que dice relación con el principio base sobre el cual se funda el deber de correlación. A nuestro parecer, tanto en Derecho español como chileno se ha de fundar en el principio acusatorio, ello por las razones latamente expuestas. En síntesis, nuestra opinión es que si el principio acusatorio implica que la acusación sea formulada por un acusador distinto del juez, deriva de aquello que el juez deba atenerse en su enjuiciamiento al contenido del acto acusatorio.

No negamos con lo anterior la importancia que tienen el derecho de defensa y el principio de contradicción, en relación con los poderes de decisión del juez. Bien al contrario, hemos sostenido la importancia de los mismos como presupuestos condicionadores de los poderes jurisdiccionales. Con todo, estos, a nuestro parecer, no operan en el ámbito de la correlación en sentido estricto, es decir, como límites al poder del juez de resolver sólo sobre el objeto del proceso, sino más bien aseguran el

¹³⁸⁹ El estudio de comparación, respecto del caso chileno, se hace sobre la base del CPP de 2000. La antigua regulación inquisitiva sólo nos ha servido como referente legislativo previo y para poner de relieve las diferencias sustanciales con el nuevo modelo de justicia chileno.

debate contradictorio sobre todos los contenidos fáctico-jurídicos con relevancia jurídico-penal, esto es, sobre el objeto del debate.

Cabe consignar que respecto al primer ámbito indicado, el del principio acusatorio, indagamos acerca del contenido del mismo y llegamos prácticamente a las mismas consecuencias en ambos sistemas, constituidas por el triple contenido esencial: que el juez no puede tener poderes de dirección material que afecten la configuración del objeto del proceso; que no puede haber juicio oral (¿condena?) sin acusación, y, por último, que el juez no puede dictar sentencia por unos hechos y/o acusados distintos de los de la acusación, cual es la estricta formulación del deber de correlación.

Los matices sobre estas materias en el caso chileno recaen en aspectos que no son los propios de la correlación, aun cuando se vinculan a la misma. En primer lugar, los referidos a los poderes de dirección material respecto de la prueba. En el sistema acusatorio chileno el juez casi no tiene poder o iniciativa probatoria, mientras que en el sistema español (y europeo continental) se le reconocen, aunque con limitaciones.

El segundo aspecto en el cual cabe constatar una diferencia es el que viene dado por la falta de previsión normativa y dogmática (en Chile) sobre la retirada de la acusación (o petición de absolución por el MP) y su efecto de vinculación. El asunto ha sido ampliamente desarrollado en España, tanto por la dogmática como por la jurisprudencia e, incluso, por el mismo legislador (LOTJ). Sobre esa base hemos intentado razonar el caso chileno, aunque hemos llegado a conclusiones propias.

En el plano del análisis normativo concreto, la primera cuestión abordada es aquella referida al término de comparación (correlación) de la sentencia. Ha quedado claro que la regulación legal chilena es insatisfactoria, pues no regula lo que debía regular. Para ofrecer una explicación coherente y técnicamente aceptable, hemos intentado demostrar que la acusación inicial del art. 259 CPP no constituye el verdadero término de correlación o comparación (definitiva), puesto que aun cuando se trata de una acusación, ella no es una acusación definitiva, sino provisoria. Y no podía ser de otra manera, ya que la acusación inicial del art. 259 se interpone antes del juicio y de la práctica de la prueba, de modo que si ella marcara el momento preclusivo acusatorio operaría una preclusión absurda, antes de que acontezca en el proceso lo fundamental, cual es el debate del juicio sobre la base de la prueba, de cuyo resultado debería depender la última y más depurada formulación acusatoria. La falta de regulación,

empero, parece llevarnos al absurdo apuntado. Ante esto, no obstante, hemos optado por una interpretación de sistemática procesal, al considerar que la necesidad procesal de ajustar la pretensión procesal al resultado probatorio es una realidad que no se puede negar, lo cual nos ha llevado a sostener que el «ingenuo» acto procesal de los «alegatos finales» del art. 338, en realidad está «regulando» la posibilidad de una reformulación definitiva de la acusación o, más precisamente, lo que hemos denominado conclusiones definitivas (tomado del Derecho español)¹³⁹⁰.

Tal consecuencia de sistemática procesal nos puso ante otra cuestión: ¿cuánto y qué se puede modificar en las conclusiones definitivas? El legislador chileno vuelve a guardar silencio (pues ni siquiera advirtió el primer problema, menos pudo prever su consecuencia)¹³⁹¹. Hemos acudido nuevamente a la dogmática española y europea para buscar una solución. La respuesta la hemos encontrado en la identidad del objeto del proceso. Es decir, las modificaciones fáctico-jurídicas producidas en la oportunidad del art. 338 no pueden llegar a alterar la identidad del objeto procesal. Con todo, el problema todavía posee más matices, y por eso en Derecho comparado se pueden hallar variadas respuestas. Nosotros hemos realizado oportuna consignación de las mismas.

En otra parte ya hemos dicho que todo lo expuesto hasta aquí significa bien poco si no desentrañamos el verdadero problema. De momento lo único claro es que el deber de correlación de la sentencia significa que el juzgador puede enjuiciar sólo el hecho y al acusado por los cuales se ha formulado la acusación, y que dicho deber se asienta en el principio acusatorio. Sin embargo, para que esto tenga un contenido material, y no se limite al mero formulismo vacío, como ha acontecido hasta ahora en Derecho chileno, se requiere operar con un determinado concepto de hecho. El verdadero desafío (y núcleo de la investigación) estriba en distinguir con claridad qué es el hecho (relevante desde el punto de vista procesal). El problema planteado es difícil y en el

¹³⁹⁰ Sorprende constatar que el Código chileno no contemple una regulación en esta materia, que incurra en tan grave imprevisión normativa, cuando se trata de uno de los aspectos que las legislaciones europeas avanzadas se preocupan de regular con más detalle. Así, no sólo la LECrim española, sino también (y todavía más) el CPP italiano, la StPO alemana y el Código Portugués. Nos remitimos a precisas reflexiones que hicimos sobre el asunto, tanto en la partes española como chilena, con referencia a otras legislaciones.

¹³⁹¹ Nuevamente nos sorprende. *Ibid. cit. supra.*

sistema chileno ni siquiera se ha discutido; sólo hay algunos atisbos en la jurisprudencia que de momento no han logrado consolidar una concepción integral al respecto.

También hemos debido trasladar al sistema chileno los criterios (enunciados) dogmáticos desarrollados en la doctrina española (y europea). Revisamos las posibilidades que ofrece la dogmática para configurar el hecho. Con este propósito hemos analizado las posibilidades teóricas de un hecho configurado bajo la doctrina italiana y otro concebido bajo el criterio normativo (acción y/o bien jurídico) que se aplica en el sistema español (y alemán). Señalamos que tal cual se halla prevista la normativa chilena no se puede aplicar otra concepción que no sea la normativa. Dimos cuenta de este punto con bastante detalle, y también analizamos los casos que pueden presentar dificultades de identidad normativa del hecho.

Un aspecto esencial de esta investigación ha sido la formulación precisa del efecto que supone la aplicación de la teoría(s) normativa(s) del hecho, respecto de la calificación jurídica. Denominamos dicho efecto bajo el nombre de progresión-regresión delictiva. Se trata de aclarar que la poca exigencia del hecho normativo deja al juez un amplio margen para poder modificar el hecho en aquellos aspectos no sustanciales referidos a la conducta objetiva, con lo cual el juez puede modificar el contenido fáctico respecto del nexo causal, del resultado, de la modalidad comisiva, del aspecto subjetivo o de su determinación espacio-temporal, con tal que permanezca invariable la acción o conducta objetiva y sólo en su aspecto esencial. En consecuencia, son variadas las posibilidades de modificación fáctica en sentencia y, sin embargo, desde un punto de vista jurídico-procesal el hecho permanece inmutable. En realidad, el problema surge o recobra su importancia bajo la forma de modificación de la calificación jurídica. En efecto, buena parte de los cambios fácticos consentidos bajo la fórmula normativa del hecho, irrelevantes procesalmente hablando, producen claros efectos jurídico-penales, de modo que el problema de los hechos accesorios modificados o introducidos por el juez recobran su importancia, pero bajo la forma de modificación de la calificación jurídica, la que en realidad contiene y se está apoyando en una modificación de hechos accesorios o procesalmente irrelevantes. Este es el fenómeno denominado por nosotros progresión-regresión delictiva. Cuando se añaden o quitan esos hechos resulta que ello conllevará el paso a calificaciones jurídicas

(títulos de incriminación, subtipos, tipos subjetivos) más graves o menos graves en el entramado normativo de figuras penales previsto por la Ley penal.

Para disciplinar correctamente esta cuestión se ha acudido a los criterios normativos desarrollados en la dogmática (española) de la homogeneidad ascendente y descendente, aunque con espíritu crítico, pues hemos dejado establecido que no nos satisfacen plenamente, ya que en ciertos aspectos nos parecen equivocados o reduccionistas.

Respecto de la modificación de la calificación jurídica se debatió el alcance y contenido de la técnica de la tesis (art. 341.2 y 3º). Es evidente la similitud de la regulación con la de Derecho español, aunque se deba aclarar que la norma fue tomada del Código procesal penal modelo para Iberoamérica (art. 322). El Código chileno ante la modificación de calificación jurídica asegura el derecho de defensa, a debatir y a contradecir acerca de la misma, a través del expediente de la tesis (en términos parecidos a la LECrim española y del Código modelo).

Con todo, al realizar el análisis procesal descrito han quedado en evidencia ciertos problemas en la tutela de la defensa (del debate contradictorio) con la tesis. En efecto, la norma parece no otorgar adecuada tutela a la garantía de la defensa, pues no contempla la posibilidad (necesidad) de contar con plazo adecuado para preparar la defensa y aportar prueba sobre la cuestión fáctico-jurídica sometida a las partes en la tesis. Propusimos a este respecto ciertas soluciones.

La norma tampoco ofrece tutela a la totalidad de hipótesis que requieren de la misma, al menos por su sentido gramatical. A juzgar por la literalidad de la disposición la tutela de la defensa sólo opera restringidamente, para el título delictivo y las circunstancias agravantes. Sin embargo, hemos desestimado de plano esa interpretación¹³⁹².

¹³⁹² Nótese que el art. 733 LECrim también fue objeto de una crítica semejante en su momento, hasta que la jurisprudencia hizo una interpretación extensiva de su contenido y concordante con las garantías constitucionales de la defensa.

Asimismo, la tutela dada por la norma está concebida sólo para el acusado, pero no para el acusador¹³⁹³. Dejamos constancia que esto rompería con el principio de igualdad procesal, aparte, por supuesto, el derecho de defensa del acusador.

Un aspecto distinto de la investigación precedente ha sido el examen de los procesos de consenso (y negociación penal) desde la perspectiva de la correlación. Nuestra opinión general ha sido que en estos tipos de procesos el deber de correlación tiende a ser sustituido por un «deber» o, mejor dicho, efecto de vinculación del juez al contenido del consenso o pacto acordado por las partes. La vinculación o predeterminación de una parte del contenido de la sentencia suele ser la finalidad o uno de los propósitos esenciales de este tipo de procesos. Las partes llegan a una conformidad o a un procedimiento abreviado con y por la expectativa de que con ello están determinando una parte del contenido de la sentencia.

El asunto apuntado, es cierto, requiere de muchísimos matices y puntualizaciones sobre el marco legal y los límites en que es válido hacer la afirmación precedente. De ello estamos conscientes y creemos haber realizado todas las prevenciones técnicas necesarias para no incurrir en simplificaciones o generalizaciones poco certeras.

Por otro lado, cabe advertir que esta parte de la investigación tal vez sea la menos fecunda en coincidencias del caso chileno con el español, lo cual puede obedecer a que las diferencias de modelos procesales en esta materia son más acusados, lo cual se hace muy patente con la sola lectura de las páginas respectivas dedicadas a la cuestión en uno y otro caso. En España no hay nada semejante al procedimiento abreviado, al procedimiento monitorio o al reconocimiento de «culpabilidad» (del art. 395). En Chile no hay nada parecido a las conformidades españolas.

Empero, en uno y otro modelo, y más allá de la consagración técnico-procesal, cuando dichos procesos han servido de cauces para el consenso y la negociación penal, han surgido problemas similares. Por ejemplo, cuánto de negociación se puede aceptar en estos procesos y sobre qué y qué efectos se han de derivar de esto, es decir, si las partes pueden acordar o pactar determinados contenidos de la acusación, y si dichos contenidos fijados de esta manera vinculan o no al juez. Corresponde anotar que la

¹³⁹³ Ponemos de relieve la similitud con la tesis española del 733 LECrim, la cual tradicionalmente se ha interpretado como una garantía para el acusador, sin considerarla para los casos *favor rei*.

regulación normativa es claramente insuficiente y en la práctica se ve superada (por los operadores jurídicos).

Se ha constatado además que una regulación de estos tipos de procedimientos en ordenamientos de Derecho legislado y que se rigen por el principio de legalidad procesal y penal, suelen producir graves disfunciones en el sistema procesal penal si no están correctamente concebidos. Ejemplo de lo dicho es que en ambos casos (español y chileno) se ha detectado la mala praxis de manipulación de hechos de la acusación con el propósito de manipular el resultado de Derecho penal sustantivo, y de esa manera favorecer el «allanamiento» o «confesión» (según sea el supuesto) del acusado. Todo formal control jurisdiccional de legalidad penal es «perfectamente inútil» ante esta práctica. Nuevamente la conexión con el deber de correlación (o con su negación) es manifiesta. Las partes pueden llegar a controlar y determinar el contenido de la sentencia ya no sólo en lo fáctico, sino a través de esta vía, es decir, de la manipulación sobre el contenido fáctico, conseguir también unas determinadas consecuencias penales y punitivas. Justo es reconocer que la situación descrita es más grave en el caso chileno, tal como hemos dejado constancia, pero en el modelo español tampoco se han previsto los resguardos adecuados y hay pruebas de que ello es así.

Los remedios que nosotros hemos propuesto son de dos tipos. Primero, el reforzamiento del control jurisdiccional del principio de legalidad en la formulación de la acusación, pero no centrado en lo jurídico-penal (como acontece en España), sino en lo fáctico. Es decir, el control debe recaer sobre el contenido fáctico de la acusación y verificar que se acuse por lo que «hay», y no por lo que «conviene» acusar. En segundo lugar, se necesita contemplar y regular legalmente el incentivo a la conformidad¹³⁹⁴, al procedimiento abreviado, o al reconocimiento de «culpabilidad», con el fin de evitar la transacción penal al margen de la legalidad, donde el único criterio imperante es la discrecionalidad del acusador público en el ofrecimiento de ventajas punitivas a cambio del «allanamiento» o «confesión».

¹³⁹⁴ Compartimos en este sentido la regulación del art. 801.2 LECrim, que trata de la conformidad prestada en la guardia en el enjuiciamiento rápido de ciertos delitos.

II. CONCLUSIONES

Seguidamente señalaremos las conclusiones relevantes de la investigación doctoral, que tengan una validez general para los sistemas procesales sometidos a estudio. Las conclusiones serán expuestas como explicaciones conclusivas resultantes del estudio de la correlación y que permiten hacer una formulación sistemática y científicamente válida del instituto.

PRIMERA: Comprobamos que el deber de correlación obliga a formularse, en primer lugar, la necesidad de justificar el instituto en definiciones previas vinculadas al sistema procesal en su conjunto. La búsqueda de soportes normativos superiores, que nosotros hemos encontrado en el principio acusatorio (imparcialidad del juzgador), por las amplias y precisas explicaciones señaladas, nos impuso otras definiciones. En efecto, lo que fuere el principio acusatorio, su contenido, implicó, a su vez, el preguntarse por el objeto del proceso penal (por su contenido procesal relevante) y por los efectos que de allí se iban a desprender. Hubo necesidad entonces de adoptar una posición sobre la acción procesal y sobre la pretensión punitiva y la pretensión procesal.

En esta toma de posición se descartó la existencia de una verdadera pretensión punitiva. Llegamos a sostener de esta manera que la acción procesal es un derecho al proceso, y puestos en esta tesitura concluíamos que ésta (la acción) a lo más se podía identificar por un hecho punible atribuido a un sujeto, nunca por una calificación jurídica ni por una petición de pena. De esta primera consideración técnica viene a derivarse un «no contenido» del principio acusatorio, y, *contrario sensu*, un contenido positivo que queda limitado a lo fáctico.

SEGUNDA: No obstante haber adoptado una posición abstracta sobre la acción, hemos insistido y creemos haber demostrado la utilidad de considerar y reconocer a la pretensión procesal (con un sentido procesal, y no material). La consideración de la acción abstracta, como forma de justificar el acceso al proceso y la actividad jurisdiccional se debe complementar con un término que justifique la actividad acusatoria, la cual no se limita ni se satisface con la mera introducción de hechos al proceso, sino con una efectiva y completa petición punitiva. El carácter triádico y dialéctico exige que la función acusatoria sea lo más completa posible, igual como

sucede naturalmente en el proceso civil. Se requiere en consecuencia de una pretensión.

TERCERA: Sentada las dos conclusiones precedentes, todavía es menester distinguir los distintos contenidos de la pretensión y fijar lo que sea el objeto del proceso y el objeto del debate por separado.

El objeto del proceso está conformado sólo por el fundamento (fáctico) de la pretensión, es decir, por el hecho punible. Se excluyen de éste la calificación jurídica y la petición de pena. Sin embargo, estos contenidos no son absolutamente irrelevantes desde un punto de vista procesal. Como contenidos de la pretensión conformarán el denominado objeto del debate, el cual también se halla integrado por las alegaciones de la defensa e, incluso, por el contenido de la tesis. La utilidad procesal de reconocer el objeto del debate —con un contenido más amplio que el del objeto del proceso— es que permite marcar con precisión esferas o ámbitos operativos perfectamente diferenciados al principio acusatorio y al derecho de defensa y principio de contradicción. El primero, el principio acusatorio, se dirige y satisface con la introducción y fijación del objeto procesal, cual es el fundamento de la pretensión: el hecho punible. En ningún caso la calificación jurídica y la petición de penal, pues ello implicaría una disposición material de un derecho o, mejor, de un poder que no corresponde al acusador: la aplicación del Derecho penal.

Empero, la pretensión es una necesidad y una realidad innegable en cualquier proceso penal de «partes». En consecuencia, aquellos contenidos que quedan fuera del objeto procesal irán a integrar el objeto del debate, que, junto a otros contenidos posibles que se pueden suscitar en el juicio, marcarán la amplitud con que se debe producir el debate contradictorio del juicio.

CUARTA: La correlación *strictu sensu* se produce con el hecho punible y con el acusado al que se le atribuye, pues son éstos los términos objetivos y subjetivos que imponen sus límites al juzgador: estos son los términos del objeto del proceso.

El objeto del debate no establece límites al juzgador, lo cual queda claro si se considera que el mismo juzgador puede ampliarlo a través del planteamiento de tesis, salvo que se entienda que la tesis no habilita al juez para dictar sentencia conforme a la misma si no ha sido previamente asumida por alguna de las partes.

QUINTA: Todas las conclusiones previas sólo adquieren sentido cuando son acompañadas de una precisa concepción del hecho.

En esta materia se han considerado varias posibilidades técnicas del «hecho». Concluimos que hay visiones generales del hecho que pueden ser utilizadas válidamente, dependiendo del diseño procesal que se quiera consagrar.

Una concepción de hecho muy parcial y abstracta, con referencias a formales núcleos normativos (teoría normativa de la acción), dará lugar a unos amplios márgenes para que el juez en virtud de sus poderes de enjuiciamiento fáctico altere o introduzca variados aspectos fácticos con efectos penales, pero procesalmente irrelevantes desde el punto de vista normativo del hecho.

Mientras que en caso de querer a un juez más limitado se buscará integrar en el «hecho» de la acusación otros elementos, además del de la acción o conducta objetiva. Así, se puede introducir el del bien jurídico lesionado (el otro criterio normativo clásico) o, incluso más, y como acontece con la doctrina italiana moderna, incluir en el hecho el nexo causal, el resultado (semejante al del bien jurídico), el aspecto subjetivo de la conducta, la modalidad comisiva, los presupuestos fácticos del delito, y los criterios espacio-temporales.

SEXTA: Concluimos que la adopción de uno u otro concepto de hecho traerá consecuencias bien claras. Un concepto de hecho poco exigente como es el normativo, determinado sólo por la acción, va a trasladar el problema de la correlación a las modificaciones de calificación jurídica. Dichas modificaciones podrán realizarse en virtud de un hecho que se puede modificar en variados aspectos. De ahí el profuso desarrollo del enunciado de la homogeneidad delictiva como forma de encauzar y acotar este fenómeno (de progresión-regresión delictiva).

Una visión excesivamente exigente del hecho tenderá a dejar al juez muy atado a los términos fácticos de la acusación e incluso a la calificación jurídica, pues las posibilidades de modificar ésta serán puramente formales, ya que todo queda zanjado en el estricto régimen del hecho. Por decirlo de alguna manera todo se convierte en contenido fáctico, quedando lo jurídico reducido a un puro problema de subsunción terminal. El hecho procesal es tan completo y exigente como el hecho penal (acción, nexo causal y resultado) o todavía más, de modo que las posibilidades de modificaciones de la calificación jurídica serán nominales.

Vinculado a lo anterior, también este concepto de hecho obliga a la ley procesal a adoptar resguardos sobre la configuración de hecho, pues éste será uno para la correlación (*res iudicanda muy exigente*) y otro distinto para la cosa juzgada (*res iudicata poco exigente*). El ejemplo más claro de esto es la detallada regulación legal que posee el Código italiano a este respecto.

SÉPTIMA: Las dos legislaciones estudiadas no poseen una reglamentación precisa sobre el contenido fáctico-jurídico de las posibles modificaciones acusatorias, realizadas por la misma acusación o por el juez. Concluimos que sería muy conveniente contar con un régimen preciso que establezca las posibilidades de actualizar el contenido fáctico de la acusación a los resultados probatorios y los límites de dicha actualización, y, por otra parte, que disponga la regulación de los poderes del juez de establecer y fijar en sentencia modificaciones fácticas de determinados aspectos. La precisa consideración de qué aspectos pueden ser modificados por el juez resolvería el problema de la regulación de la correlación y pondría en evidencia la necesidad o no de contemplar mecanismos que coordinen posibles disfunciones con el hecho a efectos de cosa juzgada (*litis pendencia*), si se consagra definitivamente una doble configuración del hecho, como parece insinuar el art. 789.3 (en el caso español).

OCTAVA: El otro aspecto tratado en los sistemas procesales objeto de estudio fue el de la correlación en los procesos con vigencia del consenso (y de la negociación penal). Más allá de las importantes diferencias y matices anotados, la conclusión general es que en estos la correlación tiende a ser sustituida (parcialmente) por la vinculación al contenido sobre el cual opera el consenso (y la negociación penal). La actividad jurisdiccional deriva en una función de control de los presupuestos de estos procesos y de la legalidad penal, que se traduce en una verificación cuya eficacia es escasa, en cuanto se limita a aspectos formales de la actividad acusatoria, tal como lo demostramos en la presente investigación.

NOVENA: Hemos anotado ya las graves consecuencias que derivan de la conclusión precedente, lo cual ha sido posible por la deficiente regulación legal de estos procesos. También hemos anotado posibles remedios.

La cuestión de los procesos de consenso incardinados en sistemas de Derecho legislado de cuño europeo continental (también el chileno) presenta dos caras. La más evidente y que tiene más inmediata relación con nuestra materia es la del «régimen de

vinculación» del juez al contenido del consenso o acuerdo de partes (si lo hay). La reglamentación en las legislaciones estudiadas es escueta y deja abierta la regulación de aspectos muy delicados. El asunto es preocupante, ya que se vincula nada menos que con la garantía jurisdiccional en la aplicación del Derecho penal.

La segunda faceta que toca a la materia de estudio es la que tiene relación con el control jurisdiccional sobre este tipo de procesos, el cual a nuestro entender no puede limitarse a la verificación formal de legalidad penal, sin vigilar también la correcta formulación de la acusación sobre la cual se produce el consenso o acuerdo en su contenido fáctico. Para que esto sea viable nos parece fundamental que se regule legalmente el incentivo al acusado para acceder a este tipo de procesos. Consideramos que esta es la única manera de compatibilizar legalidad penal y sus garantías relacionadas con procesos de consensos.

BIBLIOGRAFÍA Y DOCUMENTOS

- AGUILERA MORALES, Marien, *El «principio de consenso». La conformidad en el proceso penal español*, Cedecs, Barcelona, 1998.
- *Comentarios a la Ley del Jurado*, AAVV (coordinados por De la Oliva, Andrés), ECERA, Madrid, 1999.
- *La Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: Comentario a la Ley 38/2002 y a la Ley Orgánica 8/2002, de 24 de octubre* (con Gascón Inchausti), Civitas, Madrid, 2003.
- AGUILERA DE PAZ, Enrique, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, tomo V, Hijos de Reus, Madrid, 1914.
- *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, tomo VI, Hijos de Reus, Madrid, 1914.
- AGÜERO HERRERA, Melquisedec, *Congruencia entre acusación, la defensa y la sentencia*, Editorial Universitaria, Santiago de Chile, 1965.
- ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, *El allanamiento en el proceso penal*, EJEA, Buenos Aires, 1962.
- ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Coonstitucionales, Madrid, 1989 (traducción de Atienza y Espejo).
- ALSCHULER, Albert, «The prosecutor's role in plea bargain», *The University of Chicago, Law Review*, 36, 1968.
- ALLENDE SANTELICES, Miguel, *De la jurisprudencia del recurso de casación en la forma en materia penal*, Memoria de prueba, Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile, 1962.

- ALMAGRO NOSETE, José, *Derecho procesal. Proceso penal* (con Gimeno Sendra, Moreno Catena y Cortés Domínguez), Tirant lo Blanch, Valencia, 1989.
- *El nuevo proceso penal* (con Moreno Catena y Gimeno Sendra), Tirant lo Blanch, Valencia, 1989.
- ANTOLISEI, Francesco, *Manual de Derecho penal*, Temis, Bogotá, 1988 (traducción de Guerrero, Jorge y Ayerra Redín, Marino).
- ARAGONESES MARTÍNEZ, Sara, *Derecho procesal penal* (con De la Oliva Santos, Hinojosa Segovia, Muerza Esparza y Tomé García), ECERA, Madrid, 1999.
- *Comentarios a la Ley del Jurado*, AAVV (coordinados por De la Oliva, Andrés), ECERA, Madrid, 1999.
- ARMENGOT VILAPLANA, Alicia, «La imputación en el proceso penal: algunas cuestiones fundamentales y otras problemáticas», en *Revista General de Derecho*, Iustel, 29 de junio de 2004, www.iustel.com.
- ARMENTA DEU, Teresa, *Principio acusatorio y derecho penal*, Instituto de Criminología de la Universidad de Barcelona, 1995.
- «Principio acusatorio: realidad y utilización (lo que es y lo que no)», en *Revista de Derecho Procesal*, 1996.
- *El nuevo proceso abreviado*, Marcial Pons, Madrid, 2003.
- ARROYO DE LAS HERAS, Alfonso, *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. El procedimiento abreviado y el enjuiciamiento rápido de determinados delitos y faltas*, Dykinson, Madrid, 2003, p. 79.
- ASENCIO MELLADO, José María, *Principio acusatorio y derecho de defensa en el proceso penal*, Trivium, Madrid, 1991.

- AYO FERNÁNDEZ, Manuel, *Las faltas en el Código penal y el juicio verbal de faltas*, Aranzadi, Pamplona, 1992.
- BARONA VILAR, Silvia, *La conformidad en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.
- BAUMANN, Jürgen, *Derecho procesal penal. Conceptos fundamentales y principios procesales*, Depalma, tercera edición ampliada de 1979, Buenos Aires, 1989 (traducción de Conrado Finzi).
- BETTI, Emilio, *La interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, EDERSA, Madrid, 1975 (traducción de De los Mozos).
- BETTIOL, Giuseppe, «Correlazione fra accusa e sentenza nel processo penale», en *Scritti giuridice*, tomo I, Cedam, Padova, 1966.
- *Instituciones de Derecho Penal y Procesal*, Bosch, Barcelona, 1977 (traducción de Gitiérrez-Alviz y Conradi).
- BONET NAVARRO, José, *Casación penal e infracción de precepto constitucional*, Aranzadi, Pamplona, 2000.
- BRAVO LIRA, Bernardino, *Derecho común y Derecho propio en el nuevo mundo*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1989.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de Derecho penal español. Parte general*, Ariel, Barcelona, 1984.
- *Manual de Derecho penal. Parte general*, PPU, cuarta edición, Barcelona, 1994.
- *Derecho penal chileno*, parte especial (con Grisolia y Politoff), Editorial Jurídica de Chile, segunda edición, Santiago de Chile, 1993.
- BUTRÓN BALIÑA, Pedro, *La conformidad del acusado en el procedimiento penal*, Mc Graw Hill, Madrid, 1998.

- CABAÑAS GARCÍA, Juan Carlos, «El proceso penal español ante una perspectiva de justicia penal negociada», en *Revista de Derecho procesal*, 1991.
- CABEZUDO RODRÍGUEZ, Nicolás, *El Ministerio Público y la justicia negociada en los Estados Unidos de Norteamérica*, Comares, Granada, 1996.
- «Justicia negociada y nueva reforma procesal penal», I, en *La Ley*, Nº 5816, 2 de julio de 2003.
- «Justicia negociada y nueva reforma procesal penal», II, en *La Ley*, Nº 5816, 3 de julio de 2003.
- CACHÓN CADENAS, Manuel (con Cid Moliné), *Conformidad del acusado y penas alternativas a la prisión en los juicios rápidos*, parte I, 8 de julio de 2003, en *La Ley*, www.laley.net.
- CALAMANDREI, Iolanda, «Diversità del fatto e modifica dell'imputazione nel Codice di Procedura penale del 1988», en *Rivista di Diritto e Procedura penale*, Giuffrè, Milano, 1996.
- CALAMANDREI, Piero, «Il concetto di litte nel pensiero di Francesco Carnelutti, litte e giurisdizione», en *Rivista Diritto processuale civile*, Cedam, Padova, 1928-VI, volumen V.
- «Il concetto di litte nel pensiero di Francesco Carnelutti, litte e processo», en *Rivista Diritto processuale civile*, Cedam, Padova, 1928-VI, volumen V.
- CALDERÓN CUADRADO, María Pía, «El derecho a un proceso con todas las garantías (aspectos controvertidos y jurisprudencia del Tribunal Constitucional)», en *Cuadernos de Derecho Público*, INAP, Madrid, Mayo-agosto de 2000.
- CALVO SÁNCHEZ, Carmen, «Estudio del procedimiento abreviado en la reforma operada por la proposición de Ley 122/000199 de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal sobre el procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas y modificación del procedimiento

abreviado: texto aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados en sesión de 27 de junio de 2002», en *La Ley*, tomo 7, 2002.

- «Nuevo juicio de faltas regulado por Ley 38/2002, de Reforma Parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal», en *La Ley*, tomo 7, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, tomo I, Giuffrè, Milano, 1962.

- «Metodo e finalità degli studi comparativi sulla giustizia», en *Dimensioni della giustizia nelle società contemporanee*, Il Mulino, Bologna, 1994

CARNELUTTI, Francesco, *Il danno e il reato*, Cedam, Padova, 1926.

- *Lezioni di Diritto processuale civile, volume II*, La Litotipo, Padova, 1926.
- *Teoria generale del reato*, Cedam, Padova, 1933.
- *Sistema di Diritto processuale civile*, tomo I, Cedam, Padova, 1936.

CAROCCA PÉREZ, Alex, *La garantía constitucional de la defensa procesal*, Bosch, Barcelona, 1998.

- «La congruencia entre acusación y defensa en el nuevo CPP», en AAVV, *Cuadernos de análisis jurídico*, Primer Congreso Nacional sobre la Reforma del Proceso Penal (editor González, Felipe), serie 39, UDP, Santiago, 1999.

CARRASCOSA LÓPEZ, Valentín; CARRETERO DOMÍNGUEZ, José y MELO ALVARADO, Pedro, *El juicio de faltas*, Artes Gráficas Boysu, Mérida, 1986.

CASTRONUOVO, Donato, «La contestazione del fatto colposo: discrasie tra formule prasseologiche d'imputazione e concezione teoriche della colpa», en *Cassazione penale*, fascicolo 12, diciembre de 2002.

CID MOLINÉ, José, *Conformidad del acusado y penas alternativas a la prisión en los juicios rápidos* (con Cachón Cadenas), parte I, 8 de julio de 2003, *La Ley*, www.laley.net.

CLIMENT DURÁN, Carlos, *La prueba penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

- COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás, *Derecho penal. Parte general*, Tirant lo Blanch, quinta edición, Valencia, 1999.
- CONDE PUMPIDO TOURÓN, Cándido, «El juicio oral», en AAVV, *La reforma del proceso penal*, Tecnos, Madrid, 1990.
- *Los juicios rápidos, el procedimiento abreviado y el juicio de faltas* (con Garberí Llobregat, Casero Linares, Colmenero Menéndez de Luarca, Torres Fernández de Sevilla y Vieira Morantes), tomo I, Bosch, Barcelona, 2003.
- CORDERO, Franco, «Considerazioni sul principio d'identità del "fatto"», en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, Giuffrè, Milano, 1958.
- *Procedure penale*, Giuffrè, sexta edición, Milano, 2001.
- CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, *La cosa juzgada*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1975.
- *El nuevo proceso penal* (con Moreno Catena, Almagro Nosete, Gimeno Sendra), Tirant lo Blanch, Valencia, 1989.
- COUTURE, Eduardo, *Estudios de Derecho procesal civil*. Primera parte, Tutela Constitucional de la Justicia, Ediar, Buenos Aires, 1948.
- CUCARELLA GALIANA, Luis, *La correlación de la sentencia con la acusación y la defensa*, Aranzadi, 2003.
- «Problemas interpretativos que plantea el artículo 789.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (a propósito de la Ley 38/2002, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, y de modificación del procedimiento abreviado), en *Revista General de Derecho Procesal*, Nº 1, 2003, <http://www.iustel.com>.
- CURY URZÚA, Enrique, *Derecho penal. Parte General*, tomo II, Editorial Jurídica de Chile, segunda edición, Santiago de Chile, 1992.

- CHIAVARIO, Mario, *Processo e garanzie della persona, Volume II*, Giuffrè, Milano, 1982.
- CHIOVENDA, Giuseppe, *Ensayos de Derecho Procesal Civil*, EJEA, Buenos Aires, 1949 (traducción de Sentís Melendo).
- CHOZAS ALONSO, José, *Comentarios a la Ley del Jurado*, AAVV, (coordinados por De la Oliva, Andrés), ECERA, Madrid, 1999.
- DAMASKA, Mirjan, *Las caras de la justicia y el poder del Estado. Análisis comparado del proceso legal*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2000 (traducción de Morales Vidal).
- DAVID, René, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos (Derecho comparado)*, Aguilar, Madrid, 1968 (traducción de Bravo Gala de la segunda edición francesa).
- DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, *Conexión en el proceso penal*, EUNSA, Pamplona, 1972.
- *Sobre el derecho a la tutela jurisdiccional*, Bosch, Barcelona, 1980.
- *Sobre la cosa juzgada*, ECERA, Madrid, 1991.
- «Disponibilidad del objeto, conformidad del imputado y vinculación del tribunal a las pretensiones en el proceso penal», en *RGD*, octubre-noviembre, 1992.
- *Derecho procesal. Introducción* (con Díez Picazo Giménez y Vegas Torres), ECERA, Madrid, 1999.
- *Derecho procesal Penal* (con Aragonese Martínez, Hinojosa Segovia, Muerza Esparza, Tomé García), ECERA, cuarta edición, Madrid, 1999.
- DE DIEGO DÍEZ, Luis-Alfredo, *La conformidad del acusado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- DEL MORAL GARCÍA, Antonio, *El juicio oral en el proceso penal (con especial referencia al procedimiento abreviado)* (con Moreno Verdejo, Marchena

Gómez, Escobar Jiménez, Díaz Cabiale, Serrano Butragueño, Andrés Ibáñez), Comares, 1995.

DEL OLMO DEL OLMO, José Antonio, *Garantías y tratamiento del imputado en el proceso penal*, Trivium, Madrid, 1999.

DEL RÍO FERNÁNDEZ, Lorenzo, *El delito de amenazas (En el nuevo Código Penal). Análisis doctrinal y jurisprudencial. Requisitos y modalidades*, EGD, Valencia, 1997.

DEL RIO FERRETTI, Carlos, *Correlación de la sentencia con la acusación y la defensa*, inédito (trabajo de investigación para obtener la suficiencia investigadora, Universidad de Valencia), 2002.

DE PINA, Rafael, *Manual de Derecho procesal penal*, Reus, Madrid, 1934.

DÍAZ CABIALE, José Antonio, *Principios de aportación de parte y acusatorio: la imparcialidad del juez*, Comares, Granada, 1996.

— «La prueba, deliberación, veredicto y sentencia», en AAVV, *Comentarios sistemáticos a la Ley del Jurado y a la reforma de la prisión preventiva*, Comares, Granada, 1996.

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio, *Comentarios a la Constitución española de 1978*, AAVV (dirigidos por Alzaga, Oscar), EDERSA, Madrid, 1996.

— *Comentarios a la Ley del Jurado*, AAVV (coordinados por De la Oliva, Andrés), ECERA, Madrid, 1999.

— *Derecho procesal. Introducción* (con De la Oliva Santos y Vegas Torres), Ramón Areces, segunda edición, Madrid, 2001.

ESCUSOL BARRA, Eladio, *El proceso penal por delitos: estudio sistemático del procedimiento penal abreviado*, Colex, segunda edición, Madrid, 1990.

— *El procedimiento penal abreviado. Estudio sistemático-práctico del procedimiento*, Colex, Madrid, 1996.

- ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, Alfredo, *El Derecho penal en la jurisprudencia. Sentencias 1967-1982*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1987.
- *Derecho penal*, parte general, tomo II, Editorial Jurídica de Chile, tercera edición, Santiago, 1998.
 - *Derecho penal*, parte especial, tomo III, Editorial Jurídica de Chile, tercera edición, Santiago de Chile, 1999.
 - *Derecho penal*, parte especial, tomo IV, Editorial Jurídica de Chile, tercera edición, Santiago de Chile, 1999.
- EVANS DE LA CUADRA, Enrique, *Los derechos constitucionales*, tomo II, Editorial Jurídica de Chile, segunda edición, Santiago de Chile, 1999.
- FABBRINI, Giovanni, «Eccezione», en *Scritti Giuridici*, tomo I, Giuffrè, Milano, 1989.
- «Eccezione di merito nello svolgimento del processo di cognizione», en *Scritti Giuridici*, tomo I, Giuffrè, Milano, 1989.
- FÁBREGA Y CORTÉS, Magín, *Lecciones de práctica forense: segundo curso de procedimientos judiciales*, Bosch, segunda edición, Barcelona, 1921.
- FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, «La acción, el Derecho procesal y el Derecho político», en *Estudios de Derecho procesal*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955.
- «Ideas para una Teoría General del Derecho procesal», en *Temas del Ordenamiento procesal*, tomo I, Tecnos, Madrid, 1969.
 - «El proceso como función de satisfacción jurídica», en *Temas del Ordenamiento procesal*, tomo I, Tecnos, Madrid, 1969.
 - «La disponibilidad del derecho a la defensa en el sistema acusatorio español», en *Temas del ordenamiento procesal*, tomo II, Tecnos, Madrid, 1969.
 - «Las conformidades del sujeto pasivo en el procedimiento de la Ley de 28 de diciembre de 1982», en *Justicia*, 1989, I.

- *Doctrina General del Derecho procesal. Hacia una Teoría y Ley Procesal Generales*, Bosch, Barcelona, 1990.
 - «Las “negociaciones” y “conformidades” del sujeto pasivo del proceso penal», en *Estudios de Derecho procesal civil, penal y constitucional. La reforma del proceso penal*, tomo III, EDERSA, Madrid, 1992.
 - «Autodefensa, autocomposición, pacto, contrato, proceso (la defensa)», en *Estudios de Derecho procesal civil, penal y constitucional. La reforma del proceso penal*, tomo III, EDERSA, Madrid, 1992.
 - «Comentarios al Anteproyecto de Ley del Jurado de 11 de marzo de 1994», en *Revista de Derecho Procesal*, 1994, N° 2.
 - *El Jurado. Cuestiones prácticas, doctrinales y políticas de las leyes españolas*, Marcial Pons, Madrid, 1997.
- FANCHIOTTI, Vittorio, «Riflessioni sulla giustizia penale in U.S.A.», en *Cassazione Penale, fascicolo 1*, enero, 1998.
- FASSONE, Elvio, *Manuale pratico del nuovo processo penale* (con Fortuna, Dragone, Giustozzi, Pignatelli), Cedam, Padova, 1993.
- FENECH, Miguel, *Curso de Derecho procesal penal*, Bosch, Barcelona, 1945.
- *Derecho procesal penal*, Bosch, Barcelona, 1945.
 - *Derecho procesal penal*, tomo I, Bosch, Barcelona, 1945.
 - *Derecho procesal penal*, tomo III, Bosch, Barcelona, 1945.
 - *El proceso penal*, Bosch, Barcelona, 1956.
 - *El proceso penal*, AGESA, Madrid, 1982.
- FERNÁNDEZ ENTRALGO, Jesús, «Los principios procesales y procedimentales de la Ley Orgánica 7/1988», en AAVV, *La Reforma del proceso penal*, Tecnos, Madrid, 1990.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 1995 (traducción de Andrés Ibañez, Ruiz Miguel, Bayón Mohino, Terradillos Basoco, Cantareto Bandrés).

- FONTECILLA RIQUELME, Rafael, *Tratado de Derecho procesal penal*, tomo I, Edit. Jurídica de Chile, segunda edición, Santiago de Chile, 1978.
- *Tratado de Derecho procesal penal*, tomo II, Edit. Jurídica de Chile, segunda edición, Santiago de Chile, 1978.
- *Tratado de Derecho procesal penal*, tomo III, Edit. Jurídica de Chile, segunda edición, Santiago de Chile, 1978.
- FORTUNA, Ennio, *Manuale pratico del nuovo processo penale* (con Dragone, Fassone, Giustozzi, Pignatelli), tercera edición, Cedam, Padova, 1993.
- FUENTES DEVESA, Rafael, «La sentencia de conformidad dictadas por el Juez de guardia», en *La Ley*, N° 5794, 3 de junio de 2003, <http://www.laley.net>.
- GALDANA PÉREZ MORALES, Mónica, *Correlación entre acusación y sentencia en el proceso ordinario. Doctrina y jurisprudencia*, Comares, Granada, 2002.
- GARBERÍ LLOBREGAT, José, *Ley Orgánica del Tribunal del Jurado. Comentarios prácticos*, Colex, Madrid, 1996.
- GARCÍA ALBERO, Ramón, *Non bis in idem* material y concurso de leyes penales, CEDECS, Barcelona, 1995.
- *Comentarios al nuevo Código penal*, AAVV, Aranzadi, Pamplona, 1996.
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio, «La teoría de la argumentación jurídica: logros y carencias», en AAVV, *Sobre el razonamiento jurídico, Revista de Ciencias Sociales*, Universidad de Valparaíso, 2000, N° 45.
- GARRIDO GÓMEZ, María, «La utilidad del iuscomparatismo en la armonización de los sistemas jurídicos», en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXXVI, N° 108, septiembre-diciembre, 2003.
- GARRIDO MONTT, Mario, *El homicidio y sus figuras penales*, Conosur, segunda edición, Santiago de Chile, 1994.

- *Derecho penal*, parte general, tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1997.
- *Derecho penal*, parte especial, tomo III, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1998.
- *Derecho penal*, parte especial, tomo IV, Editorial Jurídica de Chile, segunda edición, Santiago de Chile, 2002.

GASCÓN INCHAUSTI, Fernando, *La Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: Cometario a la Ley 38/2002 y a la Ley Orgánica 8/2002, de 24 de octubre* (con Aguilera Morales), Civitas, Madrid, 2003.

GIANNITI, Pasquale, «Rilievi sul «fatto» nel processo penale», en *Rivista italiana de Diritto e Procedura penale*, Giuffrè, Milano, 1999.

GIARDA, Angelo, *Codice di procedura penale. Comentario* (con SPANGHER, Giorgio), IPSOA, segunda edición, 2001.

GIMENO SENDRA, Vicente, *La querrela*, Bosch, Barcelona, 1977.

- *Fundamentos de Derecho procesal*, Civitas, Madrid, 1981.
- «Los procedimientos penales simplificados (Principios de “oportunidad” y proceso penal monitorio)», en *Justicia*, 1987, N° 2.
- *Constitución y proceso*, Tecnos, Madrid, 1988.
- *Derecho procesal. Proceso penal* (con Moreno Catena, Almagro Nosete, Cortés Domínguez), tercera edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1989.
- *Ley Orgánica del Tribunal del Jurado. Comentarios prácticos*, Colex, Madrid, 1996.
- *Derecho procesal penal* (con Moreno Catena y Cortés Domínguez), Colex, segunda edición, Madrid, 1997.
- *Los procesos penales*, tomo V, Bosch, Barcelona, 2000.

GIUSTOZZI, Raimondo, *Manuale pratico del nuovo processo penale* (con Fortuna, Dragone, Fassone, Pignatelli), Cedam, Padova, 1993.

GOLDSCHMIDT, James, *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*, Bosch, Barcelona, 1935.

- *Teoría general del proceso*, Labor, Barcelona, 1936.
 - *Derecho Justicial Material*, EJEA, Buenos Aires, 1959 (traducción de Catalina Grossmann).
- GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, *El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas*, Bosch, Barcelona, 1985.
- *Constitución y proceso penal*, Tecnos, Madrid, 1996.
 - *El proceso penal ante el Tribunal del Jurado*, Civitas, Madrid, 1996.
 - *Comentarios a la Ley del Jurado*, AAVV (coordinados por Montero Aroca y Gómez Colomer), Aranzadi, Pamplona, 1999.
 - *Derecho jurisdiccional, III. Proceso penal* (con Montero Aroca, Montón Redondo, Barona Vilar), Tirant lo Blanch, novena edición, Valencia, 2000.
- GÓMEZ ORBANEJA, Emilio, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, tomo I, Bosch, Barcelona, 1947.
- *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, tomo II, Bosch, Barcelona, 1951.
 - *Derecho procesal penal* (con Herce Quemada), décima edición, Madrid, 1986.
- GONZÁLEZ NAVARRO, Blas, «El juicio de faltas tras la Ley de los Juicios Rápidos», en *La Ley*, N° 5790, 2002.
- GRANADOS CALERO, Francisco, *El Jurado en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.
- GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Eduardo, «La correlación entre acusación y sentencia», en *Estudios de Derecho Procesal*, EUNSA, Pamplona, 1974.
- GUASP DELGADO, Jaime, *La pretensión procesal*, Civitas, Madrid, 1981.
- *Juez y hechos en el proceso civil. Una crítica del derecho de disposición de las partes sobre el material de hecho del proceso*, Bosch, Barcelona, 1943.
- GUZMÁN DALBORA, José Luis, *El delito de amenazas*, Conosur, Santiago, 1999.

- HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor, «La rebelión de los jueces. Comentario a resolución del juzgado de Garantía de Temuco, de 6 de septiembre de 2001, en causa RUC 0100040022-6, que no da lugar a la aplicación del procedimiento abreviado», en *Boletín de Jurisprudencia del Ministerio Público*, N° 5, setiembre de 2001.
- HORVITZ LENNON, María, *Derecho procesal penal* (con López Masle), tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004.
- IBÁÑEZ Y GARCÍA VELASCO, Miguel, *Curso de Derecho procesal penal*, Edit. Universidad de Madrid, 1969.
- ILUMINATTI, Giulio, *Profili del nuovo Codice di procedura penale* (con Conso, Gaito, Lemmo, Modona, Riccio, Spangher, Voena, Zappalà), a cargo de CONSO, Giovanni y GREVI, Vittorio, Cedam, Padova, 1990.
- INVREA, Francesco, «Interesse e azione», en *Rivista Diritto processuale civile*, Cedam, Padova, 1928-VI, volume V.
- «La servitù del giudicato», en *Rivista Diritto processuale civile*, Cedam, Padova, 1930-VIII, volume VII.
- JUANES PECES, Ángel, «La sentencia de conformidad», en *Actualidad*, N° 573, 10 de abril de 2003.
- KAUFMANN, Arthur, *Analogía y naturaleza de la cosa. Hacia una teoría de la comprensión jurídica*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1976 (traducción de Barros Bourie).
- LARENZ, Karl, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1994 (traducción de Rodríguez Molinero).
- LARRAURI PIJOAN, Elena, *Libertad y amenazas*, PPU, Barcelona, 1987.
- LA ROCCA, Manlio, *Studi sul problema del “fatto” nel processo penale*, Eugenio Jovene, Napoli, 1954.

- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *Teoría de la pena*, Akal, Madrid, 1991.
- LORCA NAVARRETE, Antonio María, *El Jurado español. La nueva Ley del Jurado*, Dykinson, Madrid, 1995.
- LOURIDO RICO, ANA, «El enjuiciamiento rápido de las faltas», en *La Ley*, Número 5702, 22 de enero de 2003.
- LOZZI, Gilberto, «Il giusto processo e i riti speciali deflativi del dibattimento», en *Rivista italiana di Diritto e Procedura penale*, Giuffrè, Milano, 2002.
- LUZÓN CUESTA, José María, *El recurso de casación penal*, Colex, Madrid, 1993.
- MAIER, Julio, *Derecho procesal penal*, tomo I, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1996.
- MANZINI, Vincenzo, *Trattato di procedura penale italiana*, volumen II, Fratelli Bocca editori, Milano, Torino, Roma, 1914.
- *Tratado de Derecho procesal penal*, volumen IV, EJEA, Buenos Aires, 1953 (traducción de Sentís Melendo y Ayerra Redín).
- MARCHENA GÓMEZ, Manuel, *Comentarios a la Reforma procesal penal de la Ley Orgánica 7/1988* (con Portero García y Reig Reig), Editorial La Casa del Abogado, segunda edición, Bilbao, 1989.
- «La exteriorización de la voluntad decisoria del Jurado. La tutela técnica de su congruencia. Crisis decisoria, disolución del Jurado y celebración del juicio oral con nuevo Jurado», en AAVV, *Comentarios sistemáticos a la Ley del Jurado y a la reforma de la prisión preventiva*, Comares, Granada.
- MARCO COS, José-Manuel, *Comentarios a la Ley del Jurado*, AAVV (coordinados por Montero Aroca y Gómez Colomer), Aranzadi, Pamplona, 1999.
- MARTÍN PASTOR, José, *El Ministerio Fiscal como director de la investigación oficial en el proceso penal*, Real Colegio de España, Bolonia, 2005.

- MARTÍNEZ ARRIETA, Andrés, *La nueva concepción jurisprudencial del principio acusatorio*, Comares, Granada, 1994.
- MASCARELL NAVARRO, María José, «La carga de la prueba y la presunción de inocencia», *Justicia*, 1987, N° III
- MATUS ACUÑA, Jean Pierre, «La justicia penal consensuada en el nuevo Código de procedimiento penal», en *Revista Crea*, Escuela de Derecho de la UCT, N° 1, 2000.
- *Lecciones de Derecho penal*, parte especial (con Ramírez Guzmán), Editorial Universidad de Talca, 2001.
- *Lecciones de Derecho penal chileno*, parte general (con Politoff Lifschitz y Ramírez Guzmán), Editorial Jurídica de Chile, segunda edición, Santiago, 2004.
- MAURACH, Reinhart; GÖSSEL, Karl y ZIPF, Heinz, *Derecho penal*, parte general, tomo II, Astrea, séptima edición alemana, Buenos Aires, 1995 (traducción Bofill Genszch).
- MEZA FIGUEROA, Pablo, *De la ultra petita en el proceso penal chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1969.
- MIRA ROS, Corazón, *El régimen actual de la conformidad*, Colex, Madrid, 1998.
- MONTERO AROCA, Juan, *Introducción al Derecho procesal*, Tecnos, Madrid, 1976.
- «La función jurisdiccional y el “status” de Jueces y Magistrados», en *Trabajos de Derecho procesal*, Bosch, Barcelona, 1988.
- «Principio acusatorio. Un intento de aclaración conceptual», en *Justicia*, IV, 1992.
- *Derecho jurisdiccional, III. Proceso penal* (con Ortells Ramos, Gómez Colomer y Montón Redondo), Bosch, tercera edición, Barcelona, 1993.
- *Principios del proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

- *Derecho jurisdiccional, I. Parte general* (con Ortells Ramos, Gómez Colomer y Montón Redondo), Tirant lo Blanch, octava edición, Valencia, 1998.
- *Derecho jurisdiccional, III. Proceso penal* (con Ortells Ramos, Gómez Colomer y Montón Redondo), Tirant lo Blanch, séptima edición, Valencia, 1998.
- *Derecho jurisdiccional, I. Parte general* (con Gómez Colomer, Montón Redondo y Barona Vilar), Tirant lo Blanch, décima edición, Valencia, 2000.
- *Derecho jurisdiccional, II. Proceso civil* (con Gómez Colomer, Montón Redondo y Barona Vilar), Tirant lo Blanch, décimo primera edición, Valencia, 2002.

MONTÓN REDONDO, Alberto, *Derecho jurisdiccional, III. Proceso penal* (con Montero Aroca, Ortells Ramos y Gómez Colomer), Tirant lo Blanch, séptima edición, Valencia, 1998.

MORA ALARCÓN, José, *Comentarios a la Ley del Jurado* (con Mares Roger, Francisco), Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

MORENO CATENA, Víctor, *Derecho procesal penal* (con Gimeno Sendra y Cortés Domínguez), Colex, segunda edición, Madrid, 1997.

- (Director), *El proceso penal*, tomo I, AAVV, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- (Director), *El proceso penal*, tomo III, AAVV, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- (Director), *El proceso penal*, Tomo V, AAVV, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- «El proceso penal español. Algunas alternativas para la reforma», en AAVV (dirigidos por Palomo del Arco, Andrés), *Sistemas penales europeos*, Cuadernos de Derecho Judicial, IV, 2002, Madrid.

MUERZA ESPARZA, Julio-Javier, *Comentarios a la Ley del Jurado*, AAVV (coordinados por Montero Aroca y Gómez Colomer), Aranzadi, Pamplona, 1999.

- *La reforma del proceso penal abreviado y el enjuiciamiento rápido de delitos*, Aranzadi, 2003.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal. Parte especial*, Tirant lo Blanch, décimo cuarta edición, Valencia, 2002.
- NOBILI, Massimo, «Principio di legalità e processo penale», en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1995.
- ORAA GONZÁLEZ, Javier y ORAA GONZÁLEZ, Pilar, «La constitucionalidad del juicio de faltas desde la perspectiva del derecho a un juez imparcial», en *Poder Judicial*, N° 23, 1991.
- ORTELLS RAMOS, Manuel, *Concepto, Método, Fuentes y Programa del Derecho procesal*, tomo I, Valencia, 1983 (inédito).
- «Origen histórico del deber de motivar las sentencias», en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, N°4, 1977.
- «Correlación entre acusación y sentencia: antiguas y nuevas orientaciones jurisprudenciales», en *Justicia*, III, 1991.
- «Principio acusatorio, poderes oficiales del juzgador y principio de contradicción. Una crítica del cambio jurisprudencial sobre correlación entre acusación y sentencia», en *Justicia*, IV, 1991.
- *Derecho Jurisdiccional, III. Proceso penal* (con Montero Aroca, Gómez Colomer y Montón Redondo), Bosch, tercera edición, Barcelona, 1993
- «El nuevo procedimiento penal abreviado: aspectos fundamentales», en *El proceso penal abreviado (nueve estudios)*, Comares, Granada, 1997.
- «Problemas de contenido y delimitación de las fases del proceso abreviado (diligencias previas, la fase intermedia, juicio oral)», en *El proceso penal abreviado (nueve estudios)*, Comares, Granada, 1997.
- *Derecho jurisdiccional, III. Proceso penal* (con Montero Aroca, Gómez Colomer, Montón Redondo), Tirant lo Blanch, séptima edición, Valencia, 1998.
- *Introducción al Derecho Procesal*, Comares, Granada, 1999.

- *Derecho procesal. Introducción* (con Cámara Ruiz y Juan Sánchez), Punto y Coma, Valencia, 2000.
 - *Derecho procesal. Introducción* (con Cámara Ruiz y Juan Sánchez), Punto y Coma, segunda edición, Valencia, 2003.
 - «Cuatro aproximaciones al nuevo proceso penal chileno desde la perspectiva del proceso penal en países de la unión europea», AAVV, en *El nuevo proceso penal chileno*, Universidad de Concepción, 2000.
 - «La prueba en el juicio ante el Tribunal del Jurado. Ley, práctica judicial y consideraciones de *lege ferenda*», en AAVV, *La Ley del Jurado: problemas de aplicación práctica*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2003.
 - «Líneas generales de la Reforma del procedimiento abreviado y del nuevo procedimiento de enjuiciamiento rápido», en AAVV, *Ley de enjuiciamiento criminal y otras normas procesales*, Consejo Valenciano de Colegios de Abogados, Valencia, 2003.
 - *Derecho procesal civil* (con Mascarell Navarro, Cámara Ruiz, Juan Sánchez, Bonet Navarro, Bellido Penadés, Cucarella Galiana y Martín Pastor), Aranzadi, quinta edición, Navarra, 2004.
- PAOLI, Giulio, «La nozione di lite nel processo penale», en *Rivista di Diritto processuale civile*, volumen VII, parte I, año 1930-VIII, Cedam, Padova.
- PFEFFER URQUIAGA, Emilio, *Derecho constitucional* (con Verdugo Marinkovic y Nogueira Alcalá), tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1994.
- *Código procesal penal anotado y concordado*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2001.
- PLANCHADELL GARGALLO, Andrea, *El derecho fundamental a ser informado de la acusación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- PICÓ Y JUNOY, Joan, «Nuevas reflexiones sobre la regla “quien instruye no juzga”», en AAVV, *Problemas actuales de la justicia penal*, Bosch, 2001.

- POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio, *Lecciones de Derecho penal chileno* (con Matus Acuña y Ramírez Guzmán), Editorial Jurídica de Chile, segunda edición, Santiago, 2004.
- *Los actos preparatorios del delito. Tentativa y frustración, Estudio de dogmática penal y de Derecho penal comparado*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1999.
- PONZ NOMDEDÉU, Eugenio, *Comentarios a la Ley del Jurado*, AAVV (coordinados por Montero Aroca y Gómez Colomer), Aranzadi, Pamplona, 1999.
- PORTERO GARCÍA, Luis, *Comentarios a la Reforma procesal penal de la Ley Orgánica 7/1988* (con Reig Reig y Marchena Gómez), Editorial La Casa del Abogado, segunda edición, Bilbao, 1989.
- PRATS CANUT, José Miguel, *Comentarios al nuevo Código Penal*, AAVV, Aranzadi, Pamplona, 1996.
- PUENTE SEGURA, Leopoldo, *La conformidad en el proceso penal español*, Colex, Madrid, 1994.
- QUINTERO OLIVARES, GONZALO, *Comentarios al nuevo Código Penal*, AAVV, Aranzadi, Pamplona, 1996.
- RAFARACI, Tommaso, *Le nuove contestazioni nel processo penale*, Giuffrè, Milano, 1996.
- RAMÍREZ GUZMÁN, María Cecilia, *Lecciones de Derecho penal chileno* (con Politoff Lifschitz y Matus Acuña), Editorial Jurídica de Chile, segunda edición, Santiago, 2004.
- *Lecciones de Derecho penal*, parte especial (con Matus Acuña), Editorial Universidad de Talca, 2001.
- RAMOS MÉNDEZ, Francisco, *Derecho y Proceso*, Bosch, Barcelona, 1979.

- *El proceso penal. (Tercera) Lectura constitucional*, Bosch, tercera edición, Barcelona, 1993.
- RANIERI, Silvio, «Reato progresivo e progressione criminosa», en *La scuola positiva. Rivista di criminología e diritto criminale*, Giuffrè, Milano, 1960.
- *Manuale di diritto penale, parte generale*, cuarta edición, Cedam, Padova, 1968.
- «Sui reati di progressione», en *Scritti e discorsi varii*, volumen I, Giuffrè, Milano, 1968.
- RECASÉNS SICHES, Luis, *Introducción al estudio del Derecho*, Porrúa, décimo segunda edición, México, 1997.
- REIG REIG, José Vicente, *Comentarios a la Reforma procesal penal de la Ley Orgánica 7/1988* (con Portero García y Marchena Gómez), Editorial La Casa del Abogado, segunda edición, Bilbao, 1989.
- *Reforma del procedimiento abreviado*, Dykinson, Madrid, 2002.
- RICCIO, Giuseppe, *Profili del nuovo Codice di Procedura Penale* (con Gaito, Illuminati, Lemmo, Modona, Spangher, Voena y Zappalà), Cedam, Padova, 1990.
- RIEGO RAMÍREZ, Cristián, «El procedimiento abreviado», en AAVV, *Nuevo proceso Penal*, Conosur, Santiago de Chile, 2000.
- ROCCO, Arturo, *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale*, en *Opere Giuridiche, volume primo*, Società editrice del «Foro Romano», Roma, 1932.
- RODRÍGUEZ DEVESA, José María, *Derecho penal español. Parte general* (con SERRANO GÓMEZ, Alfonso), Dykinson, décimoctava edición, Madrid, 1995.
- RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás, *El consenso en el proceso penal español*, Bosch, Barcelona, 1997.

- ROJAS SEPÚLVEDA, Mario, «La sentencia definitiva en el Código Procesal Penal», en *Revista Actualidad Jurídica*, Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo, año III, N° 6, junio de 2002.
- ROMERO SEGUEL, Alejandro, *Jurisprudencia de los tribunales como fuente del Derecho. Una perspectiva procesal*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004.
- ROSENBERG, Leo, *Tratado de Derecho procesal civil*, tomo II, EJEA, Buenos Aires, 1955 (traducción de Romera Vera).
- *El objeto litigioso en el proceso civil*, EJEA, Buenos Aires, 1968 (traducción Banzhaf).
- ROXIN, Claus, *Derecho penal, Parte general*, tomo I, Civitas, Madrid, 1999 (traducción de Luzón Peña, Díaz y García Conlledo, y Vicente Remesal).
- *Derecho procesal penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000 (traducción de Córdoba y Pastor).
- RUIZ VADILLO, Enrique, «Algunas breves consideraciones sobre el sistema acusatorio y la interdicción constitucional de toda indefensión en el proceso penal», en *La Ley*, tomo IV de 1987.
- *El principio acusatorio y su proyección en la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo*, Actualidad Editorial, Madrid, 1994.
- SALOM ESCRIVÁ, Juan-Salvador, *Comentarios a la Ley del Jurado*, AAVV (coordinados por Montero Aroca y Gómez Colomer), Aranzadi, Pamplona, 1999.
- SANTORO, ARTURO, *Imputazione. Novissimo Digesto Italiano*, tomo VIII, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1962.
- SARACENO, Pasquale, *La decisione sul fatto incerto nel processo penale*, Cedam, Padova, 1940.

- SARFATTI, Mario, *Introducción al estudio del Derecho comparado*, Imprenta Universitaria, México, 1945 (traducción del Instituto de Derecho Comparado de la Escuela Nacional de Jurisprudencia).
- SCHÜNEMANN, Bernd, «¿Crisis del procedimiento penal? ¿Marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?», en *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*, Tecnos, Madrid, 2002.
- *La reforma del proceso penal*, Cuadernos Luis Jiménez de Asúa, Dykinson, Madrid, 2005 (traducción de Sacher, Mariana).
- SENTÍS MELENDO, Santiago, «Ex facto oritur ius», en *La prueba*, Valleta, Buenos Aires, Argentina, 1979.
- SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, «Evolución histórica y orientaciones modernas del concepto de acción», en *Estudios de Derecho procesal*, Bosch, Barcelona, 1969.
- «El juicio oral», en *Estudios de Derecho procesal*, Bosch, Barcelona, 1969.
- «Incongruencia civil y penal», en *Estudios de Derecho procesal*, Bosch, Barcelona, 1969.
- SERRANO BUTRAGUEÑO, Ignacio, «El juicio oral ante el Tribunal del Jurado», en AAVV, *Comentarios sistemáticos a la Ley del Jurado*, Comares, Granada, 1996.
- SERRANO GÓMEZ, Alfonso, *Derecho penal español. Parte general* (con Rodríguez Devesa), Dykinson, decimoctava edición, Madrid, 1995.
- SILVA BASCUÑÁN, Alejandro, *Tratado de Derecho constitucional*, tomo VIII, Editorial Jurídica de Chile, segunda edición, Santiago, 2002.
- SOTO NIETO, Francisco, *Correlación entre acusación y sentencia*, Montecorvo, Madrid, 1979.
- SPANGHER, Giorgio, *Codice di procedura penale. Comentario* (con GIARDA, Angelo), IPSOA, segunda edición, 2001.

- THAMAN, Stephen, *Comentarios a la Ley del Jurado*, AAVV (coordinados por Montero Aroca y Gómez Colomer), Aranzadi, Pamplona, 1999.
- TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel, «La incongruencia penal por ultra petita: estudio jurisprudencial», en *RGD*, marzo 1991.
- *El objeto del proceso. Alegaciones. Sentencia. Cosa juzgada*, La Ley, Madrid, 2000.
- TARUFFO, Michele, *La prueba de los hechos*, Trotta, segunda edición, Madrid, 2005 (traducción de Ferrer Beltrán).
- TOMÉ GARCÍA, José Antonio, *Derecho procesal penal* (con De la Oliva Santos, Aragonese Martínez, Hinojosa Segovia, Muerza Esparza), ECERA, Madrid, 1999.
- *Comentarios a la Ley del Jurado*, AAVV (coordinados por De la Oliva, Andrés), ECERA, Madrid, 1999.
- VALLE MUÑIZ, José Manuel, *Comentarios al Nuevo Código Penal*, AAVV, Aranzadi, Pamplona, 1996.
- VÁZQUEZ SOTELO, José Luis, *Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del tribunal*, Bosch, Barcelona, 1984.
- «El principio acusatorio y su reflejo en el proceso penal español», en *Revista Jurídica de Catalunya*, 1984, N°2.
- VEGAS TORRES, Jaime, *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*, La Ley, Madrid, 1993.
- *El procedimiento para el enjuiciamiento rápido*, Marcial Pons, Madrid, 2003.
- VELEZ MARICONDE, Alfredo, *Derecho procesal penal*, Lerner, segunda edición, Buenos Aires, 1969.
- VERDUGO MARINKOVIC, Mario, *Derecho constitucional* (con Nogueira Alcalá y Pfeffer Urquiaga), tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1994.

VERGÉ GRAU, Joan, *La defensa del imputado y el principio acusatorio*, Bosch, Barcelona, 1994.

WELZEL, Hans, *Derecho penal alemán*, parte general, Editorial Jurídica de Chile, décimo primera edición, Santiago, 1970 (traducción de Bustos Ramírez y Yáñez Pérez).

ZARZALEJOS NIETO, Jesús, «El nuevo proceso abreviado para delitos menos graves», en AAVV, *Nuevos Tribunales y nuevo proceso penal*, La Ley, segunda edición, Madrid, 1989.

DOCUMENTOS LEGISLATIVOS

Proyecto de Ley que establece un nuevo Código de Procedimiento Penal, presentado por el poder ejecutivo a discusión parlamentaria mediante el Mensaje N° 110-331.

Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados sobre el Proyecto de Ley que establece un nuevo Código de Procedimiento Penal, Boletín N° 1630-07-1, 6 de Enero de 1998, documento de cuenta de la sesión 23ª de 13 de enero de 1998, Legislatura Ordinaria 336ª de 1998.

Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, recaído en el Proyecto de Ley, en segundo trámite constitucional, que establece un nuevo Código de Procedimiento Penal, 20 de junio de 2000, Boletín n° 1630-07, Legislatura Ordinaria 342ª de 2000, <http://www.senado.cl>.

Diario de sesiones del Senado, sesión 6ª, 21 de junio de 2000, Legislatura Ordinaria 342ª, <http://www.senado.cl>.

Diario de sesiones del Senado, sesión 7ª, 4 de julio de 2000, Legislatura Ordinaria 342ª, <http://www.senado.cl>.

Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, sesión 19ª, de 1 de agosto de 2000, Legislatura Ordinaria 342ª, Boletín de sesiones de la Cámara de Diputados.

Tercer trámite constitucional ante la Cámara de Diputados en el cual se aprueba el Informe de la Comisión, sesión 20ª, de 2 de agosto de 2000, Legislatura Ordinaria 342ª, Boletín de sesiones de la Cámara de Diputados.

OTROS DOCUMENTOS

Circular 1/2003, de la Fiscalía General del Estado, de 7 de abril de 2003.

Informe sobre la aplicación de la Ley Orgánica del tribunal del Jurado desde el 1 de abril de 1997 al 31 de marzo de 1998. Aprobado por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial en su reunión del día 5 de mayo de 1999, en «Estudios, Informes y Dictámenes», Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000.

Instrucción 6/1992, de la Fiscalía General del Estado, de 22 de septiembre de 1992.

Instrucciones dadas á los Fiscales de las Audiencias, por la Fiscalía del Tribunal Supremo, Sr. Sánchez Román, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1898, tomo 93, Reus, Madrid.

Memoria del Fiscal del Tribunal Supremo, Sr. Santos de Isasa, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1884, tomo 65, Reus, Madrid.

Resolución dada por el Fiscal del Tribunal Supremo á las consultas que, en virtud de su circular de 30 de mayo último, le han dirigido los sres. Fiscales de las Audiencias, sobre interpretación y aplicación de diversos artículos del Código penal y otras leyes represivas especiales, de la de Enjuiciamiento criminal y del Jurado, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1899, tomo 95, Reus, Madrid.

Instructivo General N° 57, de 12 de abril de 2001, del Fiscal Nacional del Ministerio Público de Chile.

JURISPRUDENCIA ORDENADA POR ÓRGANOS

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

- STEDH de 17 de enero de 1970 (caso DELCOURT).
- STEDH (Nº 0180\1988) de 6 de diciembre (caso COLAK).
- STEDH (TEDH 1995\1) de 10 de febrero (caso GEA CATALÁN).
- STEDH (TEDH 1996\1) de 24 de octubre (caso DE SALVADOR TORRES).
- STEDH (TEDH 1999\10) de 25 de marzo (caso PÉLLISIER Y SASSI).
- STEDH (TEDH 2001\197) de 1 de marzo (caso DALLOS).

JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA

1. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- STC de 10 de abril de 1981, Sala Primera, ponente Latorre Segura (BDA, m. RTC 1981\12).
- STC de 11 de julio de 1983 (BDA, m. RTC 1983\62).
- STC de 23 de noviembre de 1983, Sala Segunda, ponente Pera Verdaguer (BDA, m. RTC 1983\105).
- STC de 18 de abril de 1985, Sala Primera, ponente Escudero del Corral (BDA, m. RTC 1985\54).
- STC de 8 de julio de 1985, Sala Segunda, ponente Díez-Picazo y Ponce de León (BDA, m. RTC 1985\84).
- STC de 4 de octubre de 1985, Sala Primera, ponente Díez de Velasco Vallejo (BDA, m. RTC 1985\104).

- STC de 29 de octubre de 1985 (BDA, m. RTC 1985\147).
- STC de 17 de julio de 1986, Sala Primera, ponente Tomás y Valiente (BDA, m. RTC 1986\104).
- STC de 29 de octubre de 1986, Sala Primera, ponente Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer (BDA, m. RTC 1986\134).
- STC de 17 de diciembre de 1986, Sala Primera, ponente Tomás y Valiente (BDA, m. RTC 1986\163).
- STC de 19 de febrero de 1987, Sala Primera, ponente Tomás y Valiente (BDA, m. RTC 1987\20).
- STC de 7 de mayo de 1987, Sala Primera, ponente Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer (BDA, m. RTC 1987\53).
- STC de 18 de mayo de 1987, Sala Segunda, ponente Latorre Segura (BDA, m. RTC 1987\57).
- STC de 16 de febrero de 1988, Sala Segunda, ponente López Guerra (BDA, m. RTC 1988\17).
- STC de 12 de julio de 1988, Pleno, ponente Latorre Segura (BDA, m. RTC 1988\145).
- STC de 17 de octubre de 1988, Sala Segunda, ponente Latorre Segura (BDA, m. RTC 1988\189).
- STC de 30 de enero de 1989, Sala Primera, ponente Díez-Picazo y Ponce de León (BDA, m. RTC 1989\18).
- STC de 11 de diciembre de 1989, Sala Segunda, ponente Díaz Eimil (BDA, m. RTC 1989\205).
- STC de 5 de noviembre de 1990, Sala Primera, ponente Tomás y Valiente (BDA, m. RTC 1990\168).
- STC de 15 de noviembre de 1990, Pleno, ponente Gimeno Sendra (BDA, m. RTC 1990\186).
- STC de 28 de febrero de 1991, Sala Primera, ponente Tomás y Valiente (BDA, m. RTC 1991\47).

- STC de 27 de enero de 1992, Sala Segunda, ponente Díaz Eimil (BDA, m. RTC 1992\11).
- STC de 25 de junio de 1992, Sala Primera, ponente Leguina Villa (BDA, m. RTC 1992\100).
- STC de 21 de diciembre de 1992 (BDA, m. RTC 1992\241).
- STC de 19 de abril de 1993, Sala Segunda, ponente Díaz Eimil (BDA, m. RTC 1993\125).
- STC de 19 de abril de 1993, Sala Primera, ponente Gimeno Sendra (BDA, m. RTC 1993\128).
- STC de 19 de abril de 1993, Sala Primera, ponente Gimeno Sendra (BDA, m. RTC 1993\129).
- STC de 3 de mayo de 1993, Sala Primera, ponente Gimeno Sendra (BDA, m. RTC 1993\152).
- STC de 20 de septiembre de 1993, Sala Primera, ponente García Mom y González Regueral (BDA, m. RTC 1993\273).
- STC de 18 de octubre de 1993, Sala Segunda, ponente López Guerra (BDA, m. RTC 1993\297).
- STC de 31 de enero de 1994 (BDA, m. RTC 1994\34).
- STC de 24 de febrero de 1994, Pleno, ponente Gabaldón López (BDA, m. RTC 1994\56).
- STC de 14 de abril de 1994, Pleno, ponente Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer (BDA, m. RTC 1994\115).
- STC de 13 de julio de 1994 (BDA, m. RTC 1994\211).
- STC de 17 de octubre de 1994, Sala Segunda, ponente González Campos (BDA, m. RTC 1994\277).
- STC de 28 de noviembre de 1994, Sala Primera, ponente Cruz Villalón (BDA, m. RTC 1994\319).
- ATC de 22 de septiembre de 1995, Sala Primera (BDA, m. RTC 1995\244).

- STC de 11 de marzo de 1996, Sala Segunda, ponente García Mom y González Regueral (BDA, m. RTC 1996\36).
- STC de 9 de julio de 1996, Sala Primera, ponente Ruiz Vadillo (BDA, m. RTC 1996\129).
- ATC de 10 de enero de 1997 (BDA, m. RTC 1997\59).
- STC de 10 de marzo de 1997 (BDA, m. RTC 1997\41).
- STC de 10 de marzo de 1997, Sala Segunda, ponente González Campos (BDA, m. RTC 1997\43).
- STC de 21 de abril de 1997 (BDA, m. RTC 1997\74).
- STC de 22 de abril de 1997 (BDA, m. RTC 1997\85).
- STC de 4 de diciembre de 1997, Sala Primera, ponente García Manzano (BDA, m. RTC 1997\221).
- STC de 4 de diciembre de 1997, Sala Segunda, ponente Gabaldón López (BDA, m. RTC 1997\222).
- STC de 15 de diciembre de 1997, Sala Segunda, ponente Viver Pi-Sunyer (BDA, m. RTC 1997\225).
- STC de 16 de diciembre de 1997, Sala Primera, ponente Ruiz Vadillo (BDA, m. RTC 1997\230).
- ATC de 25 de junio de 1998, Sala Segunda (BDA, m. RTC 1998\146 AUTO).
- STC de 29 de junio de 1998, Sala Segunda, ponente De Mendizábal Allende (BDA, m. RTC 1998\134).
- ATC de 29 de septiembre de 1998, Sala Primera (BDA, m. RTC 1998\202 AUTO).
- STC de 29 de noviembre de 1999, Sala Segunda, ponente Conde Martín de Hijas (BDA, m. RTC 1999\215).
- STC de 31 de enero de 2000, Sala Segunda, ponente González Campos (BDA, m. RTC 2000\19).

- STC de 2 de marzo de 2000, Pleno, ponente De Mendizábal Allende (BDA, m. RTC 2000\59).
- STC de 27 de marzo de 2000, Sala Segunda, ponente De Mendizábal Allende (BDA, m. RTC 2000\75).
- STC de 27 de marzo de 2000, Sala Segunda, ponente De Mendizábal Allende (BDA, m. RTC 2000\76).
- STC de 10 de abril de 2000, Sala Segunda, ponente De Mendizábal Allende (BDA, m. RTC 2000\92).
- STC de 16 de mayo de 2000, Sala Segunda, ponente De Mendizábal Allende (BDA, m. RTC 2000\122).
- STC de 11 de diciembre de 2000, Sala Primera, ponente Casas Baamonde (BDA, m. RTC 2000\302).
- STC de 29 de enero de 2001 (BDA, m. RTC 2001\16).
- STC de 10 de mayo de 2001 (BDA, m. RTC 2001\115).
- STC de 21 de mayo de 2001, Sala Primera, ponente Cruz Villalón (BDA, m. RTC 2001\118).
- STC de 17 de septiembre de 2001 (BDA, m. RTC 2001\178).
- STC de 17 de septiembre de 2001, Sala Segunda, ponente Viver Pi-sunyer (BDA, m. RTC 2001\182).
- STC de 14 de enero de 2002, Sala Segunda, ponente Jiménez Sánchez (BDA, m. RTC 2002\4).
- ATC de 28 de enero de 2002, Sala Segunda (BDA, m. RTC 2002\6 Auto).
- STC de 3 de abril de 2002, Sala Primera, ponente Garrido Falla (BDA, m. RTC 2002\70).
- STC de 13 de febrero de 2003, Sala Primera, ponente Casas Baamonde (BDA, m. RTC 2003\33).
- STC de 23 de abril de 2003, Sala Primera, ponente García-Calvo Montiel (BDA, m. RTC 2003\75).

- STC de 29 de septiembre de 2003, Sala Segunda, ponente Jiménez Sánchez (BDA, m. RTC 2003\174).
- STC de 8 de marzo de 2004, Sala Primera, ponente Casas Baamonde (BDA, m. RTC 2004\35).
- ATC de 22 de marzo de 2004, Sala Segunda (BDA, m. RTC 2004\86 Auto).

2. TRIBUNAL SUPREMO

- STS de 4 de diciembre de 1969, Sala de lo Penal, ponente González Díaz (RJA, m. 1969/5822).
- STS de 30 de noviembre de 1971, ponente Díaz Palos (RJA, m. 1971\5273).
- STS de 14 de octubre de 1975, ponente Escudero del Corral (RJA, m. 1975\3641).
- STS de 9 de junio de 1978, Sala de lo Penal, ponente Gil Sáez (RJA, m. 1978/2334).
- STS de 8 de febrero de 1979 (RJA, m. 1979\414).
- STS de 16 de noviembre de 1979, ponente Vivas Marzal (RJA, m. 1979\4248).
- STS de 26 de diciembre de 1979, ponente Gil Sáez (RJA, m. 1979\4647).
- STS de 14 de mayo de 1984, Sala de lo Criminal, ponente Moyna Ménguez (BDA, m. RJ 1984\2607).
- STS de 5 de diciembre de 1984, Sala de lo Criminal, ponente Moyna Ménguez (BDA, m. RJ 1984/6239).
- STS de 26 de febrero de 1985 (BDA, m. RJ 1985\1543).
- STS de 27 de febrero de 1985, Sala de lo Criminal, ponente Rodríguez López (BDA, m. RJ 1985\1551).
- STS de 24 de diciembre de 1985, Sala de lo Penal, ponente Hijas Palacios (BDA, m. RJ 1985\6462).
- STS de 4 de noviembre de 1986, Sala de lo Penal, ponente Soto Nieto (BDA, m. RJ 1986\6241).

- STS de 13 de febrero de 1987, Sala de lo Penal, ponente Vivas Marzal (BDA, m. RJ 1987\1249).
- STS de 8 de julio de 1987, Sala de lo Penal, ponente Ruiz Vadillo (BDA, m. RJ 1987/5297).
- STS de 24 de noviembre de 1987 (BDA, m. RJ 1987\8590).
- STS de 1 de diciembre de 1987, Sala de lo Penal, ponente Ruiz Vadillo (BDA, m. RJ 1987\9515).
- STS de 1 de marzo de 1988, Sala de lo Penal, ponente Vivas Marzal (BDA, m. RJ 1988/1511).
- STS de 6 de junio de 1988, Sala de lo Penal, ponente Vivas Marzal (BDA, m. RJ 1988\4432).
- STS de 21 de septiembre de 1988 (BDA, m. RJ 1988\6809).
- STS de 3 de noviembre de 1988, Sala de lo Penal, ponente García Ancos (BDA, m. RJ 1988\8959).
- STS de 19 de julio de 1989, Sala de lo Penal, ponente Díaz Palos (BDA, m. RJ 1989/6265).
- STS de 25 de octubre de 1989, Sala de lo Penal, ponente Montero Fernández-Cid (BDA, m. RJ 1989\8477).
- STS de 11 de diciembre de 1989, Sala de lo Penal, ponente Ruiz Vadillo (BDA, m. RJ 1989\9520).
- STS de 7 de febrero de 1990, Sala de lo Penal, ponente Ruiz Vadillo (BDA, m. RJ 1990\1290).
- STS de 23 de mayo de 1990, Sala de lo Penal, ponente Ruiz Vadillo (BDA, m. RJ 1990\4413).
- STS de 4 de julio de 1990 (BDA, m. RJ 1990\6216).
- STS de 5 de julio de 1990, Sala de lo Penal, ponente Puerta Luis (BDA, m. RJ 1990\6235).
- STS de 21 de septiembre de 1990, Sala de lo Penal, ponente Delgado García (BDA, m. RJ 1990\7208).

- STS de 6 de noviembre de 1990, Sala de lo Penal, ponente Montero Fernández-Cid (BDA, m. RJ 1990\8673).
- STS de 22 de noviembre de 1990, Sala de lo Penal, ponente Puerta Luis (BDA, m. RJ 1990\9080).
- STS de 4 de diciembre de 1990, Sala de lo Penal, ponente Delgado García (BDA, m. RJ 1990\9410).
- STS de 15 de febrero de 1991, Sala de lo Penal, ponente Puerta Luis (BDA, m. RJ 1991\1064).
- ATS de 17 de junio de 1991, Sala de lo Penal, ponente García Miguel (BDA, m. RJ 1991\4739).
- STS de 15 de julio de 1991 (BDA, m. RJ 1991\5928).
- STS de 17 de septiembre de 1991 (BDA, m. RJ 1991\6402).
- STS de 18 de septiembre de 1991, Sala de lo Penal, ponente Móner Muñoz (BDA, m. RJ 1991\6436).
- STS de 30 de septiembre de 1991, Sala de lo Penal, ponente García Ancos (BDA, m. RJ 1991\6653).
- STS de 28 de octubre de 1991, Sala de lo Penal, Carrero Ramos (BDA, m. RJ 1991\7403).
- STS de 11 de diciembre de 1991, Sala de lo Penal, ponente Móner Muñoz (BDA, m. RJ 1991\9136).
- STS de 18 de mayo de 1992, Sala de lo Penal, ponente Soto Nieto (BDA, m. RJ 1992\4087).
- STS de 9 de octubre de 1992 (BDA, m. RJ 1992\8221).
- STS de 12 de noviembre de 1992 (BDA, m. RJ 1992\9662).
- STS de 1 de diciembre de 1992 (BDA, m. RJ 1992\9894).
- STS de 8 de febrero de 1993, Sala de lo Penal, ponente Martínez-Pereda Rodríguez (BDA, m. RJ 1993\939).
- ATS de 25 de abril de 1993 (BDA, m. RJ 1993\6874).

- STS de 8 de mayo de 1993 (BDA, m. RJ 1993\3769).
- STS de 7 de junio de 1993, Sala de lo Penal, ponente Conde-Pumpido Ferreiro (BDA, m. RJ 1993\5154).
- STS de 12 de junio de 1993 (BDA, m. RJ 1993\4996).
- STS de 15 de septiembre de 1993 (BDA, m. RJ 1993\7144).
- STS de 22 de octubre de 1993, Sala de lo Penal, ponente Conde-Pumpido Ferreiro (BDA, m. RJ 1993\7949).
- STS de 30 de octubre de 1993 (BDA, m. RJ 1993\8490).
- STS de 10 de noviembre de 1993, Sala de lo Penal, ponente Soto Nieto (BDA, m. RJ 1993\8497).
- STS de 22 de diciembre de 1993, Sala de lo Penal, ponente Conde-Pumpido Ferreiro (BDA, m. RJ 1993\9694).
- STS de 4 de febrero de 1994 (BDA, m. RJ 1994\1270).
- STS de 5 de febrero de 1994, Sala de lo Penal, ponente Martínez-Pereda Rodríguez (BDA, m. RJ 1994\696).
- STS de 7 de febrero de 1994, Sala de lo Penal, ponente Hernández Hernández (BDA, m. RJ 1994/717).
- STS de 26 de febrero de 1994, Sala de lo Penal, ponente De Vega Ruiz (BDA, m. RJ 1994\1127).
- STS de 11 de junio de 1994, Sala de lo Penal, ponente García Ancos (BDA, m. RJ 1994\4945).
- STS de 21 de junio de 1994 (BDA, m. RJ 1994\5220).
- STS de 5 de octubre de 1994 (BDA, m. RJ 1994\7625).
- STS de 24 de noviembre de 1994 (BDA, m. RJ 1994\8968).
- STS de 12 de diciembre de 1994 (BDA, m. RJ 1994\9374).
- STS de 30 de enero de 1995, Sala de lo Penal, ponente Hernández Hernández (BDA, m. RJ 1995\36).
- STS de 30 de noviembre de 1995 (BDA, m. RJ 1995\8330).

- STS de 28 de febrero de 1996, Sala de lo Penal, ponente Porta Luis (BDA, m. RJ 1996\1331).
- STS de 4 de octubre de 1996 (BDA, m. RJ 1996\7051).
- STS de 7 de diciembre de 1996, Sala de lo Penal, ponente Delgado García (BDA, m. RJ 1996\8925).
- STS de 4 de abril de 1997, Sala de lo Penal, ponente Móner Muñoz (BDA, m. RJ 1997\2699).
- STS de 19 de diciembre de 1997, Sala de lo Penal, ponente Martín Pallín (BDA, m. RJ 1997\8749).
- STS de 23 de enero de 1998, Sala de lo Penal, ponente Conde-Pumpido Tourón (BDA, m. RJ 1998\84).
- STS de 8 de abril de 1998 (BDA, m. RJ 1998\4697).
- STS de 25 de mayo de 1998, Sala de lo Penal, ponente Puerta Luis (BDA, m. RJ 1998\4434).
- STS de 23 de junio de 1998, Sala de lo Penal, ponente Martínez-Pereda Rodríguez (BDA, m. RJ 1998\5592).
- STS de 22 de diciembre de 1998, Sala de lo Penal, ponente Montero-Fernández Cid (BDA, m. RJ 1998\2965).
- STS de 12 de febrero de 1999, Sala de lo Penal, ponente García Ancos (BDA, m. RJ 1999\2394).
- STS de 18 de febrero de 1999, Sala de lo Penal, ponente Granados Pérez (BDA, m. RJ 1999\1175).
- STS de 22 de febrero de 1999, Sala de lo Penal, ponente Giménez García (BDA, m. RJ 1999\1178).
- STS de 23 de febrero de 1999 (BDA, m. RJ 1999\1182).
- STS de 26 de febrero de 1999 (BDA, m. RJ 1999\1432).
- STS de 4 de marzo de 1999, Sala de lo Penal, ponente Martínez-Pereda Rodríguez (BDA, m. RJ 1999\1948).

- STS de 9 de marzo de 1999, Sala de lo Penal, ponente Jiménez Villarejo (BDA, m. RJ 1999\1956).
- STS de 29 de marzo de 1999, Sala de lo Penal, ponente Puerta Luis (BDA, m. RJ 1999\3128).
- STS de 6 de abril de 1999 (BDA, m. RJ 1999\2256).
- STS de 6 de abril de 1999, Sala de lo Penal, ponente García Ancos (BDA, m. RJ 1999\3136).
- STS de 12 de abril de 1999, Sala de lo Penal, ponente Ramos Gancedo (BDA, m. RJ 1999\3113).
- STS de 23 de abril de 1999, Sala de lo Penal, ponente García-Calvo y Montiel (BDA, m. RJ 1999\4125).
- STS de 30 de abril de 1999, Sala de lo Penal, ponente García Ancos (BDA, m. RJ 1999\3336).
- STS de 10 de mayo de 1999, Sala de lo Penal, ponente Conde-Pumpido Tourón (BDA, m. RJ 1999\3803).
- STS de 10 de mayo de 1999, Sala de lo Penal, ponente Giménez García (BDA, m. RJ 1999\4970).
- STS de 14 de mayo de 1999, Sala de lo Penal, ponente De Vega Ruiz (BDA, m. RJ 1999\5395).
- STS de 31 de mayo 1999, Sala de lo Penal, ponente Martínez Arrieta (BDA, m. RJ 1999\3568).
- STS de 31 de mayo de 1999, Sala de lo Penal, ponente Móner Muñoz (BDA, m. RJ 1999\5270).
- STS de 9 de junio de 1999, Sala de lo Penal, ponente Jiménez Villarejo (BDA, m. RJ 1999\5422).
- STS de 14 de junio de 1999, Sala de lo Penal, ponente Conde-Pumpido Tourón (BDA, m. RJ 1999\4139).
- STS de 25 de junio de 1999, Sala de lo Penal, ponente Marañón Chávarri (BDA, m. RJ 1999\5989).

- STS de 28 de junio de 1999, Sala de lo Penal, ponente Martínez-Pereda Rodríguez (BDA, m. RJ 1999\6109).
- STS de 28 de junio de 1999, Sala de lo Penal, ponente De Vega Ruiz (BDA, m. RJ 1999\6112).
- STS de 2 de julio de 1999, Sala de lo Penal, ponente Conde-Pumpido Tourón (BDA, m. RJ 1999\5807).
- STS de 17 de septiembre de 1999, Sala de lo Penal, ponente Prego de Oliver (BDA, m. RJ 1999\7191).
- STS (BDA, m. RJ 1999\7384) de 20 de septiembre de 1999, Sala de lo Penal, ponente Martínez-Pereda Rodríguez.
- STS de 8 de octubre de 1999, Sala de lo Penal, ponente Ramos Gancedo (BDA, m. RJ 1999\8118).
- STS de 13 de noviembre de 1999, Sala de lo Penal, ponente Bacigalupo Zapater (BDA, m. RJ 1999\8710).
- STS de 24 de noviembre de 1999, Sala de lo Penal, ponente Martínez Arrieta (BDA, m. RJ 1999\8719).
- STS de 15 de diciembre de 1999, Sala de lo Penal, ponente García Ancos (BDA, m. RJ 1999\9871).
- STS de 28 de diciembre de 1999, Sala de lo Penal, ponente Martínez Arrieta (BDA, m. RJ 1999\9861).
- STS de 12 de enero de 2000 (BDA, m. RJ 2000\7).
- STS de 20 de enero de 2000, Sala de lo Penal, ponente Abad Fernández (BDA, m. RJ 2000\438).
- STS de 10 de febrero de 2000, Sala de lo Penal, ponente Saavedra Ruiz (BDA, m. RJ 2000\1133).
- STS de 28 de enero de 2000, Sala de lo Penal, ponente Prego de Oliver y Tolivar (BDA, m. RJ 2000\724).
- STS de 28 de febrero de 2000, Sala de lo Penal, poente Conde-Pumpido Tourón (BDA, m. RJ 2000\2258).

- STS de 31 de enero de 2000, Sala de lo Penal, ponente García Ancos (BDA, m. RJ 2000\727).
- STS de 9 de marzo de 2000, Sala de lo Penal, ponente Marañón Chávarri (BDA, m. RJ 2000\1184).
- STS de 23 de marzo de 2000, Sala de lo Penal, ponente Jiménez Villarejo (BDA, m. RJ 2000\1482).
- STS de 25 de marzo de 2000, Sala de lo Penal, ponente Jiménez Villarejo (BDA, m. RJ 2000\3479).
- STS de 27 de marzo de 2000, Sala de lo Penal, ponente Sánchez Melgar (BDA, m. RJ 2000\3480).
- STS de 3 de mayo de 2000, Sala de lo Penal, ponente García Ancos (BDA, m. RJ 2000\3448).
- STS de 19 de junio de 2000, Sala de lo Penal, ponente Saavedra Ruiz (BDA, m. RJ 2000\6825).
- STS de 26 de julio de 2000, Sala de lo Penal, ponente Conde-Pumpido Tourón (BDA, m. RJ 2000\7921).
- STS de 26 de septiembre de 2000, Sala de lo Penal, ponente Sánchez Melgar (BDA, m. RJ 2000\10668).
- STS de 10 de octubre de 2000 (BDA, m. RJ 2000\8764).
- STS de 15 de diciembre de 2000, Sala de lo Penal, ponente Calvo Rubio (BDA, m. RJ 2001\763).
- STS de 28 de diciembre de 2000, Sala de lo Penal, ponente Puerta Luis (BDA, m. RJ 2001\257).
- STS de 17 de febrero de 2001 (BDA, m. RJ 2001\4825).
- STS de 5 de marzo de 2001, Sala de lo Penal, ponente Delgado García (BDA, m. RJ 2001\1293).
- STS de 12 de marzo de 2001, Sala de lo Penal, ponente Puerta Luis (BDA, m. RJ 2001\2686).

- STS de 20 de marzo de 2001, Sala de lo Penal, ponente Jiménez Villarejo (BDA, m. RJ 2001\3561).
- STS de 31 de marzo de 2001, Sala de lo Penal, ponente Jiménez Villarejo (BDA, m. RJ 2001\3338).
- STS de 16 de abril de 2001 (BDA, m. RJ 2001\2981).
- STS de 16 de mayo de 2001, Sala de lo Penal, ponente Martínez Arrieta (BDA, m. RJ 2001\5596).
- STS de 13 de junio de 2001, Sala de lo Penal, ponente Abad Fernández (BDA, m. RJ 2001\6442).
- STS de 19 de junio de 2001, Sala de lo Penal, ponente Soriano Soriano (BDA, m. RJ 2001\6565).
- STS de 22 de junio de 2001, Sala de lo Penal, ponente Martín Canivell (BDA, m. RJ 2001\5666).
- STS de 4 de julio de 2001, Sala de lo Penal, ponente García Ancos (BDA, m. RJ 2001\6364).
- STS de 5 de julio de 2001, Sala de lo Penal, ponente Sánchez Melgar (BDA, m. RJ 2001\6365).
- STS de 23 de julio de 2001, Sala de lo Penal, ponente Marañón Chávarri (BDA, m. RJ 2001\9009).
- STS de 15 de octubre de 2001, Sala de lo Penal, ponente Martín Canivell (BDA, m. RJ 2001\9469).
- STS de 19 de octubre de 2001 (BDA, m. RJ 2001\10176).
- STS de 1 de febrero de 2002, Sala de lo Penal, ponente Saavedra Ruiz (BDA, m. RJ 2002\2503).
- STS de 5 de febrero de 2002, Sala de lo Penal, ponente Giménez García (BDA, m. RJ 2002\3395).
- STS de 15 de febrero de 2002, Sala de lo Penal, ponente Saavedra Ruiz (BDA, m. RJ 2002\2603).

- STS de 3 de mayo de 2002, Sala de lo Penal, ponente Bacigalupo Zapater (BDA, m. RJ 2002\4801).
- STS de 11 de junio de 2002, Sala de lo Penal, ponente Colmenero Menéndez de Luarda (BDA, m. RJ 2002\7972).
- STS de 11 de junio de 2002, Sala de lo Penal, ponente Giménez García (BDA, m. RJ 2002\6849).
- STS de 24 de junio de 2002, Sala de lo Penal, ponente Colmenero Menéndez de Luarda (BDA, m. RJ 2002\8422).
- STS de 19 de julio de 2002, Sala de lo Penal, ponente Marañón Chávarri (BDA, m. RJ 2002\8003).
- STS de 10 de octubre de 2002, Sala de lo Penal, ponente Giménez García (BDA, m. RJ 2002\9372).
- STS de 25 de octubre de 2002, Sala de lo Penal, ponente Conde-Pumpido Tourón (BDA, m. RJ 2002\9610).
- STS de 19 de noviembre de 2002, Sala de lo Penal, ponente Martínez Arrieta (BDA, m. RJ 2002\10582).
- STS de 9 de enero de 2003, Sala de lo Penal, ponente García Ancos (BDA, m. RJ 2003\920).
- STS de 29 de enero de 2003, Sala de lo Penal, ponente Conde-Pumpido Tourón (BDA, m. RJ 2003\2019).
- STS de 30 de enero de 2003, Sala de lo Penal, ponente Martínez Arrieta (BDA, m. RJ 2003\982).
- STS de 15 de febrero de 2003, Sala de lo Penal, ponente Martín Pallín (BDA, m. RJ 2003\1164).
- STS de 14 de febrero de 2003, Sala de lo Penal, ponente Delgado García (BDA, m. RJ 2003\2496).
- STS de 26 de febrero de 2003, Sala de lo Penal, ponente Calvo-Rubio (BDA, m. RJ 2003\2895).

- STS de 30 de abril de 2003, Sala de lo Penal, ponente Sánchez Melgar (BDA, m. RJ 2003\4052).
- STS de 26 de junio de 2003, Sala de lo Penal, ponente Colmenero Menéndez de Luarca (BDA, m. RJ 2003\6249).
- STS de 9 de julio de 2003, Sala de lo Penal, ponente Marañón Chávarri (BDA, m. RJ 2003\6897).
- STS de 13 de noviembre de 2003, Sala de lo Penal, ponente Andrés Ibáñez (BDA, m. RJ 2003\8746).
- STS de 9 de diciembre de 2003, Sala de lo Penal, ponente Martín Canivell (BDA, m. RJ 2003\2329).
- STS de 22 de diciembre de 2003, Sala de lo Penal, ponente Giménez García (BDA, m. RJ 2003\9342).
- STS de 17 de marzo de 2004, Sala de lo Penal, ponente Ramos Gancedo (BDA, m. RJ 2004\2809).
- STS de 5 de abril de 2004, Sala de lo Penal, ponente Delgado García (BDA, m. RJ 2004\2975).

3. AUDIENCIA NACIONAL

- SAN de 30 de junio de 2000, Sala de lo Penal, Sección 4ª, ponente Ollero Butler (BDA, m. ARP 2000\1946).

4. TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

- STSJ de Cataluña, de 10 de septiembre de 1997, Sala de lo Civil y lo Penal, ponente Vidal Andreu (BDA, m. ARP 1998\3942).
- STSJ de la Comunidad Valenciana, de 24 de noviembre de 1998, Sala de lo Civil y de lo Penal, ponente Climent Barberá (BDA, m. ARP 1998\5815).
- STSJ de Andalucía, de 21 de septiembre de 2001, Sala de lo Civil y de lo Penal, ponente Gavín Ojeda (BDA, m. JUR 2002\47530).

5. AUDIENCIAS PROVINCIALES

- SAP de Barcelona, de 10 de octubre de 1994, Sección 3ª, ponente Ingelmo Fernández (BDA, m. ARP 1994\300).
- SAP de Sevilla, de 27 de diciembre de 1994, Sección 7ª, ponente Gil Merino (BDA, m. ARP 1994\73).
- SAP de Sevilla, de 10 de enero de 1995, Sección 3ª, ponente Salas Gallego (BDA, m. ARP 1995\10).
- SAP de Badajoz, de 19 de enero de 1995, Sección 1ª, ponente Martínez Montero de Espinoza (BDA, m. ARP 1995\4).
- SAP de Badajoz, de 23 de enero de 1995 (BDA, m. ARP 1995\97).
- SAP de Vizcaya, de 16 de marzo de 1995, Sección 5ª, ponente Oliver Albuerne (BDA, m. ARP 1995\1073).
- SAP de Sevilla, de 23 de marzo de 1995, Sección 1ª, ponente Asencio Cantisán (BDA, m. ARP 1995\1048).
- SAP de Granada, de 14 de diciembre de 1995 (BDA, m. ARP 1995\1422).
- SAP de Granada, de 26 de enero de 1996, Sección 2ª, ponente Bravo Gutiérrez (BDA, m. ARP 1996\16).
- SAP de Córdoba, de 3 de mayo de 1996, Sección 2ª, ponente Berdugo y Gómez de la Torre (BDA, m. ARP 1996\347).
- SAP de Huesca, de 8 de mayo de 1996, ponente Serena Puig (BDA, m. ARP 1996\329).
- SAP de Córdoba, de 23 de mayo de 1996, ponente Martínez Domínguez (BDA, m. ARP 1996\576).
- SAP de Navarra, de 31 de julio de 1996, Sección 2ª, ponente Otero Pedrouzo (BDA, m. ARP 1996\555).
- SAP de Segovia, de 23 de septiembre de 1996, ponente Espejel Jorquera (BDA, m. ARP 1996\698).
- SAP de Sevilla, de 11 de enero de 1997, Sección 1ª, ponente Carmona Ruano (BDA, m. ARP 1997\67).

- SAP de Teruel, de 13 de febrero de 1997, ponente Rivera Blasco (BDA, m. ARP 1997\259).
- SAP de Cádiz, de 21 de febrero de 1997, Sección 3ª, ponente Del Río Guilarte (BDA, m. ARP 1997\218).
- SAP de Teruel, de 21 de marzo de 1997, ponente Rivera Blasco (BDA, m. ARP 1997\378).
- SAP de Burgos, de 16 de mayo de 1997, Sección 1ª, ponente Sancho Fraile (BDA, m. ARP 1997\733).
- SAP de Barcelona, de 16 de mayo de 1997, Sección 5ª, ponente Uría Martínez (BDA, m. ARP 1997\1081).
- SAP de Burgos, de 15 de octubre de 1997, Sección 1ª, ponente Redondo Arguelles (BDA, m. ARP 1997\1650).
- SAP de Jaén, de 29 de enero de 1998, ponente Jurado Cabrera (BDA, m. ARP 1998\259).
- SAP de Asturias, de 6 de febrero de 1998, Sección 3ª, ponente Domínguez Begega (BDA, m. ARP 1998\841).
- SAP de la Rioja, de 2 de marzo de 1998, ponente Mota Bello (BDA, m. ARP 1998\1061).
- SAP de Burgos, de 18 de marzo de 1998, Sección 1ª, ponente Sancho Fraile (BDA, m. ARP 1998\1398).
- SAP de Tenerife, de 17 de abril de 1998, ponente Torres Berriel (BDA, m. ARP 1998\2175).
- SAP de Toledo, de 13 de mayo de 1998, Sección 1ª, ponente Quesada Varea (BDA, m. ARP 1998\2508).
- SAP de Tarragona, de 12 de junio de 1998, Sección 3ª, ponente García Medina (BDA, m. ARP 1998\3433).
- SAP de Jaén, de 15 de junio de 1998, ponente Jurado Cabrera (BDA, m. ARP 1998\2879).

- SAP de Madrid, de 26 de junio de 1998, Sección 1ª, ponente Vieira Morante (BDA, m. ARP 1998\3182).
- SAP de Asturias, de 5 de octubre de 1998, Sección 2ª, ponente Barrio Bernardo-Rua (BDA, m. ARP 1998\4358).
- SAP de Girona, de 2 de noviembre de 1998, Sección 3ª, ponente García Morales (BDA, m. ARP 1998\4422).
- SAP de Castellón, de 20 de noviembre de 1998, ponente Tintoré Loscos (BDA, m. ARP 1998\5741).
- SAP de Madrid, de 11 de junio de 1999, Sección 3ª, ponente Fernández Dozagarat (BDA, m. ARP 1999\2803).
- SAP de Baleares, de 15 de octubre de 1999, Sección 1ª, ponente Terrasa García (BDA, m. ARP 1999\4161).
- SAP de Coruña, de 25 de enero de 2000, Sección 6ª, ponente Sánchez Herrero (BDA, m. ARP 2000\1782).
- SAP de Almería, de 11 de febrero de 2000, Sección 2ª, ponente Jiménez de Cisneros Cid (BDA, m. ARP 2000\1083).
- SAP de Guipúzcoa, de 29 de marzo de 2000, Sección 1ª, ponente Cinto Lapuente (BDA, m. ARP 2000\117).
- SAP de Badajoz, de 11 de mayo de 2000, Sección 2ª, ponente Sánchez Ugena (BDA, m. ARP 2000\812).
- SAP de Barcelona, de 26 de mayo de 2000, Sección 3ª, ponente Ingelmo Fernández (BDA, m. ARP 2000\988).
- SAP de Granada, de 20 de junio de 2000, Sección 1ª, ponente Segura Torres (BDA, m. ARP 2000\2865).
- SAP de Granada, de 4 de julio de 2000, Sección 1ª, ponente Segura Torres (BDA, m. ARP 2000\2867).
- SAP de Teruel, de 6 de septiembre de 2000, Sección única, ponente Ochoa Fernández (BDA, m. ARP 2000\1939).

- SAP de Madrid, de 6 de septiembre de 2000, Sección 16ª, ponente Lamela Díaz (BDA, m. JUR 2000\307448).
- SAP de Asturias, de 18 de septiembre de 2000, Sección 2ª, ponente Lanzas Robles (BDA, m. ARP 2000\2273).
- SAP de Asturias, de 25 de septiembre de 2000, Sección 2ª, ponente Vázquez Llorens (BDA, m. ARP 2000\2444).
- SAP de Jaén, de 3 de noviembre de 2000 (BDA, m. ARP 2000\3175).
- SAP de Córdoba, de 6 de noviembre de 2000, Sección 2ª, ponente Berdugo y Gómez de la Torre (BDA, m. ARP 2000\2446).
- SAP de Toledo, de 8 de enero de 2001 (BDA, m. JUR 2001\81487).
- SAP de Baleares, de 16 de enero de 2001, Sección 2ª, ponente Calderón Susín (BDA, m. ARP 2001\264).
- SAP de Cuenca, de 7 de febrero de 2001, Sección única, ponente Puente Segura (BDA, m. ARP 2001\213).
- SAP de Madrid, de 30 de mayo de 2001 (BDA, m. ARP 2001\732).
- SAP de Madrid, de 8 de julio de 2002, Sección 17ª, ponente Carmena Castrillo (BDA, m. JUR 2002\243718).
- SAP de León, de 24 de septiembre de 2002, Sección 1ª, ponente Álvarez-Sánchez Movellán (BDA, m. JUR 2002\282104).
- SAP de Granada, de 14 de diciembre de 2003, Sección 2ª, ponente Rodríguez Cano (BDA, m. JUR 2003\82473).

JURISPRUDENCIA CHILENA

1. CORTE SUPREMA

- SCS de 7 de mayo de 1913, GT., 1º semestre, N° 282, p. 887.
- SCS de 12 de octubre de 1915, GT., 1915, 2º semestre, tomo 4-5, N° 546, p. 1415.

- SCS de 5 de junio de 1922, GT., 1922, 2º semestre, N° 101, p. 481.
- SCS de 3 de junio de 1932, GT., 1932, 1º semestre, N° 62, p. 201.
- SCS de 18 de abril de 1933, GT., 1933, 1º semestre, N° 53, p. 241.
- SCS de 3 de junio de 1935, GT., 1935, 1º semestre, N° 65, p. 301.
- SCS, 17 de junio de 1936, GT., 1936, 1º semestre, N° 62, p. 267.
- SCS de 25 de mayo de 1937, GT., 1937, 1º semestre, N° 75, p. 312.
- SCS de 7 de mayo de 1938, GT., 1938, 1º semestre, N° 75, p. 345.
- SCS de 1 de septiembre de 1942, RCP, 1943, tomo 6, p. 195.
- SCS de 4 de agosto de 1943, RCP, 1943, tomo 6, p. 444.
- SCS de 7 de agosto de 1943, GT, 1943, 2º semestre, N° 30, p. 130.
- SCS de 25 de septiembre de 1944, GT, 1944, 2º semestre, N° 32, p. 151.
- SCS de 2 de noviembre de 1944, GT, 1944, 2º semestre, N° 37, p. 171.
- SCS de 9 de agosto de 1946, GT, 1946, 2º semestre, N° 48, p. 305.
- SCS de 15 de octubre de 1948, GT, 1948, 2º semestre, N° 60, p. 347.
- SCS de 20 de marzo de 1950, GT, 1950, 1º semestre, N° 43, p. 264.
- SCS de 10 de enero de 1952, RDJC, tomo 49, secc. 4ª, p. 55.
- SCS de 10 de enero de 1952, RDJC, tomo 49, secc. 4ª, p. 56.
- SCS de 9 de septiembre de 1953, RDJC, tomo 50, secc. 4ª, p. 160.
- SCS de 27 de mayo de 1955, RDJC, tomo 52, secc. 4ª, p. 60.
- SCS de 9 de agosto de 1956, RDJC, tomo 53, secc. 4ª, p. 92.
- SCS de 6 de noviembre de 1961, RDJC, tomo 58, secc. 4ª, p. 283.
- SCS de 17 de abril de 1963, RDJC, tomo 60, secc. 4ª, p. 91.
- SCS 6 de mayo de 1963, RDJC, tomo 60, secc. 4ª, p. 202.
- SCS de 4 de septiembre de 1963, RDJC, tomo 60, secc. 4ª, p. 403.
- SCS de 14 de septiembre de 1964, RDJC, tomo 61, secc. 4ª, p. 363.

- SCS de 1 de octubre de 1964, RDJC, tomo 61, secc. 4ª, p. 385.
- SCS de 13 de septiembre de 1966, RDJC, tomo 63, secc. 4ª, p. 245.
- SCS de 14 de octubre de 1966, RDJC, tomo 63, secc. 4ª, p. 291.
- SCS de 27 de abril de 1967, RDJC, tomo 64, secc. 4ª, p. 95.
- SCS de 27 de julio de 1967, RDJC, tomo 64, secc. 4º, p. 161.
- SCS de 26 de octubre de 1967, RDJC, tomo 64, secc. 4ª, p. 302.
- SCS de 27 de octubre de 1967, RDJC, tomo 64, secc. 4º, p. 302.
- SCS de 1 de abril de 1968, RDJC, tomo 65, secc. 4ª, p. 63.
- SCS de 19 de abril de 1972, RDJC, tomo 69, secc. 4ª, p. 31.
- SCS de 20 de junio de 1984, RDJC, tomo 80, secc.4ª, p. 51.
- SCS de 14 de agosto de 1984, RDJC, tomo 81, secc. 4ª, p. 101.
- SCS 13 de septiembre de 1984, FM, N° 310, p. 476.
- SCS de 2 de mayo de 1985, GJ, 1985, N° 59, volumen 1, p. 71.
- SCS de 3 de octubre de 1988, FM, N° 359, p. 178.
- SCS de 13 de noviembre de 1990, RDJC, tomo 87, secc. 4ª, p. 133.
- SCS de 15 de diciembre de 1995, GJ, 1992, N° 150, volumen 2, pp. 69-70.
- SCS de 15 de diciembre de 1992, FM, N° 409, año 1992, p. 949.
- SCS de 15 de junio de 1994, RDJC, tomo. 91, secc. 4ª, p. 75.
- SCS de 20 de diciembre de 1995, GJ, N° 186, p. 92.
- SCS de 3 de agosto de 1999, GJ, 1999, N° 230, volumen 2, pp. 92-110.
- SCS de 27 de marzo de 2002, rol 139-02, BJMP, N° 10, mayo de 2002.
- SCS de 1 de abril de 2002, rol 233-02, BJMP, N° 10, mayo de 2002.

2. CORTES DE APELACIONES

- SCA de Talca, de 12 de mayo de 1910, GT, 1910, 1º Semestre, N° 391, p. 695.

- SCA de Valparaíso, 4 de julio de 1910, GT, 1910, 1º semestre, N° 635, p. 1133.
- SCA de Talca, 11 de julio de 1910, GT, 1910, 2º semestre, N° 761, p. 188.
- SCA de Talca, 7 de enero de 1913, GT, 1913, 1º semestre, tomo 1, N° 59, p. 186.
- SCA de Talca, 26 de junio de 1913, GT, 1913, 1º semestre, tomo 2, N° 463, p. 1533.
- SCA de Talca, 7 de agosto de 1913, GT, 1913, 2º semestre, tomo 3, N° 826, p. 2448.
- SCA de Santiago, 25 de agosto de 1913, GT, 1913, 2º semestre, tomo.3, N° 791, p. 2346.
- SCA de Talca, 8 de mayo de 1914, GT, 1914, 1º semestre, N° 230, p. 636.
- SCA de Tacna, 27 de mayo de 1914, GT, 1914. 1º semestre, tomo 1-2, N° 175, p. 401.
- SCA de Valparaíso, 26 de diciembre de 1919, GT, 1919, 2º semestre, N° 192, p. 791.
- SCA de la Serena, 12 de noviembre de 1938, GT, 1938, 2º semestre, N° 64, p. 279.
- SCA de la Serena, 12 de noviembre de 1938, GT, 1938., 1938, 2º semestre, N° 64, p. 279.
- SCA de La Serena, 28 de junio de 1940, RJD, 1940, p. 181.
- SCA de Santiago, 7 de agosto de 1940, GT, 1940, 2º semestre, N° 96, p. 437.
- SCA de Santiago, 10 de noviembre de 1955, RDJC, tomo. 52, secc. 4ª, p. 114.
- SCA de Santiago, 18 de junio de 1963, RDJC, tomo 60, secc. 4ª, p. 280.
- SCA de Temuco, 11 de septiembre de 1964, RDJC, tomo 61, secc. 4ª, p. 350.
- SCA de Santiago, 8 de abril de 1980, RDJC, tomo. 77, secc. 4ª, p. 46.
- SCA de Santiago, 28 de mayo de 1980, RDJC, tomo 77, secc. 4ª, p. 144.
- SCA de Santiago, 1 de agosto de 1984, GJ, 1984, N° 49, pp. 116-117.

- SCA de Santiago, 12 de marzo de 1986, RDJC, tomo 83, secc. 4ª, p. 13.
- SCA de Santiago, 2 de junio de 1986, RDJC, tomo 83, secc. 4ª, p. 143.
- SCA de Santiago, 19 de junio de 1986, RDJC, tomo 83, secc. 4ª, p. 152.
- SCA de Santiago, 2 de julio de 1987, RDJC, tomo 84, secc. 4ª, p. 98.
- SCA de Santiago, 19 de octubre de 1988, RDJC, tomo 85, secc. 4ª, p. 180.
- SCA de San Miguel, 28 de septiembre de 1989, RDJC, tomo 86, secc. 4ª, p. 142.
- SCA de Santiago, 12 de septiembre de 1990, RDJC, tomo 87, secc. 4ª, p. 137.
- SCA de Punta Arenas, 31 de octubre de 1991, RDJC, tomo 88, secc. 4ª, p. 187.
- SCA de Punta Arenas, 16 de junio de 1993, RDJC, tomo 90, secc. 4ª, p. 157.
- SCA de Santiago, 18 de abril de 1995, GJ, N° 178, p. 133.
- SCA de San Miguel, 22 de septiembre de 1995, RDJC, tomo 92, secc. 4ª, p. 248.
- SCA de San Miguel, 22 de diciembre de 1995, GJ, 1995, N° 183, volumen 3, pp. 121-123.
- SCA de Santiago, de 14 de enero de 1997, GJ, 1997, N° 199, volumen 1, pp. 141-142.
- SCA de Rancagua, 7 de abril de 1997, RDJC, tomo 94, secc. 4ª, pp. 141-161.
- SCA de Temuco, de 17 de julio de 2001, rol 176-2001, BJMP, N° 4, agosto de 2001.
- SCA de Temuco, de 9 de octubre de 2001, rol 367-2001, BJMP, N° 6, octubre de 2001.
- SCA de Temuco, de 6 de noviembre de 2001, rol 401-2001, BJMP, N° 8, diciembre de 2001.
- SCA de Temuco, de 13 de noviembre de 2001, rol 425-2001, BJMP, N° 8, diciembre de 2001.
- SCA de la Serena (2ª Sala), 14 de noviembre de 2001, rol 115 (JG), BJMP, N° 10, mayo de 2002.

- SCA de Temuco, de 26 de diciembre de 2001, rol 559-2001, BJMP, N° 9, marzo de 2002.
- SCA de Copiapó, de 23 de abril de 2002, rol 0102, BJMP, N° 10, mayo de 2002.
- SCA de La Serena, de 20 de septiembre de 2002, rol 302, BJMP, N° 13, noviembre de 2002.
- SCA de Temuco, de 13 de octubre de 2003, rol 323-2003.
- SCA de Copiapó, de 23 de abril de 2004, rol 2-2004, BJMP, N° 19, julio de 2004.
- SCA de la Serena de 8 de abril de 2005, rol 57.
- SCA de la Serena, de 30 de marzo de 2005, rol 50.

3. TRIBUNALES ORALES EN LO PENAL

- STOP de La Serena (1ª Sala), 26 de marzo de 2001, rol interno 1-2001, BJMP, N° 1, mayo de 2001.
- STOP de Temuco (1ª Sala), 5 de abril de 2001, rol interno 1-2001, BJMP, N° 1, mayo de 2001.
- STOP de Angol, 25 de mayo de 2001, rol interno 1-2001, BJMP, N° 2, junio de 2001.
- STOP de Temuco (1ª Sala), 15 de junio de 2001, rol interno 3-2001, BJMP, N° 3, julio de 2001.
- STOP de Ovalle, 28 de julio de 2001, rol interno 2-2001, BJMP, N° 4, agosto de 2001.
- STOP de Temuco (1ª Sala), 25 de enero de 2002, rol interno 21-2001, BJMP, N° 3, julio de 2001.
- STOP de Temuco (1ª Sala), 28 de marzo de 2002, rol interno 8-2002, BJMP, N° 10, mayo de 2002.
- STOP de Antofagasta, 20 de abril de 2002, rol interno 3-2002, BJMP, N° 12, septiembre de 2002.

- STOP de Ovalle, 25 de mayo de 2002, rol interno 11-2002, BJMP, N° 11, julio de 2002.
- STOP de Ovalle, 8 de junio de 2002, rol interno 12-2002, BJMP, N° 11, julio de 2002.
- STOP de Ovalle, 25 de junio de 2002, rol interno 14-2002.
- STOP de Temuco (1ª Sala), 5 de julio de 2002, rol interno 23-2002, BJMP, N° 12, septiembre de 2002.
- STOP de Ovalle, 9 de agosto de 2002, rol interno 21-2002, BJMP, N° 13, noviembre de 2002.
- STOP de Antofagasta, 16 de noviembre de 2002, rol interno 44-2002, BLN.
- STOP de Antofagasta, de 20 de mayo de 2003, rol interno 30-2003, BJMP, N° 16, octubre de 2003.
- STOP de Antofagasta, de 10 de agosto de 2003, rol interno 70-2003, BLN.
- STOP de Copiapó, de 27 de octubre de 2003, rol interno de 52-2003, BLN.
- STOP de Copiapó (1ª Sala), 23 de diciembre de 2003, rol interno 66-2003, BJMP, N° 19, julio de 2004.
- STOP de Antofagasta, 17 de septiembre de 2004, rol interno 93-2004, BLN.
- STOP de Ovalle, 25 de septiembre de 2004, rol interno 51-2004.
- STOP de Ovalle, de 20 de mayo de 2005, rol interno 34-2005.

4. JUZGADOS DE GARANTÍAS

- SJG de Villarrica, de 7 de agosto de 2001, rol interno 193-2001, BJMP, N° 5, septiembre de 2001.
- SJG de Temuco, de 6 de septiembre de 2001, rol interno 3664-2001, BJMP, N° 5, septiembre de 2001.
- SJG de Loncoche, de 11 de septiembre de 2001, rol interno 77-2001, BJMP, N° 7, noviembre de 2001.

- SJG de la Serena, 26 de septiembre de 2001, rol interno 175-2001, BJMP, N° 10, mayo de 2002.
- SJG de Temuco, de 23 de octubre de 2001, rol interno 1168-2001, BJMP, N° 7, noviembre de 2001.
- SJG de Villarrica, de 22 de noviembre de 2001, rol interno 194-2001, BJMP, N° 9, marzo de 2002.
- SJG de Nueva Imperial, 5 de febrero de 2002, BJMP, N° 10, mayo de 2002.
- SJG de Loncoche, de 22 de abril de 2002, rol interno 764-2001, BJMP, N° 12, septiembre de 2002.
- SJG de Temuco, de 18 de junio de 2002, rol interno 3615-2001.
- SJG de Carahue, de 19 de junio de 2002, BJMP, N° 12, septiembre de 2002.
- SJG de Temuco, de 27 de junio de 2002, rol interno 4641-2001, BJMP, N° 12, septiembre de 2002.
- SJG de la Serena, de 4 de julio de 2002, rol interno 197-2002, BJMP, N° 13, noviembre de 2002.
- SJG de Constitución, de 13 de septiembre de 2002, rol interno 9-2002, BJMP, N° 13, noviembre de 2002.
- SJG de Coquimbo, de 27 de septiembre de 2002, rol interno 178-2001, BJMP, N° 13, noviembre de 2002.
- SJG de Iquique, de 7 de febrero de 2003, rol interno 39-2003, BJMP, N° 14, marzo de 2003.

5. JUZGADOS MIXTOS

- Sentencia del Juzgado Mixto de Purén, 9 de agosto de 2001, rol interno 166-E (y otras), BJMP, N° 5, septiembre de 2001.
- Sentencia del Juzgado Mixto de Purén, de 21 de agosto de 2001, rol interno 176-E, BJMP, N° 5, septiembre de 2001.

- Sentencia del Juzgado Mixto de Taltal, de 23 de febrero de 2002, rol interno 75-2001, BJMP, N° 10, marzo de 2002.
- Sentencia del Juzgado Mixto de Taltal, de 23 de marzo de 2002, rol interno 109-2002, BJMP, N° 12, septiembre de 2002.