

UNIVERSIDAD DE LA LAGUNA

Correlación entre acusación y sentencia penal

Autor: González Navarro, Alicia

Director: Tomás López-Fragoso Álvarez

Departamento de Derecho Internacional y Procesal

ÍNDICE

	Páginas
ABREVIATURAS	6
INTRODUCCIÓN	8
CAPITULO I: El objeto del proceso penal	17
1. Cuestiones previas.....	17
1.1. Importancia del tema.....	17
1.2. El concepto de hecho en sentido jurídico-material y en sentido jurídico-procesal. Diferencias y analogías.....	21
1.3. La pretensión punitiva como objeto del proceso penal.....	23
2. Elementos que conforman el objeto del proceso penal.....	26
2.1. Elemento subjetivo.....	27
2.1.1. Parte acusadora.....	27
2.1.2. Parte acusada.....	30
2.2. Elementos objetivos.....	32
2.2.1. El hecho por el que se procede. Diversas teorías sobre la determinación del hecho.....	33
2.2.1.1. Teoría natural del hecho.....	34
2.2.1.2. Teorías normativas del hecho.....	36
2.2.1.2.1. Teorías normativas relativas a la actividad típica.....	39
2.2.1.2.2. Teorías normativas relativas al bien jurídico protegido	41
2.2.2. La calificación jurídica de los hechos.....	47
2.2.3. La petición de pena.....	55
3. Configuración dinámica del objeto del proceso penal.....	60
3.1. Actos de iniciación del proceso: la denuncia y la querrela.....	62
3.2. El auto de procesamiento.....	65
3.3. El auto de conclusión del sumario.....	71
3.4. Los escritos de calificación provisional o de acusación y defensa....	75
3.5. El auto de apertura del juicio oral.....	82
3.6. Conclusiones definitivas.....	84
4. Objeto eventual del proceso penal: la pretensión civil acumulada.....	90
4.1. Algunas generalidades. Ventajas e inconvenientes de la acumulación.....	90
4.2. Principios por los que se rige el tratamiento de la pretensión civil acumulada al proceso penal.....	97

CAPITULO II: El principio acusatorio.....	102
1. Cuestiones previas.....	102
1.1. Estado actual de confusión en relación con el principio acusatorio.....	102
1.2. Posible origen de este estado de confusión.....	106
1.2.1. El sistema o proceso acusatorio. Distinción frente al principio acusatorio.....	106
1.2.2. Imposibilidad de trasplantar con carácter absoluto los conceptos del proceso civil al proceso penal.....	117
1.2.3. La supuesta vigencia del principio acusatorio en la fase de instrucción del proceso penal.....	121
1.2.3.1. ¿Atribución de la investigación al Ministerio Fiscal o al Juez de Instrucción?.....	126
1.2.3.2. Las medidas cautelares y el principio acusatorio. Especial referencia al caso de la prisión provisional.....	131
1.2.4. Correlación entre acusación y sentencia. Las dos vertientes de la correlación.....	137
1.2.5. El (verdadero) fundamento del principio acusatorio. Su consagración constitucional.....	140
2. El (verdadero) alcance del principio acusatorio. Las exigencias que implica.....	144
2.1. Delimitación positiva.....	145
2.1.1. ¿Atribución de las fases de instrucción y de juicio oral a órganos jurisdiccionales distintos?.....	145
2.1.2. Separación de las funciones acusadora y de enjuiciamiento.....	156
2.1.3. Correlación entre acusación y sentencia. Vinculación del órgano jurisdiccional al objeto (normativo) del proceso. Una propuesta terminológica.....	163
2.1.4. Iniciativa probatoria del órgano jurisdiccional en el orden penal.....	167
2.1.5. Prohibición de <i>reformatio in peius</i>	186
2.2. Delimitación negativa: distinción respecto del derecho de defensa (remisión).....	198

CAPÍTULO III: Análisis de la garantía de la correlación entre acusación y sentencia en el proceso penal español..... 199

Planteamiento: el principio acusatorio y la garantía de la correlación entre acusación y sentencia en el proceso penal español.....	199
1. Especial referencia al juicio de faltas (remisión parcial).....	199
2. Correlación entre acusación y sentencia. Problemas que se plantean en nuestro proceso penal.....	203
2.1. Formulación de nuevas calificaciones jurídicas por el órgano jurisdiccional.....	204
2.1.1. La formulación de nuevas calificaciones jurídicas por el órgano jurisdiccional en el proceso ordinario por delitos graves.....	208
2.1.1.1. Apreciación de oficio de circunstancias agravantes.....	211
2.1.1.2. Apreciación de oficio de circunstancias eximentes y atenuantes.....	217
2.1.1.3. Apreciación de oficio de nuevas formas de participación. Especial referencia al encubrimiento.....	225
2.1.1.4. Tentativa / frustración y consumación. Apreciación de distintos grados de ejecución.....	233
2.1.1.5. Apreciación de dolo o imprudencia.....	240
2.1.1.6. Concurso de delitos. Especial referencia al delito que concurre con otro permanente y al delito complejo.....	242
2.1.1.7. Delito continuado.....	254
2.1.1.8. Posibilidad de formular calificaciones alternativas.....	262
2.1.2. La formulación de nuevas calificaciones jurídicas por el órgano jurisdiccional en el proceso abreviado.....	264
2.1.3. La formulación de nuevas calificaciones jurídicas por el órgano jurisdiccional en el proceso ante el Tribunal del Jurado.....	271
2.2. Entrada de nuevos hechos en el proceso. Posibilidad de que la acusación se dirija contra nuevas personas.....	278
2.2.1. La entrada de nuevos hechos y la posibilidad de que la acusación se dirija contra nuevas personas en el proceso ordinario por delitos graves.....	280
2.2.2. La entrada de nuevos hechos y la posibilidad de que la acusación se dirija contra nuevas personas en el proceso abreviado.....	284

2.2.3. La entrada de nuevos hechos y la posibilidad de que la acusación se dirija contra nuevas personas en el proceso ante el Tribunal del Jurado.....	285
2.3. La petición de sentencia absolutoria por la(s) parte(s) acusadora(s).....	288
2.4. Conformidad y principio acusatorio.....	295
3. Vías de impugnación ante posibles vulneraciones de la garantía de correlación entre acusación y sentencia.....	300
CONCLUSIONES	307
BIBLIOGRAFÍA	319

ABREVIATURAS

AA.VV.	Varios autores
BGH	Bundesgerichtshof
BGHE	Entscheidung des Bundesgerichtshofs
BverfG	Bundesverfassungsgericht
BverfGE	Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
coord.	coordinado
dir.	dirigido
ed.	edición
GA	Goldammer's Archiv für Strafrecht
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
JuS	Juristische Schulung
JR	Juristische Rundschau
JZ	Juristen Zeitung
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LECr.	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LOTJ	Ley Orgánica del Tribunal del Jurado
marg.	(número) marginal
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
OLG	Oberlandesgericht
p.	página
pp.	páginas
RA	Repertorio de jurisprudencia Aranzadi
RDP	Revista de Derecho Procesal
RDPib.	Revista de Derecho Procesal iberoamericana
RGD	Revista General del Derecho
RGLJ	Revista General de Legislación y Jurisprudencia
RJC	Revista Jurídica de Cataluña
SAN	Sentencia de la Audiencia Nacional
SAP	Sentencia Audiencia Provincial
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozessordnung
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
t.	tomo
vol.	Volumen

ZStW
ZZP

Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
Zeitschrift für Zivilprozessrecht

INTRODUCCIÓN

El tema del principio acusatorio y la correlación entre acusación y sentencia es uno de los que, a mi juicio, más claramente pone de manifiesto el descuido que ha sufrido en otro tiempo¹ el estudio de la ciencia del derecho procesal penal respecto de la del proceso civil², situación esta que, como es sabido, llevó a Carnelutti a calificar a la primera de Cenicienta³.

Muchas de las consecuencias negativas derivadas de esta circunstancia que acaba de enunciarse y que en páginas siguientes tendré ocasión de analizar con profundidad, han sido ya corregidas por la jurisprudencia tanto del Tribunal Supremo como del Tribunal Constitucional, sobre todo a raíz de la entrada en vigor de la Constitución. No obstante, y sin perjuicio de reconocer que, con carácter general, los criterios jurisprudenciales que causaban graves situaciones de indefensión han sido ya objeto de posteriores revisiones, parece que una especie de inercia histórica continúa influyendo de forma negativa sobre la dogmática del Derecho procesal penal, llegándose a lo que, en mi opinión, podría denominarse como un ensanchamiento excesivo de principios como el acusatorio y, en parte como consecuencia de lo anterior, a una mal entendida vinculación del juez penal a las pretensiones de las partes, todo lo cual en algunas ocasiones puede dar lugar a que se desvirtúe aquello que constituye la esencia de principios como el de legalidad, oficialidad o el de necesidad.

¹ Ojalá no peque de optimista al remitirme a otro tiempo, si bien es cierto que por motivos obvios derivados de la reciente aprobación y entrada en vigor de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, todo parece apuntar en nuestro país hacia un nuevo aumento del estudio científico del Derecho procesal civil.

² MORÓN PALOMINO, Manuel, Derecho Procesal Civil (Cuestiones fundamentales), Marcial Pons, Madrid, 1993, p. 56, también hace referencia al mayor estudio que tradicionalmente se ha llevado a cabo sobre el proceso civil en relación con el penal.

³ V. de este autor, "Cenerentola", en Rivista di Diritto Processuale, 1946-1, pp. 73 y ss.

Si bien es cierto que, muy a simple vista, podría llamar la atención el hecho de que un trabajo como éste, que lleva por título *Correlación entre acusación y sentencia*, comience con un primer capítulo sobre el objeto del proceso penal, en seguida podrá advertirse lo lógico de este tratamiento, pues la determinación del objeto procesal penal constituye la clave para poder distinguir con nitidez entre principio acusatorio y derecho de defensa, cuestión esta última que en la actualidad deviene prácticamente imposible si se atiende a la jurisprudencia de nuestros tribunales que se irá analizando a lo largo de todo el trabajo. En este sentido, no se me escapa lo íntimamente relacionadas que están ambas garantías. Además, es cierto que si, tal y como hace nuestra jurisprudencia mayoritaria, se lleva a cabo una interpretación a mi juicio excesivamente extensiva del término *indefensión*, la vulneración del principio acusatorio conduciría siempre y al menos en última instancia, a una conculcación del derecho de defensa, debido a la no concurrencia en el órgano jurisdiccional de la imparcialidad que debe predicarse de él. A pesar de esto, no me parece correcto que la vigencia del principio acusatorio en nuestro ordenamiento se reconduzca únicamente a posibilitar la necesaria contradicción y el derecho –lógicamente previo a aquélla- a ser informado de la acusación.

Sí me parece lógico reconducir tanto este último derecho citado como el principio de contradicción al derecho de defensa, ya que los dos primeros son el medio absolutamente necesario para poder alcanzar el fin que constituye el derecho de defensa. Por el contrario, no creo que pueda ni deba hacerse lo mismo en relación con el principio acusatorio, el cual tiene por objetivo garantizar la imparcialidad del órgano jurisdiccional que va a dictar sentencia en el proceso. Ahora bien, si, llegados a este punto, todavía se quiere dar un paso más, puede llegar a afirmarse que la vulneración del principio acusatorio puede producir la indefensión que deriva del hecho de que el sujeto pasivo del proceso haya sido condenado por un juez parcial,

pero el fin práctico de esta última afirmación se me escapa.

En líneas anteriores se adelantaba ya la íntima relación que, efectivamente, existe entre el principio acusatorio y el derecho de defensa. Tal relación se debe a que, tanto uno como otro, concurren sobre un mismo problema; así, el principio acusatorio garantiza que determinados hechos esenciales, que ya tendremos ocasión de concretar cuáles son, no puedan ser introducidos en el proceso por el órgano competente para el enjuiciamiento. Por lo tanto, desde el momento en que tales hechos esenciales sean traídos al proceso por las partes, ya se puede afirmar con todo rigor que se ha cumplido –al menos desde el punto de vista objetivo– con el principio acusatorio. A pesar de ello, puede que en el supuesto indicado no se estén respetando las exigencias del derecho a ser informado de la acusación y del principio de contradicción, ambos tendentes a posibilitar la defensa. Así sucedería si, concluida la fase probatoria, la parte acusadora introdujese en sus conclusiones definitivas nuevos hechos en relación con los cuales no se dé al acusado posibilidad de defenderse, proponiendo, por ejemplo, nuevas pruebas. Como se puede constatar, en este caso el principio acusatorio queda perfectamente preservado, si bien no podrá afirmarse lo mismo en relación con el derecho a ser informado de la acusación a efectos de poder contradecirla.

Por lo tanto, como se ha visto, tanto el principio acusatorio como el derecho de defensa confluyen sobre los hechos que tengan la consideración de esenciales, que son, en definitiva, aquéllos que integran el objeto del proceso. Pero a partir de aquí, es decir, una vez deja de contemplarse el hecho desde una perspectiva esencial, pierde relevancia el principio acusatorio, conservándose aún el derecho de defensa, por lo que habrá de seguir respetándose el derecho a ser informado de la acusación y el principio de contradicción ante cualquier alteración o integración no esencial de los hechos, aunque aquélla sea de carácter accesorio.

Aquí es precisamente donde cobra toda su importancia el estudio del objeto del proceso, ya que sólo sabiendo por qué elementos está constituido el mismo, se podrá concluir si ante determinada modificación fáctica se ha producido una vulneración del principio acusatorio, del derecho de defensa o, en algunos casos, incluso de ambos a la vez.

Además, no puede perderse de vista que a la hora de determinar el alcance del objeto del proceso, ha de efectuarse una minuciosa labor de ponderación, pues en seguida se comprenderá que si se mantiene, como es el caso en este trabajo, un criterio unitario acerca del objeto del proceso, éste deberá valer no sólo para el estudio del principio acusatorio y la garantía de la correlación entre acusación y sentencia, sino también para determinar cuándo se está ante casos de litispendencia y, más importante aún, de cosa juzgada. Así, cuanto más estricto sea el concepto de objeto del proceso que se defiende, menos posibilidades tendrá el tribunal de introducir alteraciones en relación con el mismo.

Pues bien, esta opción que desde la perspectiva de la garantía de la correlación entre acusación y sentencia podría parecer más garantista, deja de serlo si se observa el problema desde el punto de vista de la sentencia firme y de los efectos de cosa juzgada, pues, si se opta por una concepción tan estricta del objeto del proceso, el sujeto que ya fue absuelto en un primer juicio, tendrá grandes posibilidades de verse acusado nuevamente por los mismos hechos –ahora bajo una calificación jurídica distinta, por ejemplo. Por este motivo, hay que tener un cuidado exquisito a la hora de concluir qué es el objeto del proceso, para lo cual debe efectuarse una labor de ponderación de forma que la solución a que se llegue en relación con el objeto del proceso no desvirtúe ni el alcance del principio acusatorio ni tampoco el de los efectos de cosa juzgada propios de toda sentencia firme.

Para el estudio del objeto del proceso penal que se lleva a cabo en el primer capítulo de este trabajo, se ha acudido a la doctrina española y

dentro de ésta se ha seguido sobre todo a un autor concreto, como es Gómez Orbaneja, pero también en gran medida a los autores alemanes de los cuales proceden originariamente las teorías sobre el objeto del proceso⁴ o, tal y como indican ellos, sobre la *identidad del hecho*.

Si en cualquier estudio que se lleve a cabo cobra interés el análisis de la herramienta de trabajo que ofrece el derecho comparado, en éste, y sin ánimo alguno de mitificar otros ordenamientos extranjeros, reclama la atención de forma especial el análisis del derecho alemán, así como de la doctrina científica del mismo país. Con esto no pretendo estar afirmando nada nuevo, pues ya Gómez Orbaneja, sin aludir a ello expresamente, lo dejó sobradamente claro en sus –desgraciadamente inconclusos- *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*. En dicha obra, como es sabido, el citado Profesor lleva a cabo un magnífico estudio sobre la identificación del hecho como objeto del proceso, para lo cual analiza las teorías de los autores alemanes que por aquel entonces ya habían estudiado el tema⁵. Además, la necesidad de acudir al derecho alemán se justifica en este caso también por la regulación que la Ordenanza procesal penal alemana lleva a cabo sobre los aspectos relacionados con este trabajo, estableciéndose, por lo que al objeto del proceso se refiere, cuál es el alcance del mismo (§ 155 de la *Strafprozessordnung*)⁶.

⁴ Así lo reconoce el propio GÓMEZ ORBANEJA, Emilio, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, t. II, Bosch, Barcelona, 1951, pp. 302y ss.

⁵ Tal y como afirma el propio autor en el Prólogo a la obra de Cortés Domínguez, *La cosa juzgada penal*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1975, p. III, "con meditación y sin dejarme llevar nunca de las 'idées reçues'".

⁶ Esto es lo que sucede en relación con el objeto del proceso, mientras que, por lo que se refiere al principio acusatorio, el ordenamiento procesal penal alemán también establece en qué consiste el mismo, concretamente en el § 151 de la StPO. Con posterioridad, § 265 StPO, también se prevé tanto la posibilidad de alterar las calificaciones jurídicas, como la de modificar o introducir nuevos hechos (§ 266). Ello no obstante, hay que reconocer con CARNELUTTI, Francesco, (cit., por Ortego Pérez y Picó i Junoy, "Ámbito de la discrecionalidad judicial en la determinación de la responsabilidad penal", en *RJC* 1995-3, p. 27), que "[e]s bastante más preferible para un pueblo el tener malas leyes con buenos jueces que no malos jueces con buenas leyes

Con todo, debo adelantar desde ahora que las pretensiones de este trabajo en relación con el estudio del objeto del proceso penal no son en modo alguno innovadoras, tal y como se observará en el correspondiente capítulo. Antes al contrario, partiendo de lo establecido en su día por Gómez Orbaneja, se ha pretendido poner de manifiesto la influencia de lo dicho por este autor sobre la doctrina jurisprudencial del bien jurídico homogéneo o heterogéneo mantenida tanto por el Tribunal Supremo como por el Tribunal Constitucional, pudiendo constatarse asimismo el reflejo de su formulación acerca del objeto del proceso en parte de la regulación introducida en nuestro ordenamiento por la Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre, concretamente en el contenido de lo que hoy constituye el artículo 794.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Sentadas estas bases y a través de un análisis dinámico que atravesará por las distintas fases del proceso, se estudiará en qué momento de aquél queda delimitado con carácter definitivo el objeto del proceso, distinguiendo a tal efecto entre sus elementos objetivo y subjetivo para concluir, como se verá, separándome de la doctrina general sentada en cuanto a este aspecto por el Tribunal Supremo.

[...]. Es el juez, no el legislador quien tiene ante sí al hombre vivo, mientras que el "hombre" del legislador es desgraciadamente una marioneta. Y sólo el contacto con el hombre vivo y verdadero, con sus fuerzas y sus debilidades, con sus alegrías y sus sufrimientos, con su bien y su mal, puede inspirar esa visión suprema que es la intuición de la justicia". Pese a estar totalmente de acuerdo con estas afirmaciones del insigne jurista italiano, parece obvio decir que en ningún caso va a ser perjudicial para un sistema jurídico partir de la base de una regulación técnicamente correcta de la materia de que se trate y, en concreto, por lo que se refiere a la que aquí se estudia, ha de reconocerse que se habría ganado mucho si se hubiera contado con una buena regulación de la materia, ya que, tal y como afirmó GÓMEZ ORBANEJA en el Prólogo a La cosa juzgada penal, cit., p. III, "[I]a equiparación [entre proceso civil y penal] le hizo equivocarse mucho al señor Alonso Martínez, o a la pluma que firmó con ese nombre. Y nos ha hecho errar mucho después a todos nosotros –más habituados a las nociones del proceso civil que a las del penal-. Y en nada se ha errado tanto como en esos temas primordiales: cuál sea el "objeto" de un juicio criminal, cuál la correlación de la acusación y la sentencia,..."

Por ello, para poder tratar en sus justos términos los principios a que ya me he referido y la relativa vinculación del juez penal a las pretensiones de las partes, se plantea la necesidad impostergable de estudiar *qué* constituye exactamente el objeto del proceso penal y *cuándo*, es decir, en qué momento del proceso queda aquél delimitado con carácter definitivo.

Si se atiende a los criterios con arreglo a los cuales Gimeno –partiendo de la división previa en principios del proceso y principios del procedimiento realizada por Montero⁷- clasifica los principios del proceso, hablando, por un lado, de aquéllos que son inherentes a la estructura del proceso, por otro, de los relativos al objeto del proceso –haciendo aquí alusión al principio acusatorio- y, por último, de aquellos principios que se refieren a la introducción o aportación de los hechos en el proceso⁸, podrá

⁷ Introducción al Derecho Procesal. Jurisdicción, acción y proceso, Madrid, 1976, pp. 210 y ss.

⁸ Si bien es cierto que el propio GIMENO, Fundamentos de Derecho Procesal, Civitas, Madrid, 1981, p. 181, precisa que esta clasificación responde a "los meros efectos pedagógicos", cabría que plantearse aquí la posibilidad de incluir el principio acusatorio tanto entre los principios inherentes a la existencia misma del proceso, como entre aquéllos relativos al objeto del proceso penal, sobre todo si se tiene en cuenta lo manifestado por MONTERO, "La garantía procesal penal y el principio acusatorio", en LA LEY 1994-1, pp. 975 y 976, acerca del "denominado proceso inquisitivo". Mantiene este autor que el inquisitivo "no es un verdadero proceso" si como tal entendemos el *actus trium personarum* en el que dos partes comparecen ante un tercero imparcial. Si, como posteriormente habrá ocasión de estudiar, el principio acusatorio hace referencia a la imparcialidad del órgano jurisdiccional –así también MONTERO, ob. cit., p. 979- entonces es lícito concluir que la no vigencia del principio citado, lógicamente, podrá afectar a la garantía de imparcialidad del órgano jurisdiccional y, por lo tanto, según Montero, a la existencia misma del proceso jurisdiccional. En este sentido podría mantenerse la posibilidad de incluir el acusatorio también entre los principios inherentes al proceso, sin la vigencia de los cuales no cabría hablar de proceso jurisdiccional. De forma similar parece expresarse MORENO CATENA, Víctor, Derecho Procesal Penal (con Gimeno Sendra y Cortés Domínguez), Colex, Madrid, 1999, p. 85 y 86, al afirmar que "el primero de los requisitos estructurales que ha de cumplir necesariamente cualquier juez o Tribunal, para poder ser considerado como tal, es el carácter o condición de tercero ajeno al conflicto que ante él planteen las partes procesales demandando su resolución", si bien es cierto que el propio autor en páginas anteriores mantiene que la nota de la independencia del órgano jurisdiccional no es inherente al concepto de juez ni de jurisdicción, sino que constituye una característica específica del Estado constitucional, añadiendo que "si se mantuviera lo contrario habría que convenir en que prácticamente en ninguna época histórica ha habido jueces o jurisdicción dignos

verse con claridad la necesidad práctica de estudiar el objeto del proceso penal para poder concluir qué principios son de aplicación al tema objeto de este estudio y en qué medida.

Obviamente, y como no podía ser de otra forma, a lo largo de este trabajo no se procederá al examen pormenorizado o exhaustivo de cada uno de los principios del proceso penal. Sólo será objeto de un tratamiento en profundidad el principio acusatorio, mientras que a los demás se irá haciendo referencia únicamente en tanto se hallen en relación con el tema central de este trabajo y también en la medida en que hayan podido quedar relativamente desvirtuados debido a las frecuentes interpretaciones que tanto determinada jurisprudencia, como también un sector minoritario de la doctrina han mantenido en relación con algunos preceptos de nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal que ya habrá ocasión de analizar en páginas posteriores.

En este sentido, la doctrina general sentada por el Tribunal Supremo en relación con la interpretación del artículo 733 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y, más concretamente, con la necesidad de que las partes acepten la tesis calificadora propuesta por el tribunal al amparo del trámite previsto en el citado precepto, propician el desvanecimiento de determinados principios informadores del proceso penal, como son el de oficialidad y el de legalidad. Con esta forma de proceder se acaba por aplicar el principio dispositivo al orden jurisdiccional penal, lo cual en mi opinión debe ser objeto de censura.

Por supuesto, no es que el Tribunal Supremo afirme en sus resoluciones que el principio dispositivo halle vigencia en el proceso penal, ni tampoco se dice en ningún momento que los de oficialidad y legalidad se inapliquen. En realidad, nada de ello se manifiesta expresamente, pero sí de

de tal nombre", ob. cit., p. 55, cuestión esta última que parece no tener inconveniente en afirmar MONTERO, ob. y lug. cit.

forma tácita, pues esta difuminación entre proceso civil y penal, en realidad, trae causa de una concepción del principio acusatorio que, a mi juicio, es excesivamente amplia.

Una vez estudiados en el capítulo primero el objeto del proceso penal y en el segundo el verdadero alcance del principio acusatorio, se procederá en último lugar al análisis de la garantía de la correlación entre acusación y sentencia y su vigencia en nuestro proceso penal. Así, se plantearán los problemas que surgen en nuestro ordenamiento procesal penal en relación con la aplicación de aquella garantía, llegando a conclusiones en parte muy distintas a las alcanzadas por la jurisprudencia. Este estudio se realizará teniendo en cuenta, por un lado, aquella *vertiente* de la correlación entre acusación y sentencia cuya vulneración traerá consigo una infracción del derecho de defensa y, por otro lado, aquella otra vertiente que supone un verdadero cambio o ampliación del objeto del proceso y que, debido a ello, es susceptible de atentar contra el principio acusatorio.

Todas estas reflexiones que se han expuesto conducirán finalmente a la necesidad de formular unas conclusiones que, en mi opinión, deberían ser tenidas en cuenta como propuestas de *lege ferenda* de cara a una anunciada y ya urgente reforma global de la justicia penal española, pues, como se estudiará, gran parte de los problemas que se encuentran al tratar este tema de la correlación entre acusación y sentencia tienen su origen en la defectuosa regulación que contiene la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882.

CAPÍTULO I: El objeto del proceso penal

1. Cuestiones previas

Antes de comenzar a estudiar el objeto del proceso penal, es necesario hacer referencia a determinadas cuestiones y conceptos previos con vistas a dejar sentadas algunas de las bases o puntos de partida en que se fundamenta este trabajo.

1.1. Importancia del tema

La determinación del objeto del proceso, además de ser uno de los temas de más enjundia del Derecho procesal penal, constituye una materia de gran importancia no sólo dogmática, como es sabido, sino también con una enorme trascendencia en la práctica de los tribunales, ya que de la conclusión a la que se llegue acerca del objeto del proceso, dependerá la solución que se le dé al problema fundamental que aquí se analiza, a saber: la correlación entre acusación y sentencia. Sin embargo, hay que recordar también que otras instituciones tan fundamentales como son la litispendencia y la cosa juzgada dependen asimismo en gran medida de lo que se entienda por objeto del proceso, ya que la extensión de dichas instituciones alcanzará precisamente hasta donde llegue aquél.

En este sentido, el alcance o contenido del objeto del proceso será el mismo, tanto en relación con la litispendencia, como en relación con la correlación entre acusación y sentencia, y la cosa juzgada. Me adscribo, por lo tanto, a la opinión de aquel sector doctrinal mayoritario que defiende la existencia de un concepto unitario de hecho aplicable a las tres instituciones acabadas de citar⁹.

⁹ GÓMEZ ORBANEJA, Emilio, Comentarios..., cit., pp. 292 y ss.; VÁZQUEZ SOTELO, José-Luis, "El principio acusatorio y su reflejo en el proceso penal español", en Revista Jurídica de Cataluña, 1984-2, p. 128; CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, La cosa juzgada penal, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1975, p. 61. Sin

Otra parece ser, sin embargo, la opinión del legislador en la Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el cual, como ya puso en su día de relieve Gómez Orbaneja¹⁰, parece tener una doble concepción de lo que sea un "hecho justiciable": así, por un lado, y a efectos de litispendencia y de cosa juzgada, habrá de tenerse en cuenta el hecho en sí, sin que haga falta aludir a la calificación jurídica que a tal hecho se le haya dado, mientras que, por otro lado, y en relación con la correlación entre acusación y sentencia, habrá que fijarse en la calificación jurídica del hecho¹¹. Hasta aquí por lo que respecta a la Exposición de Motivos; sin embargo, en la práctica, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, y por lo que se refiere a la problemática de la correlación entre acusación y sentencia, lo que tiene en cuenta son los hechos y no la calificación jurídica de éstos¹², como claramente se deriva de la

embargo, este autor introduce un matiz en su razonamiento, ya que, a pesar de entender que los criterios de identificación del hecho son los mismos en un caso y en otro (p. 61), mantiene que el hecho es distinto para la cosa juzgada y para la correlación, porque esta última se basa en el hecho que resulta del proceso, mientras que la primera se fija en el hecho de la sentencia. En cualquier caso, creo que con este matiz el autor está haciendo referencia a elementos no esenciales del hecho, como ya se tendrá ocasión de estudiar más adelante; ROXIN, Claus, *Strafverfahrensrecht*, 24ª ed., Beck, München, 1995, p. 138, (§ 20, marginal 2). En contra PETERS, Karl, *Strafprozess*, 4ª ed., C.F.Müller, Heidelberg, 1985, p. 280, que mantiene que el concepto de hecho, y por lo tanto también de objeto del proceso, no puede ser el mismo para determinar los efectos que deriven de la litispendencia y aquéllos que lo hagan de la cosa juzgada, debido al carácter dinámico del proceso y, en consecuencia, a la evolución o transformación que sufren los hechos a lo largo del mismo. En este sentido también BETTIOL, Giuseppe, "La correlazione fra accusa e sentenza nel processo penale", en *Scritti Giuridici*, t. I, Cedam, Padova, 1966, p. 222. De gran interés para esta cuestión BGH 29, 297, donde el Tribunal Supremo alemán también mantiene diferentes conceptos de "hecho" según se halle ante la institución de la litispendencia o ante la de la cosa juzgada, justificando tal disparidad de tratamiento por motivos de justicia material. Para más información sobre este tema en la doctrina alemana, v. FEZER, Gerhard, *Strafprozeßrecht II*, Beck, München, 1986, pp. 200 y ss.

¹⁰ Comentarios..., cit., t.II, pp. 287 y 288.

¹¹ GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Eduardo, "La correlación entre acusación y sentencia", en *Estudios de Derecho Procesal*, EUNSA, Pamplona, 1974, p. 521, habla de la casi exacta coincidencia que existe entre la tesis de Bettiol (v. npp. 9) y la de la Exposición de Motivos de la LECr.

¹² A pesar de que la doctrina general mantenida hasta la saciedad por la Sala Segunda se expresa como sigue (v., por no citar más que una, la STS de 4 de mayo de

circunstancia de que, por ejemplo, pase a calificar como coacciones unos hechos que habían sido calificados por la acusación como un delito de detención ilegal¹³.

Creo que no se me escapan las dificultades a las que ha de hacer frente este concepto unitario del objeto del proceso que ha de regir tanto para la litispendencia, como para la correlación entre acusación y sentencia y la cosa juzgada¹⁴. Para tomar conciencia de estos problemas no hay más que ver el supuesto de hecho del que trae causa la sentencia del BGH 29, 288 antes citada: se trata de unos sujetos que, en 1974 uno y en 1976 el otro, son enjuiciados y condenados por los delitos de pertenencia a banda armada del § 129 del *Strafgesetzbuch* en concurso ideal con el de

1990 (RA 3.852), FJ 6º): "De tales elementos (está haciendo referencia a aquéllos que ha de contener el escrito de calificación de la acusación según el art. 650 LECr.) sólo dos tienen eficacia delimitadora del objeto del proceso, y, en consecuencia, capacidad para vincular al juzgador en aras de la necesaria congruencia. Por un lado, el hecho por el que se acusa, [...]. El otro elemento vinculante para el Tribunal es la *calificación jurídica* (la cursiva es nuestra) hecha por la acusación". Seguidamente la sentencia mantiene que "no se puede condenar por un delito distinto [...], salvo supuestos de homogeneidad entre lo solicitado por las acusaciones y lo recogido por el Tribunal, que supongan tal semejanza que impide (*sic*) la posibilidad de indefensión..." Salta así a la vista, en mi opinión, la contradicción en que incurre esta constante jurisprudencia del TS, ya que, por un lado, entiende que la calificación jurídica, junto con los hechos, son los dos únicos elementos del escrito de calificación que "tienen eficacia delimitadora del objeto del proceso" y por lo tanto vinculan al órgano jurisdiccional, y a renglón seguido dice que en casos de homogeneidad, sí se podrá condenar por delito distinto, siempre que no se cause indefensión. Sin perjuicio de lo que más adelante se expondrá (v. *infra*, en este mismo capítulo, 2.2.2), debemos afirmar desde ahora que si la calificación jurídica de verdad delimitase el objeto del proceso, el Tribunal en ningún caso podría desvincularse calificando distintamente, ya que estaría introduciendo un nuevo objeto en el proceso en curso y, por ello, vulnerando el principio acusatorio, sin perjuicio, además, de la más que posible infracción del derecho de defensa que tal modificación podría suponer.

¹³ STS 22 de junio de 1995 (RA: 4.843)

¹⁴ V. ENDRUWEIT, Günter, *Die Wahlfeststellung und die Problematik der Überzeugungsbildung, der Identitätsbestimmung, der Urteilssyllogistik sowie der sozialen und personalen Gleichwertigkeit von Straftaten*, Carl Heymann, Köln-Berlin-Bonn-München, 1973, p. 63. No obstante, hay que tener en cuenta que el gráfico que ofrece el citado autor no debe interpretarse a pies juntillas, pues, como se comprenderá, en tal caso estaríamos ante un tribunal de corte bastante inquisitivo. Se trata sólo de exponer de forma más gráfica un problema que, en última instancia, ha de resolverse por la vía de la ponderación.

falsificación de documentos, de resistencia a la autoridad, y de tenencia ilícita de armas. Sin embargo, no se les acusó entonces por haber participado en los hechos que tuvieron lugar en mayo de 1972, constitutivos de tres asesinatos consumados y seis tentativas de asesinato, los cuales sí son objeto del proceso que ahora nos ocupa. El Tribunal Supremo alemán entiende en su sentencia que estos últimos delitos no han quedado abarcados por el proceso anterior, concretamente por el delito ya enjuiciado de pertenencia a banda armada, ya que, a pesar de que los asesinatos tuvieron lugar antes de que los acusados fuesen condenados en el primer proceso, los hechos constituyen infracciones de mucha mayor gravedad que los que fueron objeto de aquel proceso. Por lo tanto, a pesar de que tales hechos se hallan entre sí en una relación de concurso ideal (debido a la naturaleza de delito permanente que se predica del de pertenencia a banda armada y el *efecto abrazadera* que ejerce sobre los demás), en este caso el Alto Tribunal alemán defiende la existencia de varios hechos en sentido procesal -con lo cual se podrá volver a proceder contra los terroristas con base en los delitos acaecidos en 1972-, justificando su decisión en motivos de justicia material¹⁵. Esta resolución a que se está haciendo referencia ha sido confirmada por el Tribunal Constitucional alemán¹⁶.

Sin embargo y sin perjuicio de un estudio más detallado de este caso que se efectuará en otro lugar¹⁷, soy contraria a estas interpretaciones *ad hoc* de la ley para supuestos concretos de justicia material, a pesar de que problemas sociales tan graves como lo es el terrorismo puedan llevar a querer justificar a toda costa este tipo de decisiones y, en otros casos,

¹⁵ V. para la crítica de esta resolución, SCHLÜCHTER, Ellen, Systematischer Kommentar zur Strafprozeßordnung und zum GVG, Luchterhand, Neuwied, 1995, § 264, marginal 9.

¹⁶ V. BVerfG E 56, 22

¹⁷ V. *infra*, III) 2.1.1.6

incluso la adopción de regulaciones sobre la materia, lo cual todavía puede ser más grave. Supuestos como el comentado están al servicio de lo que se ha venido a llamar *justicia del caso concreto*, pero descuidan principios como el de seguridad jurídica.

1.2. El concepto de hecho en sentido jurídico-material y en sentido jurídico-procesal. Diferencias y analogías

Desde este momento conviene dejar claro que no es lo mismo, al menos en mi opinión, el hecho en sentido jurídico-material, es decir, lo que sea un hecho para el derecho penal, que el hecho considerado desde el punto de vista procesal¹⁸. En este sentido se manifiesta Bettiol al argumentar que "si [para los fines procesales] hubiera de considerarse el hecho como la suma de los elementos materiales necesarios a individualizar un tipo de delito, no cabría hablar de una diversa calificación jurídica del hecho mismo, porque no existen en el Código penal dos tipos de delito idénticos"¹⁹.

Ello no obstante y a pesar de esta no coincidencia, hay que tener en cuenta que, obviamente, el hecho en sentido material y el hecho en sentido procesal presentan algunas analogías que llevan a determinados autores en Alemania a concluir que la independencia existente entre el concepto jurídico-material y el jurídico-procesal de hecho no impide afirmar que los supuestos en que se dé el concurso ideal de delitos, según el § 52 del *Strafgesetzbuch*, constituyen un solo hecho en sentido procesal²⁰. Por el

¹⁸ GÓMEZ ORBANEJA, Comentarios..., cit., t. II, p.291; VÁZQUEZ SOTELO, "El principio...", cit., p. 126. En contra, LA ROCCA, Manlio, Studi sul problema del fatto nel processo penale, Napoli, 1966, p. 34.

¹⁹ La correlazione..., cit., p. 83, cita y traducción de GÓMEZ ORBANEJA, Comentarios..., cit., t. II, p. 291.

²⁰ SCHLÜCHTER, Ellen, Systematischer Kommentar..., cit., § 264, marg. 9, donde la autora mantiene esta tesis (concurso ideal de delitos = un solo hecho en sentido procesal) con carácter absoluto, es decir, sin que quepa excepción alguna. Sí admiten excepciones ROXIN, Strafverfahrensrecht, cit., p. 139, así como el BGH en la ya citada

contrario, en el concurso real de delitos generalmente puede afirmarse que nos hallaremos ante varios hechos en sentido procesal²¹.

Ha sido en el seno de la doctrina alemana donde se ha tendido más al estudio concreto de estas eventuales relaciones existentes entre el concepto de hecho en sentido material y en sentido procesal, mientras que, por lo que se refiere a los autores españoles, y que nosotros sepamos, sólo Gómez Orbaneja²² y Gutiérrez de Cabiedes²³ hacen referencias más específicas a las coincidencias que se puede afirmar existen entre el hecho para el derecho penal y el hecho para el proceso penal. Así, por ejemplo, el primero de los autores citados alude a la figura del concurso ideal de delitos y concluye que "la unidad de la actividad delictiva determina la unidad procesal del hecho"²⁴.

Sin embargo, una vez llegados al momento de afirmar o negar la identidad entre uno y otro concepto de hecho, la ciencia procesal española no entra en lo que podría dar lugar, con ayuda de la ciencia jurídica comparada, a un estudio menos dogmático y más casuístico de este tema. Ello no obstante, ha de reconocerse que, sin perjuicio de otras alusiones

resolución 29, 288. GILLMEISTER, Ferdinand, "Zur normativ-faktischen Bestimmung der strafprozessualen Tat", en NSTZ, 1989, p. 4, donde el autor afirma que "una acción típica no puede ser desdoblada en dos hechos procesales. Lo que ha unido el tipo (un concreto tipo penal), no debe ser separado por el derecho procesal".

²¹ ROXIN, Strafverfahrensrecht, cit., p. 140, admite también la posibilidad de afirmar la existencia de un solo hecho procesal en determinados supuestos de concurso real, poniendo para ello el ejemplo de una persona que causa un accidente y acto seguido se da a la fuga.

²² Comentarios..., cit., t. II, p. 307.

²³ "La correlación...", cit., pp. 529 y ss.

²⁴ En otro orden de cosas, SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, "Evolución histórica y orientaciones modernas del concepto de acción", en Estudios de Derecho Procesal, Ariel, Barcelona, 1969, p. 158, mantiene que "sólo considerando ambos conjuntos de normas (de derecho material y de derecho procesal) como formando parte de un ordenamiento jurídico superior es posible resolver las aparentes antinomias existentes entre ambos".

que se irán haciendo a lo largo de este trabajo²⁵, no creemos que esta dura tarea lleve a un fin demasiado fructífero.

1.3. La pretensión punitiva como objeto del proceso penal

Así como en Alemania la casi unanimidad de la doctrina mantiene que el objeto del proceso penal lo constituyen el hecho objeto de la acusación (o, según algunos autores, del auto de apertura del juicio oral²⁶) y la persona a la que se le imputa tal hecho²⁷, en cambio, en la doctrina española no hay tal acuerdo al efecto. Esta disparidad existente entre las doctrinas de ambos países puede que responda fundamentalmente a dos causas: en primer lugar, al hecho simple, aunque decisivo, de que la *Strafprozessordnung* en sus §§ 155 y 264 establece expresamente cuál es el objeto del proceso, mientras que la Ley de Enjuiciamiento Criminal no lleva a cabo tal definición; y en segundo lugar, la diferencia de criterio

²⁵ V. *infra*, capítulo III) 2.1

²⁶ V. *infra* I) 3.5

²⁷ Las dos únicas excepciones, según mis conocimientos, las constituyen GERLAND, Heinrich, *Der deutsche Strafprozess*, Bensheimer, Mannheim, 1927, p. 10, que sostiene que "el objeto del proceso penal en concreto es la afirmación del deber de penar del Estado"; y BAUMANN, Jürgen, *Derecho Procesal Penal. Conceptos fundamentales y principios procesales*, (trad. española por FINZI), Depalma, Buenos Aires, 1986, p. 271 y ss., que mantiene que "el objeto del proceso es la afirmación de la consecuencia penal (existencia de una pretensión penal estatal) de una situación de hecho determinada (del hecho en el sentido de los §§ 155 y 264)". Este autor fundamenta su opinión en que el hecho histórico concreto no puede constituir el objeto del proceso, debido a que éste, por sí sólo es posible que no sea de relevancia para el derecho penal, y llegado a este punto es cuando introduce la consecuencia jurídica como elemento constitutivo del objeto del proceso penal. Sin embargo, a pesar de que esta conclusión a la que llega Baumann parece en un principio muy lógica, en mi opinión, el autor alemán olvida que no es el hecho "a secas" el que constituye el objeto del proceso, sino, obviamente, el hecho con relevancia jurídico-penal, lo cual no es lo mismo que afirmar que la consecuencia jurídica -la pretensión penal estatal para el autor- pertenece al objeto del proceso. La misma opinión que aquí se mantiene puede encontrarse también en ALMAGRO NOSETE, José, *Derecho procesal*, t. II, Proceso penal, (con Gimeno Sendra, Moreno Catena y Cortés Domínguez), Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, p. 197: "el *hecho puro*, el *hecho desnudo* no existe, es una entelequia". V. también KÜHNE, Hans Heiner, *Strafprozeßlehre*, 2ª ed., Engel, Kehl-Straßburg, 1982, p. 213, que señala el poco eco que ha encontrado la teoría de Baumann que aquí comentamos.

puede deberse también a la distinta organización de las disciplinas procesal y penal en ambos países²⁸.

Así, junto a un sector de la doctrina española que defiende que el objeto del proceso está conformado por la pretensión punitiva²⁹, encontramos también una corriente que niega la existencia de tal pretensión punitiva y, por consiguiente, que ésta pueda constituir el objeto del proceso penal³⁰, así como quien afirma que "el objeto del proceso es la acusación; y contenido de la acusación es la atribución del hecho, y, por tanto, el objeto de la acusación es el hecho atribuido"³¹.

Adelantando el criterio que se defenderá a lo largo de este trabajo en relación con esta cuestión, puede decirse desde ahora que me adscribiré a la opinión de aquellos autores que, aun admitiendo la posibilidad de la existencia de una pretensión penal, consideran que ésta no constituye lo que, según las tesis que aquí se mantendrán, va a ser el objeto del proceso en sentido técnico o, como se verá, normativo³².

²⁸ Conviene recordar aquí que, como es sabido, en Alemania el estudio del Derecho procesal penal se adscribe a la disciplina del Derecho penal, en tanto que el estudio del proceso civil se realiza dentro del Derecho material de carácter privado.

²⁹ GIMENO SENDRA, Vicente, Derecho Procesal Penal, (con Moreno Catena y Cortés Domínguez), Colex, Madrid, 1999, p. 152; ASECIO MELLADO, José María, Principio acusatorio y derecho de defensa en el proceso penal, Trivium, Madrid, 1991, pp. 34 y ss.

³⁰ CORTÉS DOMÍNGUEZ, La cosa juzgada..., cit., pp. 36 y ss.; MONTERO AROCA Juan, "El principio acusatorio. Un intento de aclaración conceptual", en Justicia, 1992-4, p. 782.

³¹ VIADA LÓPEZ-PUIGCERVER, Carlos, "Correlación entre la acusación y la sentencia", en RDP, 1959, p. 434.

³² GÓMEZ COLOMER, Derecho Jurisdiccional, t. III, Proceso Penal, 10ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 106 y 107; DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, La conexión en el proceso penal, Universidad de Navarra, Pamplona, 1972, pp. 22 y ss.; FENECH NAVARRO, Miguel, El proceso penal, Artes gráficas y ediciones, Madrid, 1974, pp. 99 y ss.; ORTELLS RAMOS, Manuel, Derecho Jurisdiccional, t. I, Parte general, (con Montero Aroca), Bosch, Barcelona, 1987, p. 300.

Y ello porque, en mi opinión, parece más conveniente hablar del hecho³³ y de la persona a que se le imputa tal hecho, para hacer referencia al objeto del proceso penal. De esta forma, además de las consecuencias favorables que en la práctica ofrece esta opción, las cuales se irán viendo más adelante, se consiguen salvar -como se ha visto ya en parte- grandes escollos doctrinales, como aquel que viene dado por la conveniencia de contar con la equiparación "hecho-objeto" como materia prima de trabajo, la cual, dentro de su indudable complejidad, sigue siendo más sencilla que la de "pretensión (o acción)-objeto", tanto por la circunstancia relativa a que la primera presenta una perspectiva más gráfica, como por las implicaciones doctrinales que la segunda alternativa trae consigo.

A pesar de decantarme por esta opción, hay que precisar que aun así soy partidaria de la admisibilidad del concepto de pretensión en el proceso penal, el cual, como no podría ser de otra manera, está muy estrechamente vinculado con el de objeto del proceso que aquí se mantendrá. Sin embargo, ambos conceptos no coinciden, ya que, en mi opinión, la pretensión procesal penal abarca al objeto —en su aspecto normativo o estricto que, como se verá es el que aquí interesa-, pero no a la inversa. Por lo tanto, la postura que aquí se mantiene es perfectamente conciliable con las tesis de aquellos autores que defienden la necesidad de elaborar una teoría general del proceso, así como un código procesal de vigencia generalizada, cuyo representante más significativo en nuestro país es Fairén³⁴.

Así, y en aras de un mayor acercamiento a dicha teoría general, podría llegar a concluirse que el objeto del proceso penal *en su sentido*

³³ Sin perjuicio de las concreciones que a lo largo de este capítulo vayan estableciéndose, las cuales, en cierta medida, podemos adelantar desde ahora, a saber: hecho histórico con relevancia jurídico-penal que se le imputa a una persona.

³⁴ "Perfiles en las relaciones entre proceso civil y penal: la teoría general del proceso", en Anuario de Derecho Civil, 1995-1, pp. 51 y ss., entre otras obras en que el autor defiende tal teoría.

amplio –que va más allá del objeto normativo, el cual a efectos del principio acusatorio y de la necesaria correlación entre acusación y sentencia, es el que ahora interesa- viene a coincidir con la pretensión penal³⁵, pero entiéndase bien que no se puede, en mi opinión, establecer esta equiparación de la pretensión penal con el concepto técnico o normativo del objeto del proceso.

2. Elementos que conforman el objeto del proceso penal

Para el desarrollo de este apartado se plantea la conveniencia de volver a insistir de nuevo sobre la diferenciación entre el objeto del proceso en sentido amplio, por un lado, y en sentido estricto, por otro. Como ya se verá más adelante³⁶, el primero lo conforman tanto los elementos esenciales –o en palabras de Liu³⁷, sustanciales- como los accesorios o meramente adjetivos, mientras que cuando se alude al objeto del proceso en sentido estricto, se está haciendo referencia a aquel núcleo esencial del hecho en el cual sólo tienen cabida sus elementos esenciales, los cuales, puede adelantarse ya, son los únicos que van a vincular de forma absoluta al órgano jurisdiccional. Por este motivo, éstos serán, a mi juicio, los únicos elementos que van a tener relevancia a efectos del principio acusatorio, siempre que éste se entienda en el justo y estricto sentido que a lo largo de este trabajo habrá ocasión de exponer y defender. Esta forma de proceder, delimitando nítidamente qué elementos van a tener carácter vinculante frente al juez, y qué otros carecerán de tal carácter, va a ser la única manera que permita establecer de forma certera los límites existentes entre el principio acusatorio, por un lado, y el derecho a ser informado de la

³⁵ De forma similar parecen expresarse PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, Leonardo y GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Eduardo, Derecho Procesal Penal, 4ª ed., Tecnos, Madrid, 1989, pp. 86-87.

³⁶ V. *infra*, en este mismo capítulo, 2.2.1.2.1

³⁷ LIU, Keetsin, Der Begriff der Identität der Tat im geltenden deutschen Strafprozeßrecht, Schletter, Breslau, 1927, p. 22.

acusación, el principio de contradicción y, en definitiva, el derecho de defensa, por otro.

Tal y como se mantiene de forma mayoritaria en la doctrina, los elementos que constituyen el objeto del proceso son dos: por un lado, el elemento subjetivo, referido a la persona a quien se imputan los hechos, y por otro lado, el elemento objetivo, constituido precisamente por los hechos que han puesto en marcha el proceso. Uno y otro son objeto de estudio a continuación.

2.1. Elemento subjetivo

La determinación del elemento subjetivo del objeto del proceso no va a representar, en principio, mayor problema. Tan esto es así que hay incluso autores que han mantenido la inutilidad de esta división entre elemento objetivo y elemento subjetivo del objeto que suele llevarse a cabo en la doctrina científica, ya que no puede haber identidad en los hechos si no hay identidad del sujeto³⁸, por lo que esta última debería ir incluida en el estudio de la primera.

Sin perjuicio de lo acertada que pueda ser esta idea, en este trabajo, tal y como por lo demás también hace la mayoría de la doctrina, va a llevarse a cabo esta distinción entre ambos elementos, pues creo que de ella sólo puede derivarse una mayor claridad en la exposición del tema objeto de estudio.

2.1.1. Parte acusadora

Como es sabido, y a diferencia de lo que sucede en el ámbito civil, en el proceso penal la exigencia de identidad en el elemento subjetivo a

³⁸ LIU, *Der Begriff der Identität der Tat...*, cit., p. 72; en sentido similar se expresa también CARNELUTTI, *Principii del processo penale*, Morano editore, Napoli, 1960, p. 119.

efectos de litispendencia, correlación entre acusación y sentencia y cosa juzgada, sólo hace referencia a la parte acusada en el proceso, y no a la parte que represente a la acusación. Esta circunstancia deriva de la vigencia en el proceso penal del principio de oficialidad y del carácter público de la acción penal, lo cual es subrayado por la propia Ley de Enjuiciamiento Criminal al proclamar en su artículo 101 que *"la acción penal es pública"* y que *"todos los españoles podrán ejercitarla con arreglo a las prescripciones de la Ley"*³⁹. Por lo tanto, al ser la acción penal de carácter público, podrá ser ejercitada por cualquier persona, haya sido ofendida por el delito o no, circunstancia esta de la cual se derivará el efecto relativo a que ninguna otra persona podrá ejercitar nuevamente acción por los mismos hechos y contra el mismo sujeto, a causa de la vigencia en el proceso penal de las instituciones de la litispendencia y de la cosa juzgada.

Sin embargo, y a pesar de que lo dicho constituye la regla general en el proceso penal, ya que rige tanto en relación con los delitos públicos como semipúblicos (o semiprivados), no debe olvidarse el supuesto representado por los mal llamados delitos privados⁴⁰, los cuales, en cierto modo, representan una excepción a lo que hemos mantenido líneas más arriba⁴¹. Tras la entrada en vigor del nuevo Código Penal de 1995 sólo son delitos privados las injurias y calumnias contra particulares, según el artículo 215.1, inciso 1º del citado cuerpo legal. En estos delitos, como es sabido, es necesaria la interposición de querrela por la persona ofendida o por su representante legal, de manera que el Ministerio Fiscal no está legitimado para el ejercicio de la acción penal, ni tampoco podrá constituirse en parte, una vez se haya hecho ejercicio de la acción. Por lo

³⁹ En este sentido también el art. 125 de la Constitución.

⁴⁰ GÓMEZ ORBANEJA, Comentarios..., cit., t. II, p. 235.

⁴¹ En sintonía con lo aquí expresado, v. MONTERO AROCA, Juan, Principios del proceso penal. Una explicación basada en la razón, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 115, quien afirma que "[l]a situación puede ser algo distinta en los "delitos privados", en cuanto que en ellos la legitimación la tiene únicamente una persona".

tanto, se observa claramente que el ámbito de las personas legitimadas es mucho más restringido⁴².

No obstante, en cuanto a este tema se plantea la siguiente cuestión: imagínese un caso en que una persona, valiéndose de un texto, profiere injurias contra una pluralidad de sujetos. En un principio, solamente uno de ellos decide ejercitar acción penal, se celebra el juicio oral y recae sentencia condenatoria por los hechos que se le imputaban al acusado. Llegados a este punto, uno o varios de los ofendidos por el escrito que no habían presentado querrela inicialmente, deciden hacerlo ahora. Pues bien, en mi opinión, no podrá volver a celebrarse proceso por un hecho que ya ha sido objeto de un proceso anterior y de la consiguiente sentencia. Esta circunstancia se deriva de la vigencia del instituto de la cosa juzgada y del principio *ne bis in idem*, según el cual no se puede proceder dos veces contra una misma persona a causa de los mismos hechos, y ello por mucho que, por otro lado, debamos admitir la semejanza que existe entre el proceso por delito privado y el proceso civil⁴³.

En este sentido y excepción hecha de los procesos por delitos privados, donde, como se ha visto, la identificación de la parte acusadora sí va a tener relevancia⁴⁴, debe llegarse a la conclusión de que, a efectos de la identificación de lo que en líneas anteriores se ha denominado como objeto

⁴² Del mismo parecer, aunque haciendo referencia en concreto a la litispendencia, GIMENO SENDRA, La querrela, cit., p. 235; GÓMEZ COLOMER, Derecho Jurisdiccional, cit., t. III, p. 108; en contra o, al menos, sin tener en cuenta los supuestos de delitos privados en relación con la identidad subjetiva, ASECIO MELLADO, Principio acusatorio..., cit., p. 86, donde mantiene que el dato relativo a la persona del acusador "es totalmente irrelevante a efectos de individualizar el objeto procesal penal".

⁴³ GIMENO, La querrela, cit., p. 235.

⁴⁴ CORTÉS, La cosa juzgada..., cit., pp. 72-73: "la acción penal 'privada' sí que se identifica por el sujeto activo de la misma. O al menos se identifica en mayor grado que en los casos de acción popular".

del proceso *en sentido estricto*, sólo va a tener que prestarse atención a quién sea la persona acusada por el delito⁴⁵.

Ha de reconocerse que del artículo 107 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal parece desprenderse todo lo contrario. Dicho precepto y por lo que respecta al problema que aquí se estudia, hace referencia a la renuncia de la acción penal "*renunciable*", estableciendo que ésta "*no perjudicará más que al renunciante; pudiendo (...) ejercitarla nuevamente los demás a quienes también correspondiere*". Por lo tanto, a pesar de que ha habido renuncia –cuyos efectos equivaldrán a los de una sentencia absolutoria con eficacia de cosa juzgada⁴⁶- los demás ofendidos por el delito podrán ejercer nuevamente *acción para la persecución penal del mismo hecho*, con lo cual se desprende claramente de este precepto que ha de darse también la identidad de la parte acusadora para que pueda afirmarse la existencia de cosa juzgada⁴⁷.

2.1.2. Parte acusada

Por lo que respecta a la persona acusada, ésta sí va a ser un verdadero elemento identificador del objeto del proceso en su sentido estricto. A diferencia de los problemas que se presentarán cuando se proceda a analizar el elemento objetivo o, más concretamente, el hecho

⁴⁵ MORENO CATENA, Víctor, Derecho Procesal Penal, cit., pp. 932 y 933, parece expresarse también en este sentido; MONTERO, "La garantía procesal penal y el principio acusatorio", en LA LEY 1994-1, p. 980.

⁴⁶ GUASP DELGADO, Jaime, Derecho Procesal Civil, t. I, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1961, p. 545; PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, Leonardo, Derecho Procesal Civil, 5ª ed., Tecnos, Madrid, 1989, pp. 235-236.

⁴⁷ En mi opinión, la solución a este problema podría consistir en la supresión definitiva de los denominados delitos privados, pues si al final resulta que el tratamiento que la LECr. va a dar a los mismos es el de asimilar su persecución a los principios que rigen en el proceso civil, entonces creo que lo más conveniente sería dejar de hablar de "delito" y centrar el problema en la protección que el art. 249.1, 2º de nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil brinda al "derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen".

objeto del proceso, la determinación de este elemento subjetivo no va a suponer mayor problema.

En este sentido, no importa que desde un principio no se determine de forma inequívoca quién es el sujeto sobre el cual va a recaer la mera sospecha de la comisión de los hechos supuestamente delictivos. Precisamente éste va a ser uno de los objetivos de la fase de investigación, al término de la cual y si el órgano jurisdiccional efectivamente llega a la conclusión de que existen indicios racionales de criminalidad, dictará auto de procesamiento en el caso del proceso ordinario, o de imputación judicial para el proceso abreviado, ya que, tal y como ha tenido ocasión de mantener el Tribunal Constitucional, nadie podrá ser acusado, sin que anteriormente haya sido declarado imputado por el juez⁴⁸. Esto por lo que respecta a la fase de instrucción, en la cual, como ha mantenido Gómez Orbaneja, el juez instructor procede *in rem*, contra cualquier persona que ofrezca indicios de ser responsable de los hechos por que se procede.

Una vez en la fase de juicio oral las cosas van a ser distintas, ya que aquí se procede *in personam*, lo cual, sin embargo, no significa que a lo largo de la vista no pueda cambiar el nombre u otras circunstancias personales del acusado. Lo que se quiere decir es que, así como durante la instrucción se podía proceder contra una persona abstracta o incierta, en el juicio oral o, más exactamente, a partir del auto de procesamiento la identidad del sujeto pasivo del proceso ha de constar de una forma concreta, y ello, como se ha dicho, con independencia de que a lo largo del juicio oral llegue a constatarse que, por ejemplo, el verdadero nombre de la persona contra quien se procede es otro. Esto que aquí se expone también es aplicable una vez concluido el proceso, es decir, que para los efectos de la cosa juzgada no tiene relevancia ninguna que, una vez recaída sentencia por los hechos enjuiciados, se constate que la persona que fue objeto de

⁴⁸ STC 186/1990, de 15 de noviembre.

enjuiciamiento no se llamaba A, sino B; ello, claro está, siempre y cuando no cambie la identidad física de esa persona, ya que en este supuesto, nos hallaríamos ante un caso de cambio de objeto del proceso o, una vez recaída sentencia, ante un caso en el que cabría recurso, incluso el mal llamado de revisión.

El único problema que se podría plantear en cuanto a este tema de la identificación del elemento subjetivo del objeto del proceso penal sería el que a lo largo del juicio oral se llegase a la conclusión de que la persona contra la cual se ha dirigido la acusación no sea la que en realidad ha cometido los hechos por los que se procede, sino por ejemplo un testigo que se declara culpable durante el proceso, o cualquier otra persona sobre la cual recaiga sospecha. En este caso habrá de dictarse sentencia absolviendo a la persona que en principio había sido acusada, mientras que en relación con el nuevo inculpado habrán de promoverse nuevas diligencias de investigación de los hechos, ya que, como se ha dicho, no podrá ser acusado si previamente no ha sido declarado imputado por el juez de instrucción.

2.2. Elementos objetivos

En este lugar es donde surgen los mayores problemas a la hora de delimitar el objeto del proceso. Y es que, como habrá ocasión de exponer, algunos de los elementos objetivos que van a analizarse conforman la pretensión penal o lo que se ha denominado como objeto del proceso en sentido amplio, mientras que otro de estos elementos objetivos se caracterizará por ser el único que va a constituir el objeto del proceso en sentido estricto.

2.2.1. El hecho por el que se procede. Diversas teorías sobre la determinación del hecho

Éste va a ser, precisamente, el único elemento objetivo de la pretensión penal que va a delimitar el objeto del proceso. Hay que partir, por lo tanto, del elemento objetivo relativo al hecho para poder llegar a establecer lo más nítidamente posible el núcleo esencial del objeto del proceso, del cual, en mi opinión, dependerá el alcance del principio acusatorio.

La determinación de este elemento ofrece una gran dificultad, ya que se trata de establecer un concepto de hecho que rijan con carácter general para todas las constelaciones fácticas que se puedan imaginar. Con el objeto de llevar a cabo esta difícil labor se han formulado en el seno de la doctrina distintas teorías sobre el objeto del proceso penal que paso a estudiar a continuación.

Partiendo de la base aquí defendida, de que el objeto del proceso en su aspecto objetivo, está constituido por el hecho que haya dado lugar al desarrollo del proceso penal, se han elaborado distintas teorías con el fin de averiguar cuál va a ser ese hecho que constituya el objeto del proceso. Los distintos autores que se han ocupado del tema han intentado así dar solución al siguiente interrogante: ¿cuándo se puede afirmar, con carácter general, que se está ante un mismo hecho o, por el contrario, ante dos hechos idénticos? Esta cuestión relativa a la posibilidad de establecer una regla o criterio general que determine cuándo hay identidad de hechos y, consiguientemente, de objeto, ha preocupado durante mucho tiempo a la doctrina procesal, y ello, como ya se ha dicho anteriormente⁴⁹, no sólo por motivos meramente teóricos, sino porque se trata de un problema que,

⁴⁹ V. *supra*, 1.1

como frecuentemente se ha afirmado, "domina en profundidad y extensión toda la teoría general del proceso penal"⁵⁰.

Ello no obstante, ha habido autores que han mantenido la imposibilidad de establecer un criterio general que dé respuesta a este interrogante, afirmando que la concurrencia o no de la identidad habrá de determinarse según las circunstancias del caso concreto que se estudie⁵¹. No me parece que ésta sea la solución más conveniente al problema, sobre todo cuando de tal solución dependen instituciones procesales tan fundamentales como las que ya se han citado, motivo por el cual, a continuación, se van a estudiar las distintas teorías que han surgido acerca del objeto del proceso.

2.2.1.1. Teoría natural del hecho

El hecho que ofrece interés para la delimitación del objeto del proceso no está constituido por un hecho jurídico, es decir, no es aquél que, con carácter general y abstracto, constituya uno de los tipos incluidos en la Parte Especial del Código Penal. Como tantas veces se ha repetido en la doctrina, se trata, por lo tanto, de un *factum*, no de un *crimen*⁵². Es precisamente a la doctrina naturalista a la que corresponde el mérito de haber formulado tal afirmación, la cual hasta este punto constituye una gran aportación a la ciencia del proceso penal. Según esta teoría, sólo se tiene en

⁵⁰ BETTIOL, La correlazione..., cit., p. 39, cit. por GÓMEZ ORBANEJA, Comentarios..., cit., t. II, p. 287.

⁵¹ BORGMANN, Fritz, Die Identität der Tat, Göttingen (tesis doctoral), 1891, p. 205; MANZINI, Vincenzo, Trattato di Diritto Processuale Penale italiano, t. IV, 6ª ed., Unione Tipografico-editrice Torinese, Torino, 1972, p. 398. En contra, LIU, Der Begriff..., cit., pp. 4 y ss.

⁵² GÓMEZ ORBANEJA, Comentarios..., cit., t.II, p. 297. Parcialmente en contra, TIEDEMANN, Klaus, Entwicklungstendenzen der strafprozessualen Rechtskraftlehre, Mohr, Tübingen, 1969, p. 47, donde el autor señala una serie de supuestos (meras contravenciones del derecho penal accesorio, delitos de omisión pura) para los cuales va a ser el delito, y no el hecho, lo que va a constituir el objeto del proceso.

cuenta el hecho en su sentido natural o puramente histórico, por lo que, consiguientemente, se desecha todo tipo de referencias al delito o a la calificación jurídica que se le dé al hecho objeto de enjuiciamiento.

A pesar de que no se puede negar la importancia de haber establecido este criterio, una vez aceptado el mismo, se pueden constatar con facilidad los inconvenientes a que daría lugar la aplicación rigurosa de esta teoría naturalista, ya que, sin ir más lejos, nos encontraríamos ante hechos distintos cuando se descubriese durante el desarrollo de la prueba, por ejemplo, que los hechos que constituyen el objeto del proceso no acontecieron el 4 de agosto de 1996, sino tres días más tarde, o cuando la víctima del delito de lesiones muere mucho más tarde del momento en que ocurrieron los hechos. Ha de recordarse aquí que no se trata de cuestiones de poca importancia, sino que, como ya se ha señalado, tienen gran relevancia práctica, no sólo en el seno del proceso que está teniendo lugar y por la correlación que debe existir entre la acusación y la sentencia, sino también a efectos de otro eventual proceso que pueda iniciarse (litispendencia y cosa juzgada). Por consiguiente, en el ejemplo citado, si se concluyese que por haber acaecido la muerte nos hallamos ante unos hechos distintos, no se podría cambiar la calificación (de lesiones a homicidio) a lo largo del juicio oral, mientras que si la muerte acaece después de haber recaído sentencia, cabría iniciar un nuevo proceso por homicidio⁵³. Saltan a la vista las soluciones inaceptables a las que puede conducir la teoría naturalista –podríamos decir- pura: en el primer supuesto, el deber de cognición exhaustivo por parte del órgano jurisdiccional de aquello que constituya el objeto del proceso queda inexplicablemente limitado, mientras que en el segundo caso, cuando la muerte tiene lugar después de haber recaído sentencia, la posibilidad que brinda la teoría naturalista de volver a conocer la causa, llevaría a unas cotas de

⁵³ GÓMEZ ORBANEJA, Comentarios..., cit., t. II, p. 300.

inseguridad jurídica que no se pueden sostener en un derecho procesal penal que se pretenda moderno.

Por todo ello, este enfoque totalmente natural o histórico de los hechos que conforman el objeto del proceso no me parece convincente⁵⁴.

2.2.1.2. Teorías normativas del hecho

Debido a los resultados insatisfactorios a que, según se ha visto, conduce la perspectiva naturalista, la doctrina alemana, desde finales del siglo XIX⁵⁵, comenzó a acotar el concepto de hecho natural o histórico mantenido hasta ese momento de forma mayoritaria por los autores. Para esta labor se valió de criterios normativos, es decir que, aun partiendo del hecho natural como elemento fundamental para la delimitación del objeto del proceso, los autores defensores de esta corriente normativa, lo que hacen es descomponer el concepto jurídico-sustantivo del hecho en sus distintos elementos para encontrar el criterio que vienen buscando para poder establecer, basándose en aquéllos, una regla de validez general gracias a la cual pueda determinarse cuándo nos hallamos ante dos hechos idénticos, y cuándo ha de negarse tal identidad⁵⁶.

Para poder llegar a dar esta regla de validez general, es necesario partir de la idea del *núcleo esencial del hecho*. Así, cualquier acontecer histórico con relevancia jurídica se caracteriza por tener un núcleo duro o

⁵⁴ JESCHECK, Hans-Heinrich, *Juristen Zeitung*, 1957, p. 30, que tilda la concepción naturalista como "muy vaga y vacía de contenido"; SCHWINGE, "Identität der Tat im Sinne der Strafprozeßordnung", en *ZStW*, t. 52 (1932), pp. 208 y ss; también GILLMEISTER, "Zur normativen...", cit., pp. 2 y 3, coincide en llamar la atención sobre los problemas que presenta la concepción naturalista para explicar el concepto de hecho en el ámbito de los delitos de omisión.

⁵⁵ VON KRIES, August, *Lehrbuch des deutschen Strafprozeßrechts*, Mohr, Freiburg i. Br., 1892, p. 570.

⁵⁶ GÓMEZ ORBANEJA, *Comentarios...*, cit., t.II, p. 301 y ss. ha expuesto magistralmente esta teoría normativa, por lo que, a lo largo de estas líneas, se sigue – como por otro lado ya se habrá podido adivinar- la aportación del citado autor.

esencial, el cual, si es alterado o modificado, habrá de concluirse que no estamos ante el mismo hecho, sino que se trata ya de uno nuevo. En esta línea de pensamiento y partiendo de la tesis introducida por Beling en el seno de la doctrina alemana relativa a que hay que complementar la teoría naturalista por medio de la referencia a los tipos penales contenidos en el Código Penal, Liu lleva a cabo una laboriosa distinción entre lo que él denominó, por un lado, los elementos sustantivos y, por otro, los elementos adjetivos del hecho concreto que se analice⁵⁷. Los primeros son los que, en rigor, constituyen el objeto del proceso, y por lo tanto, será precisamente este núcleo esencial el que *únicamente* tenga relevancia a efectos del principio acusatorio, que es el que debe tenerse en cuenta en estos momentos; pero también será el único relevante en relación con la litispendencia y la cosa juzgada.

Por lo que se refiere a los elementos adjetivos, éstos no delimitan, en el sentido *estricto o técnico* a que se acaba de hacer referencia, el objeto del proceso. Puede decirse, sin embargo, que sí cumplirían la función de integrarlo y, como tal, constituirían lo que se ha denominado en otro lugar de este trabajo el objeto del proceso *en sentido amplio*, el cual, como ya se ha dicho, sí podría ser equiparable con la pretensión penal. Estas circunstancias de carácter adjetivo no van a ser de gran interés por lo que se refiere a la delimitación del principio acusatorio, pero sí habrán de ser observadas en relación con el derecho de defensa, en su vertiente de derecho a conocer la acusación y del principio de contradicción, el cual, recuérdese, es inherente al proceso mismo. Por lo tanto, se ve claramente la gran importancia que ha de atribuírsele a dichos elementos accidentales; sin embargo, no por ello puede olvidarse que no tienen nada que ver con el principio acusatorio, el cual, como ya habrá ocasión de exponer, ha venido

⁵⁷ LIU, Der Begriff..., cit., p. 23 y ss.

a constituir en los últimos tiempos el "cajón de sastre" del derecho procesal penal español.

Solamente cuando a lo largo del juicio oral sean modificados estos elementos que constituyen el núcleo esencial del hecho, podrá afirmarse que ha habido cambio de objeto, el cual, eventualmente, requerirá la incoación de un nuevo proceso. Por lo demás, las alteraciones o modificaciones de elementos de carácter adjetivo sólo requerirán que se le brinde a la parte a que pueda afectar tal modificación la posibilidad de defenderse y de contradecirla, en caso necesario.

Ya se ha dicho anteriormente que, a pesar de que hay que partir de una perspectiva naturalista para poder delimitar el hecho objeto del proceso, también habrá que prestar atención a los elementos normativos de los tipos contenidos en el Código penal, debido a los errores a que, en caso contrario, nos conduciría la teoría naturalista. Pues bien, precisamente estos elementos normativos junto con el hecho histórico o natural del que se ha partido, son los que constituyen el objeto normativo –ese núcleo esencial del que se ha venido hablando- que va a ser el único de interés para la solución de las cuestiones que aquí se plantean.

Así, los elementos normativos en que se ha basado la doctrina para llevar a cabo esta delimitación del hecho en sentido procesal, son dos⁵⁸: en primer lugar (también por lo que se refiere al aspecto cronológico), el elemento referido a la *actividad*, es decir, los actos de ejecución típicos y, en segundo lugar, el contenido material del injusto, o *bien jurídico lesionado*. A continuación se procederá al estudio de estos elementos por separado.

⁵⁸ VON KRIES, August, Lehrbuch..., cit., p. 570.

2.2.1.2.1. Teorías normativas relativas a la actividad típica

Desarrollando la idea de su maestro –Beling- relativa a la necesidad de recurrir a las normas penales de carácter material para poder efectuar correctamente la identificación del hecho, Liu mantiene en su obra que, de todos los elementos normativos que componen un tipo penal, solamente uno de ellos se caracterizará por dominar o sobresalir frente a todos los demás: se trata del *elemento relativo a la actividad*. Tras establecer la clasificación de la cual se ha dado cuenta anteriormente⁵⁹, distinguiendo entre elementos sustantivos y adjetivos, el citado autor solamente le atribuye carácter sustantivo al elemento relativo a la actividad, mientras que todos los demás girarán a su alrededor como meros elementos adjetivos que califican al sustantivo⁶⁰.

Asimismo, Liu distingue entre el ser y el deber ser de la resolución judicial, de manera que el primero, el ser, es aquello que el juez efectivamente decide en su sentencia, aquello que se le ha pedido que resuelva, mientras que el deber ser viene constituido por lo que el autor denomina "objeto normativo", es decir, aquello que el órgano jurisdiccional debió haber decidido. En una resolución pueden coincidir el ser y el deber ser; en estos casos dice Liu que nos hallaremos ante una sentencia perfecta en lo que al objeto y al deber de congruencia del órgano jurisdiccional se refiere. Sin embargo, éste no va a ser siempre el caso⁶¹.

El objeto normativo, según esta teoría, estará constituido por ese núcleo básico o esencial al que ya se ha hecho referencia. Tal núcleo básico

⁵⁹ V. *supra*, 2

⁶⁰ LIU, *Der Begriff...*, cit., pp. 22 y ss.

⁶¹ LIU, *ob. cit.*, pp. 51 y 81, donde el autor, a pesar de partir de la teoría unitaria que se ha estudiado *supra* (I.1.1), habla de una excepción a tal teoría, concretamente cuando la sentencia -el ser de la sentencia- incluye un plus con respecto al deber ser de tal resolución. En este supuesto mantiene que la prohibición del *ne bis in idem* alcanza más allá, es más extensa por lo tanto, que la obligación del órgano jurisdiccional en el proceso anterior de modificar la acusación y extenderla hasta donde alcance el objeto normativo o deber ser de la sentencia.

puede hallarse repetido en otros tipos delictivos que, por esta razón, se denominarán homogéneos, y esto es precisamente lo que hace posible que el órgano jurisdiccional, cumpliendo con su deber –derivado de los principios de legalidad y de oficialidad- de conocer y enjuiciar los hechos que han sido objeto de acusación en toda su extensión, pueda pasar de una calificación jurídica a otra sin que por ello haya alterado el objeto del proceso en este sentido estricto que se está estudiando. Este núcleo esencial constituido por los actos de ejecución típicos de cada delito va a ser el único elemento –junto con el subjetivo relativo a la persona acusada- al que el órgano jurisdiccional va a quedar vinculado verdaderamente o, podría decirse incluso, de forma inmediata. Y éste, en la teoría de Liu, es justamente el elemento sustantivo. Todos los demás elementos a los que se ha atribuido el carácter de adjetivos, sólo vincularían al juez de una forma mediata, es decir, a través de "algo", y ese algo va a ser precisamente el elemento actividad o el hecho en su sentido normativo.

La tesis que se ha sintetizado en párrafos anteriores es sin duda de gran mérito y esencial para el estudio del objeto del proceso. Sin embargo, como también se ha señalado posteriormente por la doctrina, este criterio de la actividad como elemento sustantivo mantenido por Liu no va a ser suficiente en aquellos supuestos en los que el problema se plantee porque, de la prueba practicada en el juicio oral, el órgano jurisdiccional entiende que la parte acusada no ha sido autora, sino que sólo ha participado en la comisión de los hechos; o el caso de que el tribunal entienda que en vez de autoría hay encubrimiento⁶²; como se ha dicho, la teoría de Liu no puede resolver estos casos, motivo este por el cual habrá de ser complementada

⁶² GÓMEZ ORBANEJA, Comentarios..., cit., t. II, p. 305; GUTIÉRREZ DE CABIEDES, "La correlación...", cit., p. 528; BETTIOL, Giuseppe, "Sui rapporti fra contestazione dell'accusa e sentenza: imputazione come autore e condanna come partecipe", en Scritti Giuridici, t. I, pp. 199-201.

con otro elemento más: el del bien jurídico protegido, que pasa a analizarse a continuación.

2.2.1.2.2. Teorías normativas relativas al bien jurídico protegido

Como se ha visto, gracias a un criterio normativo común, concretamente el relativo a la actividad, podemos pasar de un delito o de una calificación jurídica a otra sin que el objeto normativo del proceso sufra modificación alguna. Sin embargo, como ya se ha adelantado en otro lugar, este criterio no puede aplicarse más allá de los supuestos de autoría, ya que desde el momento en que sea necesario pasar, no de una calificación jurídica de los hechos a otra que resulte ser homogénea⁶³, sino por ejemplo de la figura de autor del delito a una forma de participación, como puede ser la de haber sido cómplice para la comisión del mismo delito, los actos de ejecución típicos o el elemento actividad, ya no van a ser los mismos si se comparan los del autor con los de un partícipe o los de un encubridor⁶⁴. No obstante, con respecto a esta última figura citada todavía habrán de hacerse algunas observaciones⁶⁵.

Debido a esta insuficiencia del elemento normativo relativo a la actividad, ha de buscarse un criterio válido que pueda ser aplicado en aquellos casos en los que se pretenda pasar de una forma de participación a otra, así como a la autoría y al encubrimiento. Es necesario encontrar este criterio que sirva como complemento al de la actividad, pues no parece correcto que, abierto el juicio oral contra un sujeto determinado al que se le

⁶³ Aunque esto, como se verá *infra* (III. 2.1.1.3), deberá ser matizado en relación con el encubrimiento.

⁶⁴ Precisamente por el hecho de que LIU, *Der Begriff...*, cit., p. 88, sólo tiene en cuenta el elemento relativo a la actividad afirma que de ninguna manera podrá decirse que haya siempre identidad de objeto cuando se pase de la autoría a una forma de participación o de dicha forma de participación a otra.

⁶⁵ V. *infra*, capítulo III) 2.1.1.3. Como se verá, tales observaciones se justifican fundamentalmente en la circunstancia de que tras el nuevo CP de 1995 el encubrimiento ha pasado a ser un delito autónomo.

acusa de ser autor del delito *x*, haya de dictarse sentencia absolutoria, porque a lo largo de la causa se haya descubierto y probado que el acusado no perpetró tal delito en calidad de autor –sino que sólo participó en la comisión de aquél, por ejemplo, como inductor- y al órgano jurisdiccional no le esté permitido pasar de la autoría a la inducción por exigencias derivadas del principio acusatorio. Y ello por la misma razón por la que tampoco parece justo, por atentatorio contra el *ne bis in idem*, que la persona que ha sido absuelta como autor de unos hechos, concluido el juicio oral y dictada la sentencia absolutoria, vuelva a ser acusada por los mismos hechos, aunque esta vez en calidad de partícipe.

El *iter* que se ha seguido para llegar a la conclusión de que tiene que haber identidad, al menos parcial, en los elementos de ejecución típicos para que se pueda afirmar que nos hallamos ante los mismos hechos, fue el de buscar el elemento común entre los dos conjuntos de hechos o constelaciones fácticas que constituyan el objeto de nuestra comparación⁶⁶. Dichos objetos de comparación estarán contenidos –a los efectos de determinar si existe correlación entre acusación y sentencia-, por un lado, en el escrito de calificaciones provisionales⁶⁷ y por otro, en la sentencia. Pues bien, para resolver los problemas que se plantean ahora relativos a la necesidad de cambiar de la autoría a una forma de participación, de ésta a otra o al encubrimiento, se va a proceder de la misma manera: buscar el nexo común existente, en este caso, entre la ejecución o autoría material de la acción típica y la mera participación en ella.

De esta forma es como llegamos al elemento relativo al bien jurídico protegido o, más concretamente aún, al bien jurídico lesionado. Aunque ya desde el siglo XIX von Kries había propuesto este elemento, junto con el

⁶⁶ GÓMEZ ORBANEJA, Comentarios..., cit., t. II, p. 306

⁶⁷ Sin embargo, según la doctrina general del TS, que por reiteradísima nos excusa de su cita, el elemento de comparación ha de ser el de las conclusiones definitivas.

de la actividad, para abandonar la concepción estrictamente naturalista del hecho⁶⁸, fue Schwinge⁶⁹ el que posteriormente lo desarrolló. Según este último autor, hay que distinguir dos tipos de identidad del hecho: en primer lugar, la que se refiere a aquellos supuestos en que la identidad, total o parcial, de los actos de ejecución del tipo suponen también que haya identidad de hecho o de objeto, y en segundo lugar, un grupo de supuestos entre los que el único elemento común a los dos conjuntos de hechos que se comparan es que la acción se dirige "contra el mismo bien jurídico"⁷⁰. El primer supuesto quedaría cubierto por la teoría que se ha desarrollado en el apartado anterior, mientras que precisamente para el segundo supuesto había que encontrar un criterio que complementase al de la actividad.

En definitiva, se concluye que habrá identidad del hecho:

- 1º) cuando haya al menos identidad parcial entre los actos de ejecución típicos; y
- 2º) en los supuestos en que, no dándose esta primera identidad, sí coincide el elemento relativo al contenido material de lo injusto⁷¹.

Este doble criterio de identificación del hecho que constituye el objeto del proceso penal es, por lo tanto, el único que va a permitir establecer una regla general de identificación. Y ello porque hay que concluir, como ya ha dicho Cortés Domínguez⁷², que mantener "que el hecho queda identificado por la conducta es no decir nada", ya que, sin su resultado, la acción no tiene sentido, lo cual se desprende también de la circunstancia de que el Código Penal, como regla general, castigue resultados y no meras conductas.

⁶⁸ VON KRIES, Lehrbuch..., cit., p. 570

⁶⁹ V. del citado autor, "Identität der Tat...", cit. pp. 203 y ss.

⁷⁰ SCHWINGE, "Identität der Tat...", cit., p. 215

⁷¹ SCHWINGE, "Identität...", cit., p. 236; GÓMEZ ORBANEJA, Comentarios..., cit., pp. 306 y 307; ASECIO MELLADO, Principio acusatorio..., cit., pp. 78 y ss.

⁷² CORTÉS DOMÍNGUEZ, La cosa juzgada..., cit., pp. 59 y 60

Además de combatir uno de los problemas con el que habían de enfrentarse las tesis naturalistas puras, cual es el de la imposibilidad de establecer un criterio general de identificación del hecho objeto del proceso, el doble criterio normativo de identificación que se defiende aquí logra acotar los efectos de la cosa juzgada material en relación con determinados supuestos en los que, de otra forma, el agotamiento de la acción generaría unas consecuencias difícilmente compaginables con el principio de justicia material que ha de perseguir el proceso penal.

En cuanto a la cuestión relativa a si ambas identidades han de concurrir necesariamente de forma conjunta, parece que resulta obvia la respuesta negativa, ya que precisamente se ha tenido que recurrir al criterio de la identidad del bien jurídico lesionado, porque previamente se había constatado que el relativo a la actividad era insuficiente y por lo tanto no solucionaba los supuestos de la participación. Por ello, lo correcto será exigir bien la identidad al menos parcial de la acción típica, o bien la identidad relativa al bien jurídico lesionado, según el caso concreto y sin perjuicio de que, en ocasiones, sí se pueda afirmar la concurrencia de ambas identidades⁷³.

Por lo que se refiere a nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal, hay que distinguir aquí entre el proceso ordinario y el abreviado. En cuanto al primero, el legislador en el artículo 733 se basó en el criterio de la calificación jurídica de los hechos para determinar si se da la garantía de la correlación entre acusación y sentencia. Esto desde el punto de vista de la Ley; sin embargo, en la actualidad y en relación con esta cuestión, no puede dejar de prestarse atención a la importante doctrina jurisprudencial que en relación con esta cuestión han elaborado a lo largo de los años –

⁷³ ASECIO MELLADO, Principio acusatorio..., cit., pp. 79 y 80, donde el autor se plantea la cuestión de forma expresa; sin embargo, también se deduce tal solución de SCHWINGE, "Identität...", cit., p. 236 y de GÓMEZ ORBANEJA, Comentarios..., cit., p. 307

sobre todo durante el período postconstitucional- el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional. Y ello porque, a pesar de que el artículo 733 en relación con el 851.4º no ha sido objeto de ninguna reforma expresa o formal, no es menos cierto que, a través de la jurisprudencia, el citado artículo 733 es aplicado en la práctica de forma sustancialmente distinta de su dicción literal⁷⁴. Precisamente por este motivo puede decirse que en cuanto al proceso ordinario por delitos graves rige la teoría normativa relativa al doble criterio de la actividad y del bien jurídico, a la cual me he adscrito en líneas anteriores⁷⁵.

Pasando ahora a referirme al proceso abreviado introducido por la Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre, aquí no hace falta remitirse a la jurisprudencia para llegar a la conclusión de que el legislador de 1988 introdujo de forma expresa la teoría normativa que estamos defendiendo, concretamente en el artículo 794.3 de la Ley, cuando se hace alusión a que "la sentencia...no podrá condenar por delito distinto cuando éste conlleve una diversidad de *bien jurídico protegido* o *mutación sustancial del hecho enjuiciado*".

Finalmente, en cuanto a la nueva Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, si se observa su Exposición de Motivos, concretamente su apartado V.1. relativo al objeto del veredicto, puede deducirse la asunción por el legislador de la tesis que aquí se defiende⁷⁶.

⁷⁴ GÓMEZ ORBANEJA, Comentarios..., cit., p. 289

⁷⁵ Tanto el TS como el TC siguen una línea jurisprudencial que, teniendo como clave el término de la homogeneidad / heterogeneidad de delitos, parece llevar en sí latente la teoría normativa relativa a la identidad en los actos de ejecución típicos o en el bien jurídico protegido: ATS 2 de octubre de 1996 (RA: 7.042); SSTS 22 de abril de 1996 (RA: 2.893); 29 de septiembre de 1993 (RA: 6.909). SSTC 12/1981, de 10 de abril; 105/1983, de 23 de noviembre; 104/1986, de 17 de julio.

⁷⁶ "...el hecho no se estima concebible desde una reduccionista perspectiva naturalista, sino, precisa y exclusivamente, en cuanto jurídicamente relevante... Privar al Jurado de la toma en consideración de ese inescindible *vínculo entre la configuración del dato histórico y su consecuencia normativa* (la cursiva es nuestra) es, por un lado, inútil, ya que el debate le habrá advertido de la consecuencia de su decisión sobre la

Sólo resta saber la interpretación que los Tribunales hagan del artículo 52.1 de la Ley del Jurado, en cuyo apartado g) se regulan las modificaciones que al Magistrado-Presidente le está permitido introducir después de practicada la prueba. Ello no obstante y vista la línea jurisprudencial seguida en relación con este tema tanto en el proceso ordinario como en el abreviado, todo parece apuntar a que también en el proceso ante el Tribunal del Jurado se vaya a seguir el mismo criterio aquí defendido.

Por lo que respecta al derecho alemán, aquí las cosas son bastante distintas. A pesar de que, como se ha dicho, fue la doctrina de este país la que, partiendo de la teoría naturalista del hecho, introdujo los criterios normativos de identificación del objeto del proceso, la jurisprudencia del *Bundesgerichtshof* ha seguido con carácter general los postulados naturalistas, manteniendo en concreto que el objeto de la sentencia está constituido por el hecho histórico en su conjunto que se contiene en el auto de apertura del juicio oral, incluyendo todas aquellas circunstancias fácticas que, relacionadas con dicho hecho histórico, formen con él una unidad natural, entendida ésta según la *concepción de la vida*⁷⁷. Sin embargo, esta postura mantenida en la jurisprudencia alemana con carácter de regla general empieza a hallar tímidas excepciones a raíz de la sentencia del BGH 32, 215, cuyos postulados, según Roxin, pueden ser reconducidos a una fórmula que contuviese una "combinación entre la teoría de la actividad y la teoría del bien jurídico lesionado"⁷⁸. Esta nueva línea jurisprudencial introducida por el *Bundesgerichtshof* es acogida con

verdad proclamada y no podrá omitir en su decisión la referencia de las consecuencias de su veredicto pretendidamente sólo fáctico" (*sic*).

⁷⁷ Véanse las Sentencias del BGHSt 8, 94 y 95; 13, 321; 35, 82, por no citar más.

⁷⁸ Juristische Rundschau 1984-8, p. 348

entusiasmo por algunos autores en la doctrina alemana⁷⁹, aunque no por su mayoría, la cual parece seguir adscrita al criterio puramente naturalista⁸⁰.

2.2.2. La calificación jurídica de los hechos

Es cierto que al reflexionar por primera vez sobre esta cuestión relativa al carácter vinculante, o no, del elemento constituido por la calificación jurídica, es fácil caer en el error de pensar que es obvio que la calificación jurídica hecha por la acusación ha de vincular al tribunal sentenciador, ya que, como mantiene Gómez Orbaneja, *"a los distintos delitos corresponden distintos supuestos de hecho y por consiguiente distintos actos de ejecución"*⁸¹. A ello debe añadirse también la circunstancia relativa a que, obviamente, el hecho que interesa a efectos del proceso penal es aquél con relevancia jurídico-penal, como ya se ha dicho anteriormente. Ello no obstante, tal afirmación no debe llevar a la confusión acerca de los elementos que constituyen el núcleo esencial del objeto del proceso penal. Y es que, a pesar de que sí es menester reconocer que la calificación jurídico-penal que se dé a los hechos tiene relevancia, por ejemplo, a efectos de la competencia del órgano jurisdiccional, la legitimación, tipo de proceso a incoar, etc., no es menos cierto que dicha calificación no va a tener trascendencia a efectos de delimitar el núcleo esencial del objeto del proceso, ni consiguientemente, del principio acusatorio, siempre que a este principio no se asimile la garantía constitucional relativa al derecho a ser informado de la acusación, que es precisamente lo que sucede de forma generalizada en la jurisprudencia del

⁷⁹ ROXIN, ob. y lug. cit.; WOLTER, Jürgen, "Tatidentität und Tatumgestaltung im Strafprozeß", en Goldammer's Archiv für Strafrecht, 1986, pp. 143 y ss.

⁸⁰ GOLLWITZER, Walter, LR-Großkommentar zur StPO und zum GVG, 24º ed., Walter de Gruyter, Berlin, § 264, marginales 4, 5 y 10

⁸¹ Comentarios..., cit., t. II, p. 291; v. también en este sentido BETTIOL, La correlazione..., cit., p. 83, cit. por GÓMEZ ORBANEJA, Comentarios..., cit., t. II, p. 291.

Tribunal Supremo, donde el principio acusatorio y el derecho de defensa "forma(n) una amalgama", de manera que uno y otro resultan inseparables⁸².

Por lo tanto, y a pesar de estas posibles falsas impresiones que pudieran surgir con ocasión del primer acercamiento a este tema, pronto se llega a la conclusión de que, en rigor, lo único que vincula al órgano jurisdiccional son los hechos que las partes traen al proceso y no la calificación que de ellos se haya hecho en la acusación, debido a la vigencia del principio *iura novit curia* en el proceso.

Como ya ha habido ocasión de comentar⁸³, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha elaborado una doctrina general en relación con aquellos elementos que tienen eficacia delimitadora del objeto del proceso. Según esta doctrina habrá dos elementos del escrito de acusación que van a vincular al tribunal a la hora de dictar sentencia, a saber: el hecho por el que se acusa, y la calificación jurídica hecha por la acusación. Sin embargo, con todo el respeto que me merece la jurisprudencia del Tribunal Supremo, no estoy de acuerdo con la afirmación de que la calificación jurídica de los hechos vincula al órgano jurisdiccional, y ello por mucho que a continuación se establezcan una serie de excepciones en las que el tribunal no se verá obligado a mantener la misma calificación. Concretamente, estas excepciones hacen referencia, por un lado, a supuestos de homogeneidad "que supongan tal semejanza que impida la posibilidad de indefensión", y por otro, a aquellos casos en que el tribunal, haciendo uso de la "facultad" que le atribuye el artículo 733 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se

⁸² MARTÍNEZ ARRIETA, Andrés, La nueva concepción jurisprudencial del principio acusatorio, Comares, Granada, 1994, p. 29

⁸³ V. npp. 14

desvincule de la calificación jurídica que hubiese formulado la parte acusadora en sus conclusiones definitivas⁸⁴.

En mi opinión, tal y como por lo demás se mantiene mayoritariamente en la doctrina⁸⁵, la calificación jurídica no forma parte de ese núcleo esencial del objeto del proceso, y esto es precisamente lo que posibilita que el órgano jurisdiccional, a la hora de dictar sentencia, pueda cambiar la calificación de los hechos que se juzgan, debido también a la vigencia en el proceso de las máximas *iura novit curia* y *daha mihi factum et ego tibi ius*. La necesidad de establecer excepciones como las del carácter homogéneo de los delitos o la de la utilización de la tesis del artículo 733 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para sostener, salvo en estos supuestos acabados de citar, el carácter vinculante de la calificación jurídica, deriva, a mi juicio, de la confusión introducida ya desde el siglo XIX por la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al establecer como criterio de vinculación a efectos de correlación entre acusación y sentencia el de la calificación jurídica y no el del hecho procesal⁸⁶. En realidad, no se trata de que la calificación realizada por la acusación vincule al juez en los supuestos de heterogeneidad de delitos, sino que aquí el fundamento de la vinculación deriva de la circunstancia de que se ha alterado el núcleo esencial del hecho, no de que se haya pasado de una calificación jurídica a otra distinta; y lo mismo sucede con la excepción que se refiere al uso por

⁸⁴ SSTS 16 de mayo de 1995 (RA: 4.484); 4 de mayo de 1990 (RA: 3.852), FJ 6º

⁸⁵ GÓMEZ ORBANEJA, Comentarios..., cit., t. II, pp. 291 y ss; GIMENO, Derecho Procesal Penal, cit., p. 156; CORTÉS DOMÍNGUEZ, La cosa juzgada..., cit, pp. 15 y ss.; ASECIO, Principio acusatorio..., cit., pp. 88 y ss; VERGER GRAU, Joan, La defensa del imputado y el principio acusatorio, Bosch, Barcelona, 1994, p. 112; VÁZQUEZ SOTELO, José-Luis, "El principio acusatorio...", p. 131; ROXIN, Strafverfahrensrecht, cit., p. 141; v. también, aunque en relación con la cosa juzgada, TIEDEMANN, Klaus, Entwicklungstendenzen..., cit., p. 45.

⁸⁶ De esta confusión dan ya cumplida cuenta autores como GÓMEZ ORBANEJA, Comentarios..., cit., t. II, p. 288; VÁZQUEZ SOTELO, "El principio acusatorio...", cit., p. 131.

el tribunal de la facultad del artículo 733, pues si el tribunal tiene que proceder por el trámite previsto en el citado precepto no es para desvincularse de la calificación jurídica, sino solamente para, a través de ello, posibilitar que las partes contradigan la nueva tesis calificadora que se propone⁸⁷.

En este sentido, tampoco creo que la pretendida eficacia vinculante de la calificación jurídica en los casos de heterogeneidad entre el delito por el que calificó la acusación y aquél por el que pretende calificar el órgano jurisdiccional traiga consigo una limitación del principio *iura novit curia*, sino, todo lo más, una constatación de la máxima *daha mihi factum et ego tibi ius*, ya que, como se ha mantenido en líneas anteriores, aquí lo que hay es un cambio en la esencia del hecho, y no una mera modificación de la calificación del mismo.

El órgano jurisdiccional queda sujeto a lo que podría denominarse como deber de exhaustividad (*Kognitionspflicht*), según el cual habrá de examinar el hecho que se le someta a decisión "desde todos los puntos de vista jurídicos" posibles⁸⁸. Por lo tanto, no se trata solamente de una facultad, sino que, dado el caso, el órgano sentenciador, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que le atribuye el artículo 117.3 de la Constitución, se hallará ante el *deber* de calificar los hechos diversamente a como lo había hecho la acusación. Ahora bien, una vez admitida esta facultad o, mejor, deber del órgano jurisdiccional, es necesario que hacer hincapié sobre dos cuestiones:

A) En primer lugar, todas estas modificaciones en la calificación jurídica que lleve a cabo el órgano jurisdiccional habrán de mantenerse siempre en el marco del núcleo esencial del hecho por el cual se procede, ya que éste es el objeto que se ha sometido al juicio del órgano

⁸⁷ En contra, DÍAZ CABIALE, José Antonio, Principios de aportación de parte y acusatorio: la imparcialidad del juez, Comares, Granada, 1996, p. 367

⁸⁸ ROXIN, Strafverfahrensrecht, cit., p. 141

jurisdiccional. Desde el momento en que el hecho inicialmente introducido por las partes en el juicio oral se altere de tal modo que tenga que reconocerse que nos hallamos ante un hecho distinto, o se introduzcan hechos nuevos que por sí solos podrían constituir el objeto de un proceso penal distinto, tales alteraciones o nuevos hechos no podrán ser, obviamente, introducidos en el juicio por el tribunal. De lo contrario se produciría una vulneración del principio acusatorio en la concepción estricta que a lo largo de este trabajo se pretende defender de tal principio. Todo ello además de la también probable infracción de las exigencias que garantiza el derecho de defensa, relativas a la necesidad de ser informado de la acusación y a la posibilidad de contradecirla.

Ante esta situación, y a diferencia de lo que sucede en la *Strafprozessordnung* alemana, la cual prevé en su § 266 la posibilidad de formular un escrito de acusación adicional o *Nachtragsanklage*⁸⁹ ante la entrada de nuevos hechos en el proceso, la única solución que ofrece nuestro ordenamiento es la contenida en el artículo 746.6 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, donde se regula la posibilidad de suspender el juicio oral "cuando revelaciones o retractaciones inesperadas produzcan alteraciones sustanciales en los juicios, haciendo necesarios nuevos elementos de prueba o alguna sumaria instrucción suplementaria". Este precepto es también de aplicación para el proceso abreviado, ya que el

⁸⁹ § 266 [*Acusación adicional*] (I) Si el Ministerio Fiscal extiende en el juicio oral la acusación a otros hechos punibles del acusado, el Tribunal podrá introducirlos en el proceso mediante auto, si son de su competencia y el acusado lo consiente.
(II) La acusación suplementaria podrá formularse oralmente. Su contenido corresponde a lo establecido en el § 200.I. De ella se levantará acta. El Presidente le dará al acusado oportunidad para defenderse.
(III) La vista se interrumpirá cuando el Presidente lo considere necesario, o cuando el acusado lo inste y su solicitud no resulte manifiestamente temeraria ni haya sido formulada para demorar el proceso. El acusado será informado del derecho que le asiste a solicitar la interrupción.

artículo 788.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se remite a él expresamente.

A pesar de las garantías que ofrece la norma contenida en este artículo 746.6 que ahora se comenta, dando la posibilidad no sólo de suspender el juicio oral si se dan los presupuestos para ello, sino también de practicar una sumaria instrucción suplementaria para los nuevos hechos que se vayan a introducir en el proceso como consecuencia de las "revelaciones o retractaciones inesperadas", parece técnicamente más correcta la opción de la *Nachtragsanklage* (acusación suplementaria o adicional) regulada en el § 266 de la *Strafprozessordnung*. Esta regulación por el Derecho alemán de la posibilidad de formular una acusación adicional, la cual, dado el caso, se introducirá en el proceso ya en marcha, parece muy acertada por los siguientes motivos:

Primero, por su elaborada técnica jurídica, al separar nítidamente, entre las exigencias del derecho de defensa y a ser informado de la acusación, por una parte, y las del principio acusatorio, por otra. En este sentido, se puede observar cómo la *Strafprozessordnung* regula, por un lado, en el § 265, la introducción por el órgano jurisdiccional de nuevas calificaciones jurídicas del hecho o de los hechos objeto de enjuiciamiento y de circunstancias agravantes o que justifiquen la imposición de medidas de corrección o de seguridad. Se trata aquí, por lo tanto, de la introducción de elementos accidentales que no afectan al objeto del proceso en sentido estricto o núcleo esencial del hecho⁹⁰. Y por otro lado, concretamente en el

⁹⁰ Una cuestión que se plantea aquí es la de si en virtud de este precepto pueden también introducirse nuevas formas de participación, o el encubrimiento. Por lo que se refiere a las formas de participación, en mi opinión, parece que sí debería admitirse tal introducción a pesar de que no se halle expresamente contemplada en el § 265. Así, KLEINKNECHT/MEYER-GÖBNER, Kommentar zur StPO und zum GVG, 43^a ed., Beck, München, 1997, § 265, marginal 14. En este sentido, cabe preguntarse si esta falta de inclusión de las formas de participación en el § 265 no debería interpretarse como un argumento a favor de que el legislador alemán en la StPO se inclina, dentro del ámbito de la teoría normativa, por aquella que sólo tiene en cuenta como elemento

§ 266 de la Ordenanza alemana, se regula la posibilidad y los presupuestos que han de darse para que el juez, previa formulación de la acusación adicional o *Nachtragsanklage* por el Ministerio Fiscal, incluya nuevos hechos en el proceso, lo cual ya sí va a afectar al núcleo esencial del objeto del proceso. Por ello precisamente, se exige que el Ministerio Fiscal haya formulado la citada acusación adicional, ya que si no el órgano jurisdiccional estaría introduciendo nuevos hechos en el proceso, como consecuencia de lo cual también se estaría vulnerando el principio acusatorio. Por lo que se refiere a la regulación española en relación con este tema de la acusación adicional, a pesar de que la Ley de Enjuiciamiento Criminal no lo exija expresamente ni en el proceso ordinario ni en el abreviado, según la doctrina más autorizada, será necesario que se formule otro escrito de acusación de carácter adicional que contenga el nuevo hecho que se pretenda introducir en el proceso⁹¹. En este punto puede advertirse otra diferencia con respecto al proceso alemán, ya que en éste, y con carácter excepcional, la acusación adicional se formulará oralmente por el Fiscal.

Segundo, y no menos importante motivo, por la exigencia de hacer concurrir el consentimiento del acusado para que los nuevos hechos puedan

normativo aquel relativo a la actividad, con lo cual, como ya se ha visto, no se podría pasar de la autoría a la participación o de cualquier forma de participación a otra sin que con ello se hubiese alterado el objeto normativo del proceso. A pesar de que la duda puede estar justificada, debido a la dicción literal del precepto, entiendo, con el ya citado Kleinknecht, que esta norma ha de ser interpretada de manera que puedan introducirse nuevas formas de participación. Y en cuanto al encubrimiento, no creo que éste pueda ser introducido en el proceso en virtud del § 265, ya que, al igual que lo que sucede en España desde la entrada en vigor del nuevo Código Penal de 1995, se trata de un tipo penal independiente recogido en la Parte Especial del StGB alemán (§ 257, *Begünstigung*), en el cual no se da la identidad, ni siquiera parcial, en los actos de ejecución típicos, ni tampoco la identidad del bien jurídico lesionado, que en este caso estaría constituido, en mi opinión, por el buen funcionamiento de la Administración de Justicia.

⁹¹ GIMENO, Derecho Procesal Penal, cit., p. 167

ser introducidos en el proceso. Tal consentimiento, según tiene declarado el *Bundesgerichtshof*, habrá de ser expreso y unívoco⁹².

Y tercero, por simples motivos de sistemática, parece más apropiado el criterio seguido por la *Strafprozessordnung* al haber reunido los dos supuestos comentados –modificación de elementos de carácter accidental, por un lado y esencial, por otro- en dos párrafos consecutivos, cada uno de los cuales prevé un tratamiento procesal distinto.

B) Y en segundo lugar, de la cuestión que aquí nos planteamos relativa al carácter, en nuestra opinión, no vinculante de la calificación jurídica hecha por la acusación, no debe en ningún caso concluirse que cuando el órgano jurisdiccional, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que tiene encomendada, cambie tal calificación de los hechos no esté obligado a informar a las partes de tales alteraciones. En este sentido, hay que recordar que una cosa es que por el mero cambio de calificación jurídica no se vulnere el principio acusatorio, cuando tal cambio no haya afectado a lo que constituye el núcleo esencial del objeto del proceso, y otra cosa distinta es que tal alteración de los elementos que hemos denominado adjetivos o accesorios no deba ser comunicada a las partes del proceso, en aras del derecho de defensa y, más concretamente, de su faceta relativa al derecho a ser informado de la acusación proclamado en el artículo 24.2 de la Constitución.

En este lugar, y sin perjuicio de otros comentarios que se harán posteriormente en relación con los artículos que seguidamente citamos, parece conveniente advertir el acierto de nuestra Ley de Enjuiciamiento cuando en su artículo 733 hace referencia a que "...el Tribunal desea que *el Fiscal y los defensores del procesado (o los defensores de las partes cuando fuesen varias)*...". Se garantiza de este modo el principio de igualdad de armas, no sólo en relación con la parte acusada, sino también,

⁹² BGH NJW 84, 2172

con respecto a la acusación, ya que el Tribunal ha de dar a conocer su nueva tesis a ambas, las cuales tendrán así posibilidad de contradecir la nueva propuesta de calificación hecha por el órgano jurisdiccional. Sin embargo, no sucede lo mismo en el derecho alemán, donde el § 265 de la *Strafprozessordnung* -que podríamos denominar como el homólogo a nuestro 733- regula el supuesto del cambio de calificación de los hechos⁹³, y en él nada se dice en relación con las partes acusadoras.

2.2.3. La petición de pena

Por lo que se refiere a la petición de pena hecha por las partes, hay que decir aquí que ésta, en ningún caso, vinculará al órgano jurisdiccional. Es obvio que, a pesar de la vigencia del principio *iura novit curia*, el Tribunal habrá de moverse dentro de unos límites a la hora de proceder a la individualización de la pena que se vaya a imponer. Sin embargo, tal y como hemos visto ya⁹⁴ en relación con la calificación jurídica, estos límites dentro de los cuales habrá de sujetarse el órgano jurisdiccional no derivan del carácter vinculante de la solicitud de pena hecha por las partes, ya que, en verdad, no hay tal carácter vinculante, sino que la vinculación deriva del elemento fáctico que han introducido las partes en el proceso⁹⁵.

Podríamos incluso decir, a pesar de que ya hemos mantenido anteriormente el carácter no vinculante de la calificación jurídica, que la pena solicitada por las partes vincula *aún menos* al Tribunal que la

⁹³ § 265 [*Modificación del punto de vista jurídico*] (I) El acusado no podrá ser condenado con base en una ley penal distinta de aquella que figure en la acusación admitida judicialmente, sin que previamente se le hubiere advertido específicamente sobre la modificación del punto de vista jurídico, y se le hubiere dado posibilidad de defenderse" (frente al nuevo punto de vista jurídico, se entiende).

⁹⁴ V. epígrafe anterior.

⁹⁵ Todo lo más podría decirse que, en relación con la solicitud de pena, nos hallamos ante una vinculación impropia o mediata, ya que ésta, en realidad, deriva de los hechos objeto del proceso. Sin embargo, ésta parece ser una afirmación vacía de contenido y sin consecuencias en la práctica, la cual, en definitiva, es la que debe interesarnos.

calificación jurídica propuesta por aquéllas. Y es que si, tal y como ya se ha señalado, el órgano jurisdiccional ha de informar a las partes sobre cualquier cambio de calificación que quiera llevar a cabo, para que éstas, dado el caso, puedan contradecir tal modificación, en cambio, por lo que respecta a la determinación de la pena, ésta corresponderá "a la soberanía directa del Tribunal"⁹⁶. Por lo tanto, el órgano jurisdiccional podrá moverse dentro del marco punitivo señalado al delito por el que se haya acusado, lo cual no solamente no afectará en absoluto al principio acusatorio, sino que tampoco tendrá relevancia a efectos del derecho a ser informado de la acusación, ya que la modificación del *petitum* o petición de pena no es capaz de generar indefensión -repetimos, siempre que el Tribunal se mantenga dentro del marco punitivo asignado al delito⁹⁷ y motive convenientemente su decisión. En este sentido y haciendo referencia a lo que sucede en Alemania en relación con este elemento punitivo, la *Strafprozessordnung* en su § 265 no hace referencia al cambio en la determinación de la pena, y es que esto, en nuestra opinión, no podría ser de otra forma, después de lo que venimos manteniendo⁹⁸.

Sin embargo, por lo que respecta a nuestro país, la regulación no es tan clara, siendo precisamente de esta falta de claridad de donde se ha derivado una equivocada concepción de las garantías que incluye el principio acusatorio. Como sucede a menudo, aquí también es conveniente que distingamos las cuestiones que se plantean en los distintos procesos penales ordinarios existentes en la actualidad en España.

⁹⁶ VÁZQUEZ SOTELO, "El principio acusatorio...", cit., p. 131.

⁹⁷ SERRA DOMÍNGUEZ, "Incongruencia civil y penal", en Estudios de Derecho Procesal, cit., p. 431, donde el autor mantiene que "incluso sin haber hecho uso del artículo 733, el tribunal puede imponer pena mayor de la solicitada por el Ministerio fiscal, siempre dentro de los límites asignados al delito..."

⁹⁸ KLEINKNECHT/MEYER-GÖBNER, StPO..., cit., § 265, marginal 6: "Aquello que, según el § 200 I, inciso 1º, no constituya el contenido necesario del escrito de acusación, no podrá ser tampoco objeto de la advertencia (=Gegenstand des Hinweises, similar al planteamiento de tesis de nuestro art. 733 LECr.). Esto rige, en especial, en relación con las consecuencias jurídicas del hecho".

En el proceso común u ordinario por delitos graves de la Ley de Enjuiciamiento Criminal nos encontramos en cuanto a este tema con dos artículos de gran interés: el 733 y el 851.4º. Como es sabido, el primero de ellos contiene la "*facultad excepcional*" del Tribunal de formular una nueva tesis calificadora de los hechos objeto del proceso. Sin embargo, y sin perjuicio de otros comentarios que se irán haciendo sobre este precepto, esta facultad que regula el artículo 733 hay que ponerla en relación con lo establecido en el artículo 851.4º, el cual establece que "podrá también interponerse el recurso de casación por la misma causa: ...4º Cuando se pene un delito más grave que el que haya sido objeto de la acusación, si el Tribunal no hubiere procedido previamente como determina el artículo 733". Del tenor literal de estos dos preceptos citados⁹⁹, se desprende claramente que el órgano jurisdiccional no queda vinculado por la petición de pena en el sentido estricto o concreto que hayan solicitado las partes, sino que al hablar el artículo 851.4º de "*delito más grave*" se está refiriendo a que el tribunal, a la hora de proceder a la determinación de la pena, podrá recorrer en toda su extensión el marco punitivo que el Código penal asigne al delito, siempre que éste sea el mismo –o al menos no sea de mayor gravedad- que el que figura en la acusación.

Más problemática nos parece la regulación del proceso abreviado en cuanto a esta concreta cuestión. Aquí el artículo 794 determina en su apartado tercero que "la sentencia no podrá imponer pena que exceda de la más grave de las acusaciones,...", por lo que se plantea la duda relativa a qué interpretación habrá de dársele a la expresión "pena que exceda de la más grave de las acusaciones". En un principio, la jurisprudencia del Tribunal Supremo sostuvo la interpretación según la cual el tribunal de

⁹⁹ Como tendremos ocasión de exponer más adelante, hoy día poco tiene que ver el tenor literal del artículo 733 con la interpretación que la jurisprudencia ha llevado a cabo en relación con este precepto. Por eso, en aras de una mayor claridad y sistemática de esta materia sería muy conveniente que se procediese a una reforma de esta cuestión.

instancia, a raíz del artículo 794.3, quedaba vinculado por la pena concreta más grave que solicitasen las partes acusadoras, justificando tal punto de vista en los criterios tradicionales de interpretación: gramatical, lógico y sistemático, además de un criterio que, en nuestra opinión, podríamos denominar como de "*equivocado garantismo*"¹⁰⁰. Por lo que se refiere al primer criterio enunciado, tal y como ha señalado Gimeno¹⁰¹ al comentar esta línea jurisprudencial del Tribunal Supremo, "esta interpretación 'gramatical' nada tiene que ver con la lógica", ya que no es precisamente lógico dotar de mayor garantía al proceso abreviado que al proceso ordinario por delitos muy graves. Y en cuanto a los dos criterios de interpretación restantes (sistemático y de "*equivocado garantismo*") utilizados en la argumentación del Tribunal Supremo, en nuestra opinión, ambos deben ser rebatidos si tenemos en cuenta que no se puede confundir el principio acusatorio con el principio dispositivo¹⁰², ya que cada uno de ellos tiene su ámbito de aplicación respectivo: el primero en el seno del proceso penal y el segundo en el del proceso civil. Parece conveniente advertir en este sentido que ni siquiera movidos por el buen fin del garantismo debe caerse en el error de confundir el principio acusatorio con el dispositivo. Dice Baumann¹⁰³ que es extremadamente criticable que "la dogmática del derecho procesal penal sobre el objeto del proceso se ha desarrollado en forma completamente independiente, sin utilizar mucho la dogmática del proceso civil sobre el mismo objeto". Quizá ése haya podido ser el problema en Alemania, pero no creemos que sea precisamente el caso de lo que ha ocurrido en España, donde, en temas como el que en este

¹⁰⁰ Una muestra de este último criterio puede encontrarse en la STS de 7 de junio de 1993 (RA: 5.154).

¹⁰¹ Derecho Procesal Penal, cit., pp. 159 y 160

¹⁰² Así también ORTEGO PÉREZ, Francisco y PICÓ I JUNOY, Joan, "Ámbito de la discrecionalidad judicial en la determinación de la responsabilidad penal", en RJC 1995-3, pp. 31 y 32; VIADA LÓPEZ-PUIGSERVER, Carlos "Correlación entre la acusación y la sentencia", en RDP, 1959, p. 329

¹⁰³ Derecho Procesal Penal, cit., p. 268

epígrafe tratamos, puede apreciarse justamente todo lo contrario, es decir, una -en nuestra opinión- excesiva influencia de la dogmática procesal civil¹⁰⁴. Esta circunstancia ha conducido, como se ha visto, a confusiones tan graves como la de ver en la petición de pena un elemento esencial del objeto del proceso¹⁰⁵.

Sin embargo, a esta primera jurisprudencia del Tribunal Supremo que estamos comentando¹⁰⁶ y que entiende que el órgano jurisdiccional queda vinculado a la pena concreta solicitada por las acusaciones ha seguido otra tesis interpretativa del mismo Tribunal, la cual, a nuestro juicio, es más afortunada y se expresa de la siguiente manera:

"...únicamente son penas más graves aquellas que desbordan los márgenes punitivos establecidos por la ley para cada delito..., porque no puede sustraerse al Juez de una tarea que le es propia, con carácter exclusivo y excluyente, esto es la función individualizadora de la pena dentro de los límites legales con sujeción a una razonable y razonada discrecionalidad..."¹⁰⁷.

¹⁰⁴ VOLKMANN-SCHLUCK, Thomas, Der spanische Strafprozeß zwischen Inquisitions- und Parteiverfahren, ed. Nomos, Baden-Baden, 1979, p. 111

¹⁰⁵ Sin embargo, creemos que también es necesario recordar aquí que la afirmación de Baumann que comentamos -por lo demás de gran valor para la construcción de la teoría general del proceso- no deja de ser perfectamente consecuente con la idea de este autor relativa a que el objeto del proceso queda configurado por "la afirmación de la consecuencia penal (existencia de una pretensión penal estatal) de una situación de hecho determinada (del hecho en el sentido de los §§ 155 y 264)", Derecho Procesal Penal, cit., p. 271.

¹⁰⁶ Hacemos aquí referencia a la regulación del tema relativo a la petición de pena y su eventual carácter vinculante sólo desde el punto de vista del proceso abreviado, ya que, con anterioridad, el Tribunal Supremo había mantenido de forma reiterada la vinculación al marco punitivo señalado por el delito calificado en toda su amplitud: SSTS 10 de junio de 1981 (RA: 2.637); 4 de marzo de 1987 (RA: 1.862); 12 de marzo de 1987 (RA: 2.146).

¹⁰⁷ SSTS de 31 de octubre de 1996 (RA: 7.678); 22 de enero de 1992 (RA:430); 15 de octubre de 1992 (RA: 7.999); 14 de diciembre de 1992 (RA: 10.179); y 12 de julio de 1995 (RA: 5.440). Esta última, en concreto, establece precisamente que "la doctrina jurisprudencial ha tenido en este punto alguna inflexión, como es la contemplada en la Sentencia de 7 de junio de 1993..., pero el criterio que prevalece, sin distinción entre proceso ordinario y abreviado, es el que sienta que el Tribunal está solamente vinculado respecto de las acusaciones por el hecho..., no lo está en la medida exacta de la pena siempre que se guarde u observe el marco punitivo fijado por la ley penal..."; ver también en contra de esta última línea jurisprudencial MARTÍNEZ ARRIETA, La nueva concepción..., cit., p. 90, donde el autor mantiene que el Tribunal

A pesar de las dudas razonables que nos puede plantear la dicción literal del precepto, ésta es, en nuestra opinión, la interpretación acertada que ha de darse al artículo 794.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la cual además también es la mantenida por el Tribunal Constitucional como doctrina general en cuanto a este tema, si bien es verdad, que manifestada con carácter general y no específicamente para el proceso abreviado¹⁰⁸. De otra forma se estaría vaciando de contenido, al menos parcialmente, la función de juzgar que la propia Constitución ha encomendado al órgano jurisdiccional y en la cual está incluida la labor de determinación de la pena que se vaya a aplicar.

En cuanto a la regulación contenida en la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado en relación con este tema, hay que decir que ésta no hace referencia alguna a límites penológicos ni en su artículo 48.2, ni en el 52.1g), si bien es cierto que en este último precepto citado vuelve a aflorar la confusión entre los principios acusatorio y dispositivo que ya hemos mencionado.

3. Configuración dinámica del objeto del proceso penal¹⁰⁹

Como se ha dicho ya por la doctrina científica¹¹⁰, el proceso responde a un carácter dinámico, ya que a lo largo del mismo los hechos

podrá imponer pena inferior a la solicitada por la acusación, pero nunca una superior a la pedida.

¹⁰⁸ SSTC 17/88, de 16 de febrero, FJ 3º; 189/88, de 17 de octubre, FJ 3º

¹⁰⁹ Para la estructura o sistematización de este epígrafe nos acogemos al *iter* procedimental del proceso ordinario por delitos graves, sin perjuicio de ir haciendo referencia en los lugares oportunos a las tramitaciones, si no equivalentes sí análogas, propias de los demás procesos ordinarios vigentes en la actualidad en España.

¹¹⁰ PETERS, *Strafprozess*, cit., p. 279; y en un sentido similar, GÓMEZ ORBANEJA, *Comentarios...*, cit., t. II, p. 199; GIMENO SENDRA, "El auto de procesamiento", en RGLJ, 1979 (t. 247), p. 311; PRIETO-CASTRO y GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *Derecho Procesal Penal*, 4ª edición, Tecnos, Madrid, 1989, pp. 128 y 129

que constituyen su objeto van sufriendo determinadas transformaciones¹¹¹. En esta circunstancia precisamente se basa Peters¹¹² para rebatir el concepto unitario de objeto del proceso penal que se mantiene mayoritariamente en la doctrina y al cual nosotros también nos hemos adscrito¹¹³. Y es que, en principio, parece lógica la postura del autor alemán, ya que si, por un lado, se mantiene el carácter dinámico del proceso y de los hechos que constituyen su objeto, también habrá que concluir, por otro lado, que el hecho configurador del objeto del proceso no será siempre el mismo a efectos de correlación entre acusación y sentencia que a los de cosa juzgada. Efectivamente es posible -e incluso lo más probable- que durante el proceso los hechos se vayan modificando y, en este sentido, la conclusión a la que llega Peters puede parecer de gran peso. Sin embargo, a pesar de que el desarrollo lógico del argumento de este autor es a simple vista impecable, en nuestra opinión, sería conveniente hacer una matización en una de las premisas. Se trata, en concreto, de lo siguiente: es cierto que el hecho va cambiando a medida que el proceso se va desarrollando, pero sin embargo, no es menos cierto que normalmente esos cambios no van a alterar aquello que constituye el núcleo esencial del objeto del proceso, sino que se limitan a modificaciones relativas a los elementos de carácter meramente adjetivo, permaneciendo aquel núcleo inalterado.

Esta es una de las grandes ventajas que aporta la teoría normativa que hace referencia a la actividad típica y al bien jurídico protegido, por la que ya nosotros nos hemos decantado¹¹⁴. Gracias a la amplitud con que se expresa dicha teoría es posible subsumir en el concepto de hecho normativo todos los cambios en elementos accesorios que vayan presentándose

¹¹¹ ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, cit., p. 138, (§ 20, marg. 6)

¹¹² Ob. y lug. ult. cit.

¹¹³ V. I) 1.1.

¹¹⁴ V. I) 2.2.1.2.2

durante el proceso y solamente en los casos en que dichos cambios sean de tal envergadura que afecten al núcleo esencial del hecho o, dicho de otra forma, cuando no se pueda afirmar la identidad, al menos parcial, de los actos de ejecución típicos o del bien jurídico lesionado, sólo en estos casos podrá decirse que nos hallamos ante un nuevo hecho y, por consiguiente, ante un nuevo objeto del proceso.

Por lo demás, parece lógico reconocer que el hecho por el que se ha incoado el proceso penal en un principio no va a aparecer exactamente igual delimitado en la denuncia, por ejemplo, que en la sentencia que dicte finalmente el órgano jurisdiccional. A pesar de ello, generalmente nos hallamos ante el mismo hecho, con la única diferencia que se deriva de la mayor concreción de los acontecimientos a la que se ha podido llegar gracias, por un lado, a las investigaciones efectuadas a lo largo de la fase de instrucción y, por otro lado, a los resultados que ha arrojado el desarrollo de la actividad probatoria durante la fase de juicio oral. La exposición de esta concreción gradual de los hechos que tiene lugar a lo largo del proceso penal va a ser el objeto de los epígrafes que siguen.

3.1. Actos de iniciación del proceso: la denuncia y la querrela

En cuanto a los actos de iniciación del proceso, nos interesa la circunstancia relativa a que a través de ellos se pone en conocimiento de la autoridad policial, fiscal o judicial la existencia de una *notitia criminis* o posibilidad de comisión de un hecho delictivo. En este sentido, se plantea inmediatamente la cuestión de si a través de dicha puesta en conocimiento de la noticia delictiva ante las autoridades competentes, es decir, a través de la sola interposición de la denuncia o de la querrela, se está introduciendo ya el objeto sobre el que eventualmente va a versar el ulterior proceso

penal. No se trata de una cuestión baladí¹¹⁵, ya que de ella va a depender no sólo la determinación del acto o resolución que vaya a servirnos de referencia para responder a la problemática de la correlación entre acusación y sentencia, sino también el momento a partir del cual nacen los efectos derivados de la litispendencia.

En nuestra opinión, parece evidente que tanto por medio de la denuncia como de la querrela se introduce el hecho que va a constituir el objeto del proceso, lo cual parece lógico si tenemos en cuenta que nos hallamos ante actos por medio de los cuales se incoa un proceso penal, el cual, en cualquier caso ha de basarse en un hecho¹¹⁶. Bien es verdad que a lo largo del proceso puede incluso negarse la existencia del hecho mismo¹¹⁷, o su irrelevancia a efectos penales, pero es que como ya dijo Beling¹¹⁸, inicialmente nos hallamos ante acontecimientos *hipotéticos* de la vida, cuyo carácter jurídico-penal también va a ser *hipotético*, y tan sólo con el desarrollo del proceso quedará establecido tanto si los hechos efectivamente tuvieron lugar, como su relevancia a efectos penales.

Sin embargo, en seguida hay que tener en cuenta que, a pesar de lo evidente que resulta la afirmación del párrafo anterior, ésta adolece de una falta de precisión, por lo que inmediatamente habrá de ser matizada. A lo largo de la instrucción habrá de irse concretando aquello que definitivamente vaya a constituir el núcleo esencial del objeto del proceso, tanto desde el punto de vista objetivo como subjetivo. El hecho por el que inicialmente se incoa el proceso habrá de irse integrando durante el desarrollo del mismo, pero en concreto, durante la fase de instrucción pueden incluso añadirse al procedimiento ya iniciado nuevos elementos -

¹¹⁵ ASECIO, Principio acusatorio..., cit. p. 60

¹¹⁶ En el mismo sentido DE LA OLIVA, La conexión..., cit., p. 25

¹¹⁷ GÓMEZ COLOMER, Derecho Jurisdiccional, t. III, cit., p. 99

¹¹⁸ Deutsches Reichsstrafprozeßrecht, Walter de Gruyter, Berlin Leipzig, 1928, p. 106

tanto objetivos como subjetivos- de carácter esencial, y que por sí solos podrían conformar un nuevo objeto del proceso, pero que a través de la institución de la conexión quedan incluidos en el proceso ya abierto con el fin de preservar tanto la denominada continencia de la causa como el principio de economía procesal. En este sentido, durante la fase de investigación no sólo podrán añadirse a la causa ya en curso nuevos hechos por conexión subjetiva, sino que también podrá procederse contra nuevas personas por conexión objetiva¹¹⁹.

En cuanto a esta circunstancia que acabamos de comentar, llaman la atención las diferencias que separan a la fase de investigación (ya sea el sumario del proceso ordinario o las diligencias previas del proceso abreviado) de la fase de juicio oral o vista principal. Como es sabido, en esta última no puede procederse en ningún caso contra personas que no hayan sido previamente procesadas o, en definitiva, imputadas judicialmente. Esto es lo que sucede en cuanto al elemento subjetivo del objeto del proceso, y por lo que se refiere al objetivo, durante el juicio oral sólo pueden introducirse nuevos hechos cuando se den los presupuestos del artículo 746.6 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, para lo cual la doctrina más autorizada¹²⁰ exige con razón que se deduzca un segundo escrito de acusación de carácter adicional, tal y como sucede en la *Strafprozessordnung* alemana, cuyo § 266 regula la posibilidad de que el Ministerio Fiscal formule la llamada *Nachtragsanklage*, lo cual no sólo garantiza el derecho de defensa en su manifestación de derecho a ser informado de la acusación, sino también el propio principio acusatorio.

Como conclusión en relación con esta problemática, por medio de los actos de iniciación del proceso, es decir, por medio de la *notitia criminis* se introduce el objeto del proceso que a través de tales actos se

¹¹⁹ V. el matiz que se hace en el siguiente epígrafe en relación con este último aspecto.

¹²⁰ GIMENO, Derecho Procesal Penal, cit., p. 167

está incoando; pero ello es así, sin perjuicio de ulteriores ampliaciones de ese inicial objeto del proceso, las cuales serán permitidas siempre que se den los presupuestos de conexión necesarios y que no se haya dictado aún auto de procesamiento. Tal posibilidad de alterar o ampliar dentro de la instrucción lo que hemos denominado como el núcleo esencial del objeto del proceso responde a la necesidad de que esta fase de investigación pueda cumplir las funciones que le están asignadas, cuales son: por un lado, la de aportar el material fáctico necesario para poder demostrar la tipicidad del hecho, y por otro, la de determinar la legitimación pasiva en el proceso¹²¹.

Por lo tanto, si bien es verdad que a través de estos actos de iniciación se introduce ya el objeto del proceso, no es menos cierto que se trata de una delimitación de tal objeto que no tiene carácter ni mucho menos definitivo¹²².

3.2. El auto de procesamiento

Por medio del auto de procesamiento se establece definitivamente la legitimación pasiva en el proceso. En este sentido es necesario incidir en lo ya dicho en el epígrafe anterior, en relación con las nuevas imputaciones que se puedan llevar a cabo a lo largo del sumario, ya que, si bien el auto de procesamiento tiene carácter provisional, no es menos cierto que, en aras del derecho a ser informado de la acusación, el citado auto se convierte en el momento preclusivo para formular nuevas imputaciones, porque, tal y como tiene establecido el Tribunal Constitucional en reiterada doctrina, nadie podrá ser acusado, sin que anteriormente haya sido declarado imputado por el Juez¹²³.

¹²¹ GIMENO, Derecho Procesal Penal, cit., p. 162

¹²² A la misma conclusión llega GIMENO, La querrela, Bosch, Barcelona, 1977, p. 229.

¹²³ STC 186/1990, de 15 de noviembre

En este lugar parece significativo destacar que la *Strafprozessordnung* alemana no prevé en cuanto al elemento subjetivo del objeto del proceso un mecanismo análogo al de la acusación adicional o *Nachtragsanklage* del § 266, por medio de la cual, como ya hemos dicho, sí es posible la introducción de nuevos hechos en el proceso, incluso durante la fase de juicio oral, tras la práctica de la prueba¹²⁴. Sin embargo, en nuestra opinión, no se llega a entender por qué razón el legislador alemán no previó la extensión del objeto del proceso no sólo en relación con la inclusión de nuevos hechos del acusado, sino también por lo que respecta a la inclusión de nuevos acusados. Obvio parece decir que, en el caso de que la ley previese tal posibilidad, sería necesario que se suspendiese el juicio oral para practicar una "*sumaria instrucción suplementaria*" ex artículo 746.6 Ley de Enjuiciamiento Criminal, durante la cual, además de investigarse la posible responsabilidad de los nuevos acusados por los hechos objeto del proceso, habrá de darse cumplimiento a todas las garantías relativas al derecho de defensa del acusado y, en concreto, a la faceta que hace referencia a su derecho a ser informado de la acusación. Se trataría en estos supuestos de casos excepcionales, ya que, en nuestra opinión, el objeto del proceso ha de quedar constituido con toda seguridad antes de la práctica de la prueba¹²⁵; sin embargo, a pesar de su carácter excepcional, creemos que estos supuestos han de ser previstos igualmente por la ley, de la misma forma que se prevé la admisión de nuevos hechos en el juicio oral.

Esto es lo que sucede en el derecho alemán en relación con esta problemática. Sin embargo, la Ley de Enjuiciamiento Criminal, a pesar de

¹²⁴ VON KRIES, Lehrbuch..., cit., p. 568; BAUMANN, Derecho Procesal Penal, cit., p. 284. Ambos autores niegan la posibilidad de tal ampliación del objeto del proceso referida al elemento subjetivo del mismo.

¹²⁵ En otro sentido la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que en innumerables sentencias afirma que el objeto del proceso queda establecido con carácter definitivo en las conclusiones definitivas, es decir, una vez practicada la prueba.

no prever tal posibilidad expresamente (como tampoco prevé de una forma expresa e inequívoca la inclusión de nuevos hechos a lo largo del juicio oral), en nuestra opinión, se prestaría a una interpretación que diese cabida a la extensión del proceso durante el juicio oral a otros acusados¹²⁶, gracias a la amplia fórmula utilizada en su artículo 746.6 que hace referencia a "...revelaciones o retractaciones inesperadas (que) produzcan alteraciones sustanciales en los juicios, haciendo necesarios nuevos elementos de prueba o alguna sumaria instrucción suplementaria". Sin embargo, ni la jurisprudencia del Tribunal Supremo ni la del Tribunal Constitucional se han inclinado por ver en la Ley tal posibilidad de extensión del objeto del proceso a otras personas.

Volviendo al auto de procesamiento o de imputación judicial, y recordando la garantía que este instrumento significa para el acusado en aras del cumplimiento del derecho a ser informado de la acusación, parece obligado hacer aquí una breve alusión al problema que se plantea en el proceso abreviado a raíz de la supresión en éste del auto de procesamiento. Así, con el fin de suplir las garantías que supone dicha resolución en el proceso ordinario, el Tribunal Constitucional ha elaborado una constante doctrina jurisprudencial para salvar las carencias que pudieran darse en el proceso abreviado. El Alto Tribunal exige en todo caso que se pueda afirmar la existencia de imputación judicial, la cual a su vez ha de tener lugar durante la citación para ser oído, y formula la siguiente doctrina general al respecto:

"Es doctrina consolidada de este Tribunal (SSTC 135/1989 y 186/1990) la de que la vigencia del derecho constitucional de defensa en el ámbito del proceso penal abreviado conlleva una triple exigencia: a) en primer lugar, y a fin de evitar acusaciones

¹²⁶ Así también la opinión en la doctrina: VÁZQUEZ SOTELO, "El principio acusatorio...", cit., p. 412; AGUILERA DE PAZ, Enrique, Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, t. V, Reus, Madrid, 1924, pp. 599 y ss. En contra, MONTERO, "La garantía procesal...", cit., p. 981.

sorpresivas de ciudadanos en el juicio oral sin que se les haya otorgado posibilidad de participación alguna en la fase instructora, la de que nadie puede ser acusado sin haber sido, con anterioridad, declarado judicialmente imputado, de tal suerte que la instrucción judicial ha de seguir asumiendo su clásica función de determinar la legitimación pasiva en el proceso penal (artículo 299 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), para lo cual ha de regir también en este proceso ordinario una correlación exclusivamente subjetiva entre la imputación judicial y el acto de acusación; b) en segundo lugar, y como consecuencia de lo anterior, nadie puede ser acusado sin haber sido oído por el Juez de Instrucción con anterioridad a la conclusión de las diligencias previas, garantía que ha de reclamarse en este proceso penal como consecuencia de la supresión del Auto de procesamiento y que se plasma en la necesidad de que no pueda clausurarse una instrucción (a salvo, claro está, que el Juez adopte una resolución de archivo o de sobreseimiento) al menos sin haber puesto el Juez en conocimiento del imputado el hecho punible objeto de las diligencias previas, haberle ilustrado de sus derechos y, de modo especial, de la designación de Abogado defensor y, frente a la imputación contra él existente, haberle permitido su exculpación en la 'primera comparecencia' contemplada en el art. 789.4 LECr...."¹²⁷.

De esta forma, en el proceso abreviado quedan intactas las garantías que está llamado a cumplir el auto de procesamiento en el proceso ordinario.

Una vez hechas estas aclaraciones previas, pasamos ya a la cuestión que nos interesa a nosotros en mayor medida, en concreto, si es en el auto de procesamiento o en el instrumento judicial de imputación correspondiente donde queda delimitado el objeto del proceso penal con carácter definitivo. Creemos que para contestar a esta cuestión hay que distinguir entre el elemento subjetivo y objetivo del objeto procesal.

Así, por lo que respecta al primero de ellos, es decir, la persona (o personas) acusada(s), ésta sí queda definitivamente determinada a través

¹²⁷ STC 128/1993, de 19 de abril, entre otras muchas.

del auto de procesamiento¹²⁸, lo cual no tiene nada que ver con las exigencias que derivan del principio acusatorio, pues con ello se trata de poder dar mejor cumplimiento a las garantías relacionadas con el derecho de defensa¹²⁹.

También por lo que respecta al elemento subjetivo contenido en el auto de procesamiento ha de hablarse de provisionalidad, ya que obviamente el procesado todavía puede ser absuelto, bien sea a través de un auto de sobreseimiento libre o bien a través de sentencia firme absolutoria, pero lo que sí ha de quedar claro es que no procederá la acusación de personas que no hayan sido previamente procesadas o imputadas judicialmente; es éste el aspecto del objeto del proceso que queda definitivamente determinado en el auto de procesamiento. Y es que esto no podría ser de otra forma, ya que el sujeto pasivo del proceso, también durante la instrucción, ha de ser informado de todo lo que le está sucediendo, por lo que es necesario que, previamente, exista un acto formal de imputación judicial. Se trata por lo tanto de una correlación de carácter subjetivo, y no objetivo, la que establece el auto de procesamiento en relación con los escritos de calificación provisional¹³⁰.

¹²⁸ A pesar de que, en nuestra opinión, todavía sería posible la ampliación de la imputación (e incluso de la posterior acusación) a otras personas como supuesto excepcional y siempre y cuando se cumplan las exigencias que se derivan tanto del derecho de defensa como del principio acusatorio. Pero ya hemos dicho que se trataría de un supuesto excepcional, v. *supra*, en este mismo epígrafe.

¹²⁹ GIMENO, "El auto de procesamiento", cit., p. 316

¹³⁰ SSTs 12 de enero de 1989 (RA: 21); 12 de junio de 1990 (RA: 5.279); 5 de marzo de 1991 (RA: 1.757); 30 de marzo de 2001 (RA: 2.111). GIMENO, "El auto de procesamiento", cit., p. 316, aunque curiosamente el mismo autor parece mantener lo contrario en un texto posterior ("La segunda reforma urgente de la Ley del Jurado", en Actualidad Jurídica Aranzadi, diario de 8 de febrero de 1996, p. 3), al afirmar en relación con la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado que el procedimiento de conformación del objeto procesal debería "ser profundamente reformado a través de cualquiera de estos dos procedimientos: a) bien secundando íntegramente el sistema del reenvío (...); o b) bien (lo que se nos manifiesta como mucho más sencillo) mantener nuestro auto de procesamiento con las vinculaciones que le son propias con respecto a los escritos de calificación provisional (la subjetiva del procesado y la objetiva del

Por lo que se refiere al hecho o elemento objetivo del objeto del proceso, en nuestra opinión, éste no queda definitivamente establecido en el auto de procesamiento¹³¹, ya que, una vez éste haya recaído, tienen lugar tanto las declaraciones de los procesados, como la de los testigos, posibles careos, informes periciales, además de la práctica de medidas que tienen como finalidad el aseguramiento de la prueba, tales como la entrada y registro, intervención de las comunicaciones, etcétera¹³². A través de toda esta actividad investigadora es posible que se descubran nuevos hechos conexos con aquél por el que se había incoado el proceso, por lo que queda claro el carácter provisional del auto de procesamiento en cuanto al elemento objetivo relativo a los hechos¹³³.

Por lo tanto, hemos de concluir que a través del auto de procesamiento se delimita el elemento subjetivo del objeto del proceso con carácter definitivo, mientras que en cuanto al elemento objetivo, constituido por los hechos que conforman el objeto del proceso en el sentido estricto del que hemos venido hablando con anterioridad, no *necesariamente* sucede lo mismo, ya que, entre el momento en que el Juez de instrucción decreta el procesamiento y los escritos de calificación provisional, todavía podrán, en nuestra opinión, introducirse nuevos hechos en el proceso, siempre y cuando, claro está, existan criterios de conexión

hecho natural y la de los conexos posteriores al procesamiento),..." (la cursiva es nuestra).

¹³¹ STS 29 de enero de 1996 (RA: 54). En contra SOTO VÁZQUEZ, Rodolfo, "El auto de procesamiento y alguno de sus problemas", en RDP, 1966, pp. 116 y ss., que mantiene que la sentencia habrá de guardar correlación con el hecho a que hace referencia el auto de procesamiento dictado por el Juez de instrucción. En un sentido similar, CORTÉS DOMÍNGUEZ, La cosa juzgada..., cit., p. 53, quien alude al auto de procesamiento como elemento de la comparación a efectos de averiguar "cuándo el hecho, del cual conoce el Tribunal, ya no es el hecho del que se acusaba"; también VERGER GRAU, La defensa del imputado..., cit. p. 74 se refiere a la pretendida virtualidad del auto de procesamiento para determinar el objeto del proceso.

¹³² Si bien es cierto que, como afirma GIMENO, "El auto...", p. 333, todos estos actos de investigación, salvo las indagatorias, pueden también practicarse antes de que se haya dictado el auto de procesamiento.

¹³³ GIMENO, "El auto...", cit., p. 316

que justifiquen tal inclusión. Ello no obstante, ha de reconocerse que lo normal es que el núcleo esencial del objeto del proceso, tras el procesamiento, ya no sufra alteraciones de las que hemos calificado como sustantivas¹³⁴, ya sea porque las diligencias de investigación propias del sumario¹³⁵ hayan sido practicadas antes del auto de procesamiento, ya porque, aun tras tales diligencias, tampoco hayan sobrevenido modificaciones fácticas de carácter sustantivo. En consecuencia, si bien en teoría, a nuestro juicio, el núcleo esencial del objeto del proceso no tiene por qué quedar definitivamente establecido en el auto de procesamiento, no es menos cierto que en la práctica tal determinación sí es posible.

3.3. El auto de conclusión del sumario

Se ha mantenido en la doctrina científica de nuestro país¹³⁶ que es en el auto de conclusión del sumario donde queda definitivamente establecido cuál va a ser el hecho objeto del proceso. Si bien hay que reconocer que ello puede ser cierto en muchas ocasiones, no nos parece que ésta sea la conclusión a la que hayamos de llegar con carácter general en relación con el momento definitivo de determinación del núcleo esencial del objeto del proceso, ya que al dejar en manos del órgano jurisdiccional la labor de conformación del objeto del proceso se corre el peligro de que sea el propio juez quien introduzca los hechos en dicho proceso. Desde luego que no siempre ello sería así, pues en muchas ocasiones el núcleo esencial del hecho ya habrá sido introducido por las propias partes mediante los actos de iniciación del proceso propios de éstas que, al fin y al cabo, son los más frecuentes en la práctica, ya que la incoación de oficio por el juez es un

¹³⁴ *Supra*, I) 2.2.1.2

¹³⁵ A excepción de la indagatoria al procesado que, como ya dijimos, debe tener lugar tras el procesamiento, GIMENO, "El auto...", cit., p. 333.

¹³⁶ GIMENO, La querrela, cit. p. 229

supuesto excepcional¹³⁷ y la excitación especial del Gobierno ha desaparecido de nuestro ordenamiento con la entrada en vigor del nuevo Código penal de 1995. Sin embargo, aunque sólo sea para que, también en ese caso excepcional de la iniciación de oficio, rijan las garantías propias del principio acusatorio, no nos parece técnicamente correcto mantener que esta resolución, por la cual el Juez de instrucción declara concluso el sumario, sea la que establezca con carácter vinculante cuál va a ser el objeto del proceso en sentido estricto. No se nos oculta, además, que el Juez de instrucción mediante el auto de conclusión del sumario todo lo más que hará será, en su caso, añadir alguna circunstancia fáctica de carácter meramente accidental en el sentido de que ésta no afecte al hecho esencial, pero aun así, y aunque sólo sea desde un punto de vista formal, creemos que el auto de conclusión del sumario no puede ser el instrumento que delimite definitivamente el objeto del proceso.

Se ha esgrimido en nuestra doctrina que el auto de conclusión del sumario constituye el momento preclusivo a partir del cual el Juez ya no podrá introducir nuevos hechos en el proceso o, en otras palabras, no podrá "extender el ámbito objetivo del proceso"¹³⁸. No acertamos a entender qué se quiere significar con esta afirmación. Cabría plantearse si con la expresión "extensión del ámbito objetivo del proceso" se está aludiendo a la inclusión de circunstancias de hecho de carácter accidental o adjetivo. No creemos que éste sea el caso, y ello por dos motivos: en primer lugar, porque estas circunstancias fácticas no esenciales pueden seguir siendo introducidas por el órgano jurisdiccional también durante todo el juicio oral, incluida la sentencia, ya que no afectan a aquello que constituye el núcleo esencial del objeto, y por lo tanto tampoco al principio acusatorio. Solamente habrá de atenderse a las exigencias derivadas del principio de

¹³⁷ GIMENO, Derecho Procesal Penal, cit., pp. 312 y 313

¹³⁸ DE LA OLIVA, La conexión..., cit., p. 90

contradicción; y en segundo lugar, por una razón más clara aún, si cabe, y es que el propio autor, en páginas anteriores se expresa como sigue: "El sumario puede revelar hechos nuevos que sirven para perfilar el que es objeto del proceso, pero puede también poner de manifiesto hechos nuevos que, confrontados con alguna norma penal sustantiva, constituyan *prima facie*, un delito o varios distintos del que dio (o de los que dieron, si hubo acumulación inicial de objetos) lugar a la formación de la causa. A estos últimos hechos hay que ligar el concepto de extensión del ámbito objetivo del proceso penal"¹³⁹. Como vemos, es el propio autor el que descarta que se trate de hechos no esenciales. Por lo tanto, se está haciendo referencia a la inclusión de nuevos hechos, los cuales, por sí solos darían lugar a un nuevo proceso.

Pues bien, es aquí donde viene el problema, ya que no nos podemos siquiera plantear la cuestión de cuál es el momento preclusivo a partir del cual *el Juez* no podrá extender el ámbito objetivo del proceso penal a través de la introducción de nuevos hechos esenciales en el mismo por la sencilla razón de que, según las exigencias del principio acusatorio, *el órgano jurisdiccional no podrá nunca introducir nuevos hechos*, sino que se trata de una labor que atañe exclusivamente a las partes, quedando la función del Juez estrictamente limitada a lo que en la doctrina alemana se denomina *Kognitionspflicht*, que podría traducirse como el deber del órgano jurisdiccional de esclarecer de forma exhaustiva, es decir, desde todos los puntos de vista jurídicos posibles, el material fáctico que le han presentado las partes¹⁴⁰, pero sin sobrepasar en ningún momento el límite de los hechos que le han aportado éstas, es decir, respetando aquello que constituye el núcleo esencial del hecho.

¹³⁹ Ob. cit., p. 87

¹⁴⁰ KLEINKNECHT/MEYER-GÖBNER, StPO..., cit., 43ª ed., marginal 10, § 264

Es cierto que un argumento a favor del auto de conclusión del sumario como instrumento a través del cual queda establecido el objeto del proceso con carácter definitivo sería el contenido en el artículo 650 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el cual afirma que "el escrito de calificación se limitará a determinar en conclusiones precisas y numeradas: 1º Los hechos punibles *que resulten del sumario...* 4º Los hechos *que resulten del sumario...*" De la dicción del precepto podría deducirse que las partes, al redactar sus escritos de calificación, quedarán vinculadas por los hechos que el Juez de Instrucción haya incluido en el auto de conclusión del sumario. Sin perjuicio de que en la práctica, como ya hemos dicho, lo común sea la coincidencia entre los hechos contenidos en el auto de conclusión del sumario y los incluidos en los escritos de calificación, ello no puede llevarnos a pensar que del citado auto se derive el deber de correlación fáctica tanto en relación con las partes cuando éstas procedan a redactar sus escritos de calificación, como en relación con el órgano jurisdiccional a la hora de dictar sentencia.

Por otro lado, hay que decir que el artículo 650 no podía decir otra cosa, ya que es lógico que tanto la acusación como el resto del proceso verse sobre los hechos que previamente han sido objeto de la fase de instrucción en sí y no específicamente del auto de conclusión del sumario. Esto, claro está, salvo en los supuestos excepcionales en los que proceda formular un escrito de acusación adicional por la entrada de nuevos hechos al proceso.

Hasta aquí la regulación del proceso ordinario por delitos graves. Sin embargo, ni en el proceso abreviado ni en el que tiene lugar ante el Tribunal del Jurado se ha previsto expresamente una resolución como la que constituye el auto del Juez de instrucción declarando concluso el

sumario¹⁴¹, lo cual nos indica también que no puede ser en dicha resolución donde se contenga por primera vez y con carácter definitivo el objeto del proceso, ya que, si esto fuese cierto, su carácter esencial no permitiría que el mencionado auto faltase en otros procedimientos de tanta importancia como lo son el abreviado y el de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado.

3.4. Los escritos de calificación provisional o de acusación y defensa

A nuestro juicio, los escritos de calificación provisional del proceso ordinario constituyen el instrumento con respecto al cual tanto las conclusiones definitivas como la sentencia que recaiga en el proceso habrán de guardar una correlación fáctica.

Hablamos aquí de correlación en un sentido estricto, es decir, en el sentido de que ha de afirmarse la identidad entre los hechos que constituyen el núcleo esencial del objeto del proceso contenido en las calificaciones provisionales y aquéllos contenidos en la sentencia. Por supuesto, no es necesario que se dé una perfecta identidad en los hechos, ya que con el desarrollo del juicio oral todavía habrán de concretarse muchas circunstancias fácticas de carácter accidental que, obviamente, deberán ser debatidas en el juicio para que no resulte lesionado el derecho de defensa, pero que ya no afectan al objeto del proceso en sentido estricto y, en consecuencia, tampoco al principio acusatorio.

Por lo tanto, a partir de este momento, ya no cabe la entrada de nuevos hechos al proceso, salvo los supuestos excepcionales en los que se exigen determinados requisitos, como sucede en el artículo 746.6 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal o en el § 266 *Strafprozessordnung*, a efectos de

¹⁴¹ Si bien es verdad que, como ha tenido ocasión de afirmar el Tribunal Constitucional en su S 186/1990, de 15 de noviembre, FJ 8º, la resolución del Juez de Instrucción declarando conclusas las diligencias previas del proceso abreviado se halla implícita en las resoluciones a las que hace referencia el artículo 789.5 LECr.

salvaguardar no sólo el derecho de defensa y a ser informado de la acusación, sino también las garantías que derivan del principio acusatorio.

Esta tesis, según la cual el objeto del proceso, es decir, los hechos sobre los cuales va a versar el juicio oral, han de ser introducidos con carácter definitivo por las partes a través de sus escritos de calificaciones provisionales, en realidad, nos parece la más congruente y respetuosa con el principio acusatorio, si bien es verdad que, dado el tenor literal de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, es difícilmente sostenible por lo que al proceso ordinario por delitos graves se refiere. El problema surge porque en dicho proceso los escritos de calificación se redactan una vez recaído el auto de apertura del juicio oral, lo que lleva a la paradoja de hallarnos ante una fase de juicio oral o plenario que ya está formalmente abierta, pero que aún no tiene un objeto establecido definitivamente sobre el cual vaya a recaer, ya que dicho objeto sólo se concretará en los escritos de calificación¹⁴². Si interpretásemos tal circunstancia hasta el extremo de reducirla al absurdo, veríamos que el órgano jurisdiccional¹⁴³ declarará abierto el juicio oral, aunque no se sepa por qué hechos.

Se trata, por supuesto, de una interpretación exagerada, ya que a través de la instrucción y del auto de conclusión del sumario, normalmente ya se conoce el hecho sobre el cual va a recaer el objeto del juicio, si bien es cierto que formalmente las partes no han tenido aún ocasión de manifestarse con carácter definitivo acerca de cuál va a ser el hecho objeto

¹⁴² VÁZQUEZ SOTELO, "El principio acusatorio...", cit., p. 404

¹⁴³ Este órgano jurisdiccional al que nos referimos en el texto va a ser ya el competente para el enjuiciamiento, es decir, la Audiencia provincial, lo cual también ha merecido la crítica de la doctrina por lo que conlleva de *contaminación* el que el órgano que va a conocer y fallar la causa sea también el competente para decidir sobre la apertura del juicio oral: CORTÉS DOMÍNGUEZ, Derecho Procesal, cit., p. 264. Lo mismo sucede en Alemania: v. §199 StPO y ROXIN, Strafverfahrensrecht, cit., p. 295, (§ 40, marginal 3).

de la acusación¹⁴⁴. En nuestra opinión esto no es correcto, ya que el principio acusatorio consiste precisamente en que no puede abrirse el juicio oral sin que previamente se haya formulado una acusación¹⁴⁵. Por ello, de cara a una nueva regulación de la materia en el futuro, debería tenerse en cuenta la conveniencia de que los escritos de calificación sean anteriores en el tiempo a la resolución que declara abierto el juicio oral, lo cual ha venido siendo reclamado por la doctrina de nuestro país¹⁴⁶ y, afortunadamente, ha encontrado eco tanto en la Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre, reguladora del proceso abreviado para determinados delitos, como también en la también Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado.

¹⁴⁴ Solamente a través de la denuncia o de la querrela, y eso siempre que alguno de estos dos actos tenga lugar, lo cual no siempre tiene que ocurrir con carácter necesario, salvo en el proceso ante el Jurado, que no puede iniciarse de oficio.

¹⁴⁵ A diferencia de lo que sucede en nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal, el § 151 StPO establece expresamente en qué consiste el principio acusatorio, señalando que "la apertura de una investigación judicial está condicionada al ejercicio de la acción", si bien, según ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, cit., p. 76, (§ 13, marginal 4), por "investigación judicial" habrá de entenderse la vista principal (*Hauptverfahren*).

¹⁴⁶ FAIRÉN, "Las Leyes del Jurado de 1995 y la correlación entre acusación y la sentencia", en *La Reforma de la justicia penal (Estudios en Homenaje al Profesor Klaus Tiedemann)*. Gómez Colomer y González Cussac (coord.), Publicaciones de la Universitat Jaume I, Castelló de la Plana, 1997, p. 444; GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho Procesal Penal (con HERCE QUEMADA, Vicente)*, Artes Gráficas y Ediciones, 10ª ed., Madrid, 1986, pp. 234 y 235; v. también la Exposición de Motivos de la Ley del Jurado, apartado III.1; también la StPO (§ 199 II) establece que el escrito de acusación o *Anklageschrift* contendrá la solicitud de apertura de la vista principal, la cual será acordada mediante auto del Tribunal si éste considera que, "según los resultados del proceso preparatorio el imputado aparece como suficientemente sospechoso de un hecho punible" (§ 203). Conviene aclarar aquí que la StPO, según el § 157 establece lo siguiente: "En el sentido de esta Ley es imputado el inculpado contra el cual se haya ejercitado la acción pública. Acusado, el inculpado o imputado contra el cual se haya acordado la apertura de la vista principal". Se trata, en realidad, de conceptos que no coinciden perfectamente al traducirlos, entre otras cosas, porque los criterios que se tienen en cuenta para pasar, por ejemplo, de ser imputado a acusado es que haya recaído auto de apertura del juicio oral, mientras que en nuestro ordenamiento se toma como referencia el escrito de acusación. Esta parece ser, por lo tanto, la traducción que más se acerca a lo que establece la StPO. GÓMEZ COLOMER, *El proceso penal. Introducción y normas básicas*, Bosch, Barcelona, 1985, p. 337.

Esta conclusión a la que llegamos aquí no parece estar nada clara en la doctrina de nuestro país donde algunos autores mantienen que el elemento objetivo del objeto del proceso queda delimitado a través del auto de procesamiento¹⁴⁷, otros que a través del auto de conclusión del sumario¹⁴⁸, y, finalmente, otros que hablan de las calificaciones provisionales¹⁴⁹. Se trata, como vemos, de una cuestión nada pacífica en nuestro país, pues además de lo ya dicho, un amplio sector doctrinal¹⁵⁰ y la jurisprudencia del Tribunal Supremo son partidarios de que el objeto del proceso queda definitivamente fijado a través de las conclusiones definitivas¹⁵¹, aunque creemos que aquí el Supremo en realidad está haciendo referencia al objeto del proceso, pero entendido éste en su sentido amplio, es decir, incluyendo los elementos de carácter adjetivo, tal y como tendremos ocasión de comentar en el epígrafe siguiente. De lo contrario no tendría ningún sentido tal jurisprudencia, ya que supondría que se ha

¹⁴⁷ SOTO VÁZQUEZ, "El auto...", p. 116; GÓMEZ ORBANEJA, Comentarios..., cit., p. 303; CORTÉS, La cosa juzgada..., cit., p. 53; VÁZQUEZ SOTELO, "El principio acusatorio...", cit., p. 411.

¹⁴⁸ GIMENO, La querrela, cit., p. 229, donde mantiene que "con razón afirma De la Oliva que el objeto procesal solamente queda delimitado con el auto de conclusión del sumario". Sin embargo, en nuestra opinión, lo que afirma De la Oliva es que, si bien es cierto que el objeto del proceso queda fijado en las calificaciones provisionales, no lo es menos que *al Juez* le será prohibido acumular nuevos hechos al proceso una vez dictado el auto de conclusión del sumario: La conexión..., cit., p. 90.

¹⁴⁹ ORTELLS RAMOS, "Principio acusatorio, poderes oficiales del juzgador y principio de contradicción. Una crítica de cambio jurisprudencial sobre correlación entre acusación y sentencia", en Justicia 1991-4, p. 783, donde el citado autor mantiene que "lo que importa para la efectiva vigencia del principio acusatorio es que el hecho concreto del que se acusa y la persona a quien se acusa sean determinados por sujetos distintos al órgano jurisdiccional, y esto no en el momento de las conclusiones definitivas, sino en la acusación que da lugar a la apertura del juicio oral y le proporciona el objeto"; DE LA OLIVA, La conexión..., p. 90

¹⁵⁰ ASECIO, Principio acusatorio..., cit., p. 60, y todos los autores de peso allí citados.

¹⁵¹ SSTs 8 de mayo de 1987 (RA: 3.026); 7 de septiembre de 1989 (RA: 6.621); 30 de junio de 1992 (RA: 5.703); 24 de mayo de 1993 (RA: 4.310) y STC 20/1987, de 19 de febrero, donde el Constitucional hace suya la doctrina jurisprudencial del Supremo en cuanto a esta cuestión.

celebrado todo el juicio oral, con la práctica de la prueba incluida, pero que el objeto o núcleo esencial de todo ese juicio aún estaba por determinar.

En cuanto a la nueva regulación contenida en la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado en relación con este tema, a pesar de que hubiese sido deseable que las particularidades del proceso ante el Tribunal del Jurado se estableciesen solamente una vez en marcha el juicio oral¹⁵², no ha sido ésta la opción adoptada por el legislador de 1995, que ha creído conveniente establecer una regulación específica de la fase de instrucción para el proceso ante jurados. Concretamente, por lo que se refiere al procedimiento de conformación del objeto del proceso, éste adquiere en la nueva Ley un alto grado de complejidad¹⁵³, ya que en distintas ocasiones se hace alusión a la fijación del hecho o hechos justiciables¹⁵⁴. Debido a esta falta de claridad en la Ley, será necesario que procedamos a su interpretación de la manera más adecuada posible. No encontramos explicación a la insistencia con que el legislador alude a la determinación del hecho o hechos justiciables: por un lado, en el artículo 33 a) en relación con el contenido del auto de apertura del juicio oral, por otro lado en el artículo 36.1 c) relativo a las cuestiones previas que pueden plantear las partes antes del

¹⁵² FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, "Comentarios al 'Anteproyecto de ley del Jurado' de 11 de marzo de 1994", en RDP 1994-2, p. 457; GIMENO, "La segunda reforma...", p. 2; PÉREZ-CRUZ MARTÍN, Agustín-Jesús, Comentarios sistemáticos a la Ley del Jurado y a la reforma de la prisión preventiva, Comares, Granada, 1996, p. 143; GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, Fernando, El proceso ante el Tribunal del Jurado, Forum, Oviedo, 1995, p. 53

¹⁵³ GIMENO, "La segunda reforma...", p. 3

¹⁵⁴ Art. 29.1 LOTJ, en relación con el 650 LECr.; art. 33 a) LOTJ; art. 36.1 c); art. 37 a); e incluso el art. 52, que versa ya sobre el objeto del veredicto. Ello no obstante, la Exposición de Motivos en su apartado III.1 habla de la introducción de "mecanismos de simplificación", de entre los cuales "el más esencial es la precisa definición del objeto del enjuiciamiento que habrá de efectuarse en la fase precedente al mismo". Una vez más, como ya dijera GÓMEZ ORBANEJA en relación con la LECr. de 1882 y su Exposición de Motivos, "cuando hemos acabado de leer la explicación (como el que lee el argumento de la ópera antes de levantarse el telón) y recorreremos la ley misma, nos encontramos con que la explicación y lo explicado, en lo fundamental, se parecen muy poco o no se parecen en nada", Prólogo a La cosa juzgada penal de Cortés Domínguez.

comienzo del plenario, y por último también en el artículo 37 a) que regula el contenido del auto de hechos justiciables¹⁵⁵.

Como se ve, nos encontramos ante tres actos distintos en cada uno de los cuales la Ley del Jurado establece expresamente¹⁵⁶ que se determinarán los hechos justiciables sobre los que versará el proceso, por lo que se plantea la cuestión de averiguar cuál de dichos actos va a contener el núcleo esencial del objeto del proceso, que es el que nos interesa a nosotros.

Como ha mantenido Gimeno¹⁵⁷, el auto de hechos justiciables del artículo 37 a), "se mire como se mire, bien por ser susceptible de infringir el acusatorio, bien, en el mejor de los casos, por su carácter superfluo", debe ser derogado. Según el citado autor, el legislador en cuanto a este punto ha querido introducir en el ordenamiento español los sistemas francés e italiano de las "sentencias instructoras de reenvío". Sin embargo, el problema surge al constatar que tales sistemas "se han copiado mal"¹⁵⁸, ya que en los citados modelos del derecho comparado primero se lleva a cabo la instrucción, después el juez de instrucción da por concluido el sumario fijando los elementos objetivos y subjetivos del objeto del proceso, los cuales vincularán a la acusación cuando ésta, finalmente, proceda a la calificación. Como es sabido, esto no es lo que ocurre en la Ley del Jurado, donde una vez incoado el proceso se practicarán tanto las diligencias de investigación solicitadas por las partes y que el Juez considere pertinentes, como aquéllas que el órgano jurisdiccional decida ordenar de oficio.

¹⁵⁵ FAIRÉN, "Las Leyes del Jurado...", cit., p. 452, que en relación con el artículo 37 a) afirma "que no hay tal 'principio acusatorio' en donde es el mismo tribunal el que ha de resolver –su parte de juristas- el que puede excluir o añadir hechos con posterioridad a las acusaciones provisionales...".

¹⁵⁶ Si bien en el art. 29 relativo a los escritos de calificación no se hace mención directa a los hechos, no es menos cierto que, a través de la remisión que dicho artículo hace al 650 LECr., sí nos hallamos ante tal referencia a los hechos, aunque sea de forma indirecta.

¹⁵⁷ "La segunda reforma...", p. 3

¹⁵⁸ Ob. cit., p. 2

Seguidamente, las partes acusadoras califican, pudiendo, tras esta calificación, llevarse a cabo nuevas diligencias de investigación en el marco de la audiencia preliminar que regula el artículo 31 Ley Orgánica del Tribunal del Jurado¹⁵⁹. A continuación, el Juez de Instrucción dicta auto de apertura del juicio oral, en el cual habrá de determinar el hecho o hechos justiciables que serán objeto del juicio oral. A pesar de que el texto de la Ley habla expresamente de "auto de apertura del juicio oral" (arts. 32 y 33 Ley Orgánica del Tribunal del Jurado), éste, a nuestro juicio, se asemeja más a la función que desempeña el auto de conclusión del sumario del proceso ordinario de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, ya que posteriormente el Magistrado-Presidente todavía habrá de dictar el "auto de hechos justiciables" a que hace referencia el artículo 37, el cual, siempre en nuestra opinión, sí guardaría mayor semejanza con el auto de apertura del juicio oral del proceso ordinario.

En este sentido, también en el proceso ante el jurado serán, a nuestro juicio, los escritos de calificación de las partes los que habrán de ser decisivos por lo que se refiere a la garantía de la correlación entre acusación y sentencia que deriva del principio acusatorio. No alcanzamos a entender cómo la Ley, después de pronunciarse durante su Exposición de Motivos a favor de "que se consolide el principio acusatorio"¹⁶⁰, a continuación, a lo largo del texto articulado, dota tanto al Juez de Instrucción (artículo 33 a) Ley Orgánica del Tribunal del Jurado) como al

¹⁵⁹ No se entiende el sentido de estas nuevas diligencias de investigación, salvo el de desvirtuar el contenido de las calificaciones que se habían efectuado ya en los escritos de calificación del artículo 29 LOTJ.

¹⁶⁰ Exposición de Motivos, apartado VII.2, relativo a "El Ministerio Fiscal en la fase de instrucción".

Magistrado-Presidente (artículo 37 a) de la Ley últimamente citada) de tantos poderes dirigidos a la conformación del objeto del proceso¹⁶¹.

3.5. El auto de apertura del juicio oral

Si bien en España la cuestión relativa a la formación del objeto del proceso teniendo en cuenta el auto de apertura del juicio oral no ha despertado demasiado interés¹⁶², no sucede lo mismo en la ciencia procesal penal alemana, donde, a pesar de que el § 264 *Strafprozessordnung* en su párrafo I determina expresamente que "el objeto de la sentencia es el hecho designado *en la acusación* tal y como se presente tras el resultado de la vista", la opinión mayoritaria tanto en la doctrina como en la jurisprudencia mantenía tradicionalmente que, en realidad, el § 264 debería aludir al auto de apertura del juicio oral y no a la acusación¹⁶³.

En principio, esta tesis puede parecerse acertada en el proceso alemán, ya que, si bien es cierto que el escrito de acusación o

¹⁶¹ En un sentido similar se expresa también DE LA OLIVA SANTOS, "El Proyecto de Ley del Jurado, de 1994, y la estructura del proceso penal", en RDP 1994-3, p. 778.

¹⁶² VÁZQUEZ SOTELO sí se plantea esta cuestión expresamente, "El principio acusatorio...", cit., p. 400. Como expone ASENSIO, Principio acusatorio..., cit., pp. 60 y ss., en cuanto a esta cuestión se han dado (sobre todo -añadimos nosotros-) dos posturas bien definidas: la de quienes rechazan la existencia de una pretensión penal y llegan a la conclusión de que el momento en que el asunto queda definitivamente sometido al Tribunal es el de deducción de la calificación provisional, y la de quienes, como Asencio, son partidarios no sólo de la existencia de pretensión penal, sino incluso de que ésta va a constituir precisamente el objeto del proceso, manteniendo este último grupo de autores que la pretensión y por lo tanto el objeto del proceso "se deduce de forma definitiva en el acto regulado en el artículo 732 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal", es decir, en las conclusiones definitivas. Como ya hemos señalado anteriormente (*supra* I)1.3), nosotros, sin perjuicio de que optemos por mantener la existencia de pretensión en el proceso penal, creemos que ésta, por ser más amplia, no coincide con el objeto del proceso y, adscribiéndonos a la opinión del primer grupo de autores -aunque no en lo relativo a negar la existencia de pretensión en el proceso penal-, pensamos que el objeto del proceso en cuanto a su elemento objetivo queda ya definitivamente delimitado en los escritos de calificación provisional.

¹⁶³ BENNECKE-BELING, Lehrbuch des deutschen Reichsstrafprozessrechts, Breslau, 1900, p. 531; LIU, Der Begriff..., cit., p. 54; SCHWINGE, "Identität der Tat...", cit., p. 204; en contra, VON KRIES, Lehrbuch..., cit., pp. 565 y ss.

Anklageschrift determina el objeto del juicio oral y de la sentencia, no lo es menos que dicho objeto podrá ser reducido a través del auto de apertura, tal y como establece el § 207 II, 1º y 2º *Strafprozessordnung*. Por esta razón parecería correcto pensar que, efectivamente, el hecho o los hechos objeto del proceso sólo quedan delimitados con carácter definitivo en el auto de apertura y no desde el escrito de acusación, ya que, si ello no fuese así, podría darse el caso en que, habiéndose excluido del auto de apertura algún hecho de los que estaban contenidos en el escrito de acusación, se dicte sentencia en relación con dicho hecho que, si bien en un principio se hallaba incluido en la acusación, luego no fue en realidad objeto de la vista principal, ya que el auto de apertura no lo previó así¹⁶⁴.

Sin embargo, y a pesar de que hasta aquí parece realmente coherente mantener que el auto de apertura sea el instrumento a través del que se determina definitivamente el objeto del proceso en el ordenamiento procesal alemán¹⁶⁵, en seguida nos damos cuenta de que, en realidad, el supuesto que arriba enunciábamos es meramente hipotético, ya que el propio § 207, en su párrafo III continúa estableciendo que "en los casos del párrafo II, 1º y 2º la acusación pública presentará un nuevo escrito de acusación que se corresponda con el auto"¹⁶⁶.

¹⁶⁴ En cuanto a este problema ver BGH NJW 1959, 898, que en relación con el objeto de la acusación mantiene que no basta con que el hecho se mencione en el escrito de acusación, sino que lo decisivo será saber si la intención de perseguir de la autoridad acusadora se extiende también sobre tal hecho; BGH StV 86, 418; en contra, BayObLG JR 86, 430; KLEINKNECHT, StPO..., cit., § 264, marginal 7; un supuesto similar al que se describe en el texto es el que cita DE LA OLIVA, La conexión..., cit. p. 93, al señalar la posibilidad, ciertamente factible, de "que en las conclusiones provisionales se opere una reducción del contenido objetivo" en relación con el auto de conclusión del sumario.

¹⁶⁵ Ha de tenerse en cuenta que la StPO no prevé resoluciones como la de nuestro auto de procesamiento o la del auto de conclusión del sumario, por lo que el primer tamiz de carácter judicial por el que atraviesan los hechos objeto de acusación es el del auto de apertura, en el que el órgano judicial que va a conocer y sentenciar el caso resuelve que el imputado aparece como suficientemente sospechoso del hecho punible.

¹⁶⁶ V. el balance negativo al que, sobre este nuevo escrito de acusación, llega PETERS, Strafprozess, cit., p. 465.

En conclusión, creemos que también para el proceso penal alemán, y como bien expresa el tenor literal del § 264 *Strafprozessordnung*, ha de tenerse en cuenta el escrito de acusación como instrumento a comparar con la sentencia a efectos de averiguar si se ha cumplido con las exigencias que derivan de la vigencia del principio acusatorio en el proceso penal. Ésta parece ser además la opinión actualmente dominante en Alemania¹⁶⁷, a pesar de la corriente tradicional expuesta líneas más arriba.

3.6. Conclusiones definitivas

Existe en nuestra doctrina un amplio y significativo sector de autores que, como ya se ha apuntado, mantienen que el objeto del proceso en lo que concierne al elemento objetivo, sólo constará de forma definitiva en las conclusiones del mismo carácter a que hace referencia el artículo 732 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el ámbito del proceso ordinario, el artículo 793.6 para el proceso abreviado y el 48 de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado para el proceso ante el mismo. También ésta parece ser la línea jurisprudencial seguida tanto por el Tribunal Supremo, como por el Tribunal Constitucional¹⁶⁸.

En este sentido, se ha señalado que los autores que mantienen la existencia de una pretensión penal coinciden también en afirmar que las conclusiones definitivas son el instrumento a través del cual queda finalmente establecida dicha pretensión, la cual, a su vez, va a constituir el objeto del proceso, mientras que, por otro lado, hay otro grupo de autores

¹⁶⁷ ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, cit., p. 285, (§ 38, marginal 9); KLEINKNECHT, *StPO...*, cit., § 200, marginal 2; GOLLWITZER, Walter, *Löwe-Rosenberg Kommentar zur StPO*, Walter de Gruyter, 24ª edición, Berlin, 1987; RIEß, Peter, *Löwe-Rosenberg...*, cit., § 200, marginal 3; PFEIFFER, Gerd, "Die Anklage", en *Festschrift für Günter Bemann*, Nomos, Baden-Baden, 1997, p. 583; BGH GA 80, 168; BayObLG, Sentencia de 10.04.1989 (NStE, Nr. 19 zu § 264 StPO)

¹⁶⁸ SSTs 8 de mayo de 1987 (RA: 3.026); 7 de septiembre de 1989 (RA: 6.621); 30 de junio de 1992 (RA: 5.703); 24 de mayo de 1993 (RA: 4.310) y STC 20/1987, de 19 de febrero, donde el Constitucional hace suya la doctrina jurisprudencial del Supremo en cuanto a esta cuestión.

que rechazan la existencia de pretensión penal en el proceso de carácter punitivo, los cuales, a su vez, defienden la aptitud de los escritos de calificación provisional de cara a la fijación con carácter definitivo del hecho que vaya a constituir el objeto de la sentencia y del proceso¹⁶⁹.

En mi opinión, no es simple casualidad el hecho de que los autores partidarios de la existencia de una pretensión en el proceso penal coincidan también en mantener que el objeto del proceso sólo queda determinado una vez llegado el trámite de las conclusiones definitivas. Esta circunstancia, según creo, obedece a la explicación de que, en cierta medida, dichos autores identifican aquello que constituye el objeto del proceso con la pretensión penal, la cual, a su vez, incluiría no sólo los hechos, sino también la calificación jurídica y la petición de pena -es decir, que la pretensión penal en este sentido equivale a lo que aquí se ha venido denominando como objeto del proceso en sentido amplio; por lo tanto, si parten de esa premisa, que nosotros no compartimos, es lógico que el siguiente paso a dar sea el de afirmar que la pretensión, y por consiguiente el objeto del proceso, sólo queda deducida una vez formuladas las conclusiones definitivas.

El problema de esta solución aparece cuando se quieren establecer los términos de la vinculación a que queda sometido el órgano jurisdiccional a la hora de dictar sentencia, y es que si esta corriente doctrinal mantiene la equivalencia entre el objeto del proceso penal y la pretensión, entonces también parecería lógico concluir que el órgano jurisdiccional queda vinculado por la calificación jurídica y la petición de pena propuesta por la acusación¹⁷⁰.

¹⁶⁹ ASENCIO, Principio acusatorio..., cit., p. 60 y las dos corrientes doctrinales que cita este autor.

¹⁷⁰ Lo cual niegan los propios autores a los que nos estamos refiriendo: PRIETO-CASTRO y GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Derecho..., cit., p. 341-342; ASENCIO, Principio acusatorio..., cit., pp. 88 y ss. Este autor, a pesar de afirmar que el objeto del proceso queda constituido por la pretensión penal, luego, a la hora de

De esta manera puede observarse cómo en las conclusiones definitivas lo que queda establecido es el objeto del proceso en sentido amplio. Sin embargo, lo que debe tenerse en cuenta a efectos del principio acusatorio, es el objeto del proceso en sentido estricto, tal y como se ha venido denominándolo a lo largo de estas páginas. Sólo éste, es decir, el hecho, va a ser lo que vincule al órgano jurisdiccional, pues tanto de la calificación jurídica como de la pena propuesta por las partes podrá desvincularse, eso sí, claro está, dándole a éstas posibilidad material de defenderse y de contradecir la nueva tesis formulada por el tribunal de oficio.

Se plantea, además, la siguiente cuestión: si el objeto del proceso sólo queda definido a través de las conclusiones definitivas, entonces todo parecería indicar que el juicio oral, incluida la práctica de la prueba, se ha celebrado sin que en realidad se supiese cuál era su verdadero objeto, el cual sólo se averiguará en el trámite de las conclusiones definitivas. Esto no es, con toda seguridad, lo que los partidarios de la corriente que aquí se comenta quieren significar al mantener que la pretensión se deduce de forma definitiva en las conclusiones del artículo 732 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; sin embargo, una interpretación formal de sus postulados podría conducir a esta conclusión absurda que acaba de formularse, la cual se evitaría, en mi opinión, si se optase por mantener la idoneidad de los escritos de calificación provisional como instrumento o trámite por medio del cual se determina cuál va a ser el hecho sobre el que

identificar ésta última, establece que el único elemento esencial es el hecho, lo cual lleva consigo que el objeto procesal no pueda ser identificado a través de la calificación jurídica ni de la petición de pena. Llegados a este punto nos preguntamos entonces qué consecuencias prácticas se obtienen al afirmar que el objeto del proceso está constituido por la pretensión penal si una vez llegado el momento de establecer con respecto a qué queda vinculado el órgano jurisdiccional se matiza, en nuestra opinión, la afirmación anterior, añadiendo ahora que el único elemento esencial de la pretensión a efectos de su identificación es el constituido por los hechos, mientras que los demás (calificación jurídica y petición de pena) no tienen lo que podría denominarse como capacidad identificadora.

va a versar el juicio oral, con toda la práctica de la prueba y, finalmente también, sobre el que el órgano jurisdiccional va a resolver en su sentencia.

Tanto en la doctrina como en la jurisprudencia se aduce con frecuencia que afirmar que el objeto del proceso queda conformado definitivamente en los escritos de calificación provisional equivale a dejar sin sentido todo lo actuado en el juicio. No puedo estar de acuerdo con este argumento esgrimido por el Tribunal Supremo. Claro que el juicio oral y toda la actividad probatoria que en él se despliega son fundamentales. Y además, gracias a toda esta actividad va a poderse integrar de una forma más completa el objeto del proceso. Lo que aquí se defiende es que la esencia de éste ya estaba contenida desde los escritos de calificaciones provisionales. Asimismo, no se puede decir que el juicio oral y la práctica de la prueba dejan de tener sentido, pues antes de ésta es verdad que, a mi juicio, están determinados ya los hechos que se van a enjuiciar, pero en ningún caso consta si al acusado se le va a condenar o a absolver por dichos hechos, por lo que el juicio oral sigue conservando una importancia vital.

Por otro lado, el carácter no siempre escrito de las conclusiones definitivas puede ocasionar problemas a la hora de defender la tesis que aquí se critica y según la cual es en dichas conclusiones donde el objeto del proceso queda delimitado de forma definitiva. Y es que si bien en el ámbito del proceso ordinario las dificultades pueden salvarse de forma relativamente fácil gracias al tenor literal del artículo 732.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el cual determina que en caso de que las partes decidan modificar los escritos de calificación, "formularán *por escrito* las nuevas conclusiones..."¹⁷¹, no sucede lo mismo ni en el proceso abreviado, ni tampoco en el proceso ante el Tribunal del Jurado.

¹⁷¹ Con lo cual, para los casos en que no haya modificaciones de los escritos de calificación provisional, se acaba por hacer referencia a éstos como instrumento que contiene el objeto del proceso, tal y como se mantiene también aquí.

En cuanto al primero de ellos, el artículo 793.6 de la Ley de Enjuiciamiento hace referencia a que las partes "...expongan *oralmente* cuanto estimen procedente sobre la valoración de la prueba y la calificación jurídica de los hechos". Si el legislador de 1988 hubiese silenciado este aspecto relativo a la forma oral no habría ningún problema, ya que entonces regiría con carácter supletorio la normativa del proceso ordinario, a la cual ya se ha hecho referencia. Sin embargo, al aludir el citado precepto expresamente a la oralidad de las exposiciones, no cabe otra interpretación. Esto supondría que para el ámbito del proceso abreviado aquellos hechos que constituyan el objeto del proceso no van a constar por escrito, sino que sólo serán pronunciados por las partes oralmente y una vez practicada la prueba, con la consiguiente "evanescencia de tal formulación *in voce*", como ha expresado en alguna ocasión y de forma ciertamente gráfica el Tribunal Constitucional¹⁷². Precisamente lo mismo sucedería también en el proceso ante el Tribunal del Jurado, ya que la nueva Ley que lo regula remite en su artículo 48 sobre "[m]odificaciones de las conclusiones provisionales y conclusiones definitivas" al artículo 793.6 y 7 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal¹⁷³.

Otro argumento en contra de las conclusiones definitivas como momento a partir del cual queda delimitado el objeto del proceso se obtiene a raíz de un examen del derecho comparado. Así, por lo que se refiere al derecho alemán, como ya se ha expuesto anteriormente¹⁷⁴, la doctrina sólo se plantea el problema del momento en que queda establecido con carácter definitivo el hecho objeto del proceso en relación con el escrito de

¹⁷² Sentencia 230/1997, de 16 de diciembre, si bien la misma trae causa de un juicio de faltas por accidente de circulación.

¹⁷³ En el proceso penal alemán, la acusación adicional o *Nachtragsanklage* del § 266 de la StPO también será formulada oralmente. Sin embargo, como afirma ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, cit., p. 76, (§ 13, marginal 5), se trata solamente de una excepción al principio general según el cual la acusación habrá de constar por escrito.

¹⁷⁴ *Supra* I) 3.5

acusación o el auto de apertura de la vista principal. Nada se dice de momentos posteriores. Y desde el punto de vista del texto de la ley, hay que decir que ni siquiera se prevé en la *Strafprozessordnung* ninguna institución similar a la de las conclusiones definitivas de nuestro ordenamiento procesal penal, de lo cual se puede concluir que, si realmente se contuviese en ellas el objeto del proceso por primera vez con carácter definitivo, tendría que tratarse entonces de un trámite de obligada existencia también en el proceso penal alemán. Solamente nos encontramos con los informes finales del § 258 *Strafprozessordnung*, que sí cumplen una función análoga a sus homónimos de los artículos 734 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Tampoco el *Nuovo Codice di Procedura Penale* italiano de 22 de septiembre de 1988 regula un trámite que pudiese equivaler al de nuestras conclusiones definitivas. Solamente el artículo 523 relativo al *svolgimento della discussione* hace referencia a la formulación de las respectivas conclusiones de las partes, pero, a pesar de la coincidencia en cuanto a la expresión "conclusiones", este acto parece guardar también, al igual que sucedía en el proceso alemán, más relación con los informes finales, tras los cuales se procede ya a dictar sentencia.

Por todas estas dificultades que hemos visto se plantearían en la práctica y sin perjuicio del gran respeto que nos inspira la tesis y los argumentos tan consistentes de los autores anteriormente citados, hemos de concluir reiterando que nos parece más convincente afirmar que el hecho o hechos objeto del proceso se fijan con carácter definitivo desde los escritos de calificación provisional, no pudiendo dichos hechos (en el sentido de núcleo esencial del objeto del proceso, es decir, hechos en sentido normativo) ser alterados a lo largo de todo el juicio oral, salvo que se den los presupuestos previstos en el artículo 746.6 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de entrada de nuevos hechos al proceso con la consiguiente

necesidad que surge de formular nuevo escrito de acusación¹⁷⁵. Otra cosa es que cambie la calificación jurídica de lo que hemos denominado como núcleo esencial del hecho o nuevos hechos accidentales; sin embargo, aquel núcleo esencial habrá de quedar inalterado hasta la misma sentencia que dé fin al proceso.

4. Objeto eventual del proceso penal: la pretensión civil acumulada

Si bien es cierto que la materia relativa a la pretensión civil acumulada al proceso penal no constituye el objeto central de nuestro estudio, nos parece interesante hacer una breve referencia a este sistema de conexión de causas, así como a determinadas cuestiones que se plantean en la práctica y que no deben confundirse. Conviene advertir que no procederemos a un estudio ni mucho menos exhaustivo de este tema que, por otro lado, podría ser objeto de una obra monográfica, sino que, por el contrario, sólo se trata de intentar clarificar algunos aspectos relacionados con la pretensión civil acumulada al proceso penal y la cuestión de si también en cuanto a este aspecto rige el principio acusatorio y la garantía de la correlación entre acusación y sentencia.

4.1. Algunas generalidades. Ventajas e inconvenientes de la acumulación

Como es sabido, la idea de acumular la pretensión civil que nace del delito al proceso penal, proviene del derecho francés, concretamente del *Code d'instruction criminelle* de 1808. En él se inspiraron no sólo el legislador español del siglo XIX a la hora de regular esta materia, sino también los de otros países del denominado entorno romano¹⁷⁶. También el proceso penal alemán prevé desde 1943 la institución del

¹⁷⁵ *Supra* I) 3.1

¹⁷⁶ Artículos 74 y ss. del *Nuovo Codice di Procedura Penale* italiano y 71 y ss. del Código de Processo penal portugués.

*Adhäsionsverfahren*¹⁷⁷, si bien es cierto que, por un lado, tal previsión parece traer causa de la *Strafprozessordnung* austriaca¹⁷⁸, en la cual este fenómeno acumulativo ha encontrado gran arraigo histórico¹⁷⁹, y por otro lado, que desgraciadamente este proceso adhesivo no ha llegado a alcanzar importancia en la práctica¹⁸⁰.

Todo lo contrario ha sucedido en España, donde la acumulación al proceso punitivo de la pretensión civil nacida del ilícito penal constituye la regla. Esta práctica frecuente se debe a la regulación favorecedora de la acumulación llevada a cabo por la Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuyo artículo 112 establece que "ejercitada sólo la acción penal, se entenderá utilizada también la civil, a no ser que el dañado o perjudicado la renunciase o la reservase expresamente...". Como ya comentaba Gómez Orbaneja al respecto, "la nuestra ha ido más lejos que las demás legislaciones vigentes"¹⁸¹. Pues bien, si hacemos un breve repaso de las regulaciones sobre esta materia vigentes actualmente en el entorno comparado, podremos concluir que las palabras del citado autor siguen gozando de actualidad en nuestros días. Así, podemos constatar que, tanto en Francia¹⁸², como en Italia¹⁸³, Alemania¹⁸⁴, Austria¹⁸⁵ y Portugal¹⁸⁶, el

¹⁷⁷ § 403 y ss. StPO. V. la observación que en cuanto al término *Adhäsionsverfahren* hacen ROXIN, *Strafverfahrensrecht* cit., p. 459, (§ 63, marginal 5) y JESCHECK, "Die Entschädigung des Verletzten nach deutschem Strafrecht", en *JZ* 1958, p. 591, en el sentido de que *Adhäsionsverfahren* puede inducir a error, porque la pretensión se resuelve en el mismo procedimiento, no en otro adicional.

¹⁷⁸ Así lo entiende KLEINKNECHT, *StPO...*, cit., Vorbemerkung zu § 403, marginal 1

¹⁷⁹ SCHNEK, Friedrich, *Der Adhäsionsprozeß nach österreichischem Recht*, Perles, Wien, 1928, pp. 1 y ss. Actualmente se halla regulado en los §§ 4, 47, 172, 365 al 374, 430 y 449 de la StPO austriaca.

¹⁸⁰ ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, cit., p. 458, (§ 63, marginal 1); ESER, Albin, "Zur Renaissance des Opfers im Strafverfahren", en *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Heymanns Verlag, Köln, Berlin, Bonn, München, 1989, p. 731. Para los motivos de esta falta de importancia, JESCHECK, Hans-Heinrich, "Die Entschädigung...", cit., pp. 591 y ss.

¹⁸¹ *Comentarios...*, cit., t. II, p. 373

¹⁸² Artículo 3 del *Code de Procédure Pénale*: "La acción civil puede ser ejercitada al mismo tiempo que la acción pública y ante la misma jurisdicción".

sujeto perjudicado por el delito tiene la *opción* de solicitar que se acumule la pretensión civil nacida de aquel al proceso penal, sin que ello pueda ocurrir con carácter automático, tal y como sí sucede en España.

Sin embargo, conviene dejar claro que este carácter automático de la acumulación en nuestro proceso penal no debe confundirse con que la citada acumulación sea obligatoria. Por el contrario, la decisión de acumular queda a disposición del perjudicado. La diferencia en relación con las demás legislaciones que hemos citado radica, como también ha afirmado Gómez Orbaneja¹⁸⁷, en que mientras en España la disposición se manifiesta a través de un acto negativo, cual es el de reservarse expresamente el derecho de acción para su ejercicio en un proceso civil posterior, o el de la renuncia, en los ordenamientos a que hemos hecho referencia, el acto de disposición tiene carácter positivo, a saber: ejercitar la acción civil con carácter simultáneo a la penal en el proceso de este carácter.

Si bien es verdad que nos parece acertada la idea de acumular la pretensión civil al objeto del proceso penal a causa del efecto favorecedor que ejerce tal práctica sobre el principio de economía procesal, el cual,

¹⁸³ Artículo 74 del *Nuovo Codice di Procedura Penale*: "La acción civil para la restitución y para el resarcimiento del daño en el sentido del art. 185 del codice penale *puede* ser ejercitada en el proceso penal por el sujeto...".

¹⁸⁴ § 403 StPO: "El lesionado o su heredero *podrán* hacer valer en el proceso penal la pretensión jurídico-patrimonial nacida del hecho punible...".

¹⁸⁵ § 4 StPO austriaca: "Las pretensiones jurídico-privadas derivadas de acciones punibles serán resueltas en el proceso penal *a instancia del perjudicado*...".

¹⁸⁶ Artículo 71 del *Código de Processo Penal*: "O pedido de indemnização civil fundado na prática de um crime é deduzido no processo penal respectivo, só o podendo ser em separado, perante o tribunal civil, nos casos previstos na lei". Si bien este artículo consagra un régimen de adhesión o acumulación obligatoria, tal carácter obligatorio sólo rige en el sentido de que, una vez el perjudicado en su esfera patrimonial (o moral) por el delito decida ejercitar acción civil reclamando ser indemnizado, dicha acción habrá de ser necesariamente acumulada al proceso penal, salvo en los supuestos excepcionales previstos en el artículo 72. No se trata, como en España, de que la acción civil se entienda automáticamente ejercitada con la penal.

¹⁸⁷ Comentarios..., cit., t. II, pp. 372, 373 y 617

creemos, constituye en definitiva su único fundamento¹⁸⁸, ha de reconocerse que el favorecimiento del citado principio no justifica la actual regulación del tema por la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Sin perjuicio de los inconvenientes que pueda traer consigo la acumulación de la que venimos tratando en estas líneas¹⁸⁹ -los cuales creemos que podrían obviarse en gran medida a través de una adecuada regulación del tema- nos parece muy loable que, desde el punto de vista legal, se intente promover la práctica de la acumulación. Sin embargo, tal favorecimiento ha sido llevado por el legislador hasta un extremo exagerado, lo cual trae consigo el que, una vez más, proceso civil y penal y, en consecuencia, los principios aplicables a cada uno de ellos, se confundan en la práctica.

En este sentido, nos parece interesante hacer hincapié en dos cuestiones a nuestro juicio problemáticas que derivan de la regulación dada por la Ley de Enjuiciamiento Criminal a esta materia: en primer lugar, el deber que el artículo 108 impone al Ministerio Fiscal al establecer que "la acción civil ha de entablarse juntamente con la penal por el Ministerio Fiscal..."; y, en segundo lugar, la cuestión relativa al carácter automático o, si se quiere, implícito que la Ley, en su artículo 112, atribuye al ejercicio de la acción civil al afirmar que "ejercitada sólo la acción penal, se entenderá utilizada también la civil..."

¹⁸⁸ DE LA OLIVA, La conexión..., cit., p. 208, el cual mantiene que la única razón para esta acumulación es la economía procesal, ya que no cabe la posibilidad de sentencias con juicios contradictorios; GIMENO, Derecho Procesal Penal, cit., p. 169. KLEINKNECHT, StPO..., cit., Vorbemerkung zu § 403 StPO, marginal 1, que parece ver el fundamento de la institución también en la posibilidad de evitar que recaigan sentencias contradictorias sobre un mismo hecho.

¹⁸⁹ GÓMEZ ORBANEJA, Comentarios..., cit., t. II, pp. 371 y 372; GIMENO, Derecho Procesal Penal, cit., p. 169; GÓMEZ COLOMER, Derecho Jurisdiccional, cit., t. III, pp. 110 y 111, donde este autor hace referencia al grave inconveniente que supone el que se obligue "a nuestros jueces y magistrados a utilizar, aplicar y manejar una doble mentalidad y técnica jurídicas al mismo tiempo, pues deben investigar, probar y juzgar penal y civilmente en la misma causa..."

En cuanto a la primera cuestión, si bien es cierto que el legislador de 1882 al introducir este deber del Ministerio Fiscal de ejercitar la acción civil junto con la penal probablemente perseguía fines legítimos que también ha de cumplir el proceso penal, como es la protección de las víctimas del delito, creemos que con tal regulación acaban por desvirtuarse los fines que ha de alcanzar el ejercicio de la acción civil, bien sea acumulada al proceso penal, o no, así como la naturaleza dispositiva del derecho material subyacente. En realidad, la Ley de Enjuiciamiento Criminal, a pesar de datar del siglo XIX, se adelanta y parece incluso ir más allá de las propuestas actuales presentadas por la moderna ciencia de la victimología que tanto auge está cobrando en nuestros días¹⁹⁰, lo cual no deja de ser meritorio, siempre que no se llegue al extremo de desnaturalizar el derecho material subyacente en cada tipo de proceso, así como sus principios informadores, que es lo que, a nuestro juicio, ha sucedido con la introducción del artículo 108 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En nuestra opinión, lo correcto hubiese sido que, efectivamente, se estableciese este deber del Ministerio Fiscal de ejercitar la acción civil junto con la penal, pero solamente una vez constase que el perjudicado o sus herederos no quieren renunciar a su derecho o reservárselo para su ejercicio en un proceso civil posterior. De esta forma se preserva la facultad del perjudicado para disponer de sus derechos de carácter privado sin que por ello deje de fomentarse la práctica de acumular al proceso penal la acción de carácter civil, ya que, en el caso de que el perjudicado por el delito estuviese interesado en la indemnización pero no en mostrarse parte

¹⁹⁰ GÓMEZ ORBANEJA, Comentarios..., cit., t. II, p. 580 y las citas que allí se hacen de los autores pertenecientes a la escuela del positivismo penal en relación con la protección de víctimas del delito.

en el proceso penal pendiente, el Ministerio Fiscal podrá ejercitar la acción civil y hacer valer sus derechos a través del proceso penal¹⁹¹.

Por lo que se refiere a la segunda cuestión que nos planteábamos relativa al contenido del artículo 112 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, según el cual la acción civil se entenderá ejercitada una vez lo haya sido la penal, no alcanzamos a entender qué sentido puede tener esta afirmación. Si es cierto que en la cuestión anterior todavía cabía plantearse si el deber que la Ley impone al Ministerio Fiscal de acumular la pretensión civil al proceso penal se podía justificar por el fin legítimo que supone la protección de los intereses de la víctima del delito, aquí, en esta segunda cuestión, no se nos ocurre justificante alguno, sino que, antes al contrario, pensamos que el precepto plantea serios problemas de interpretación. Así, en primer lugar, parece no tenerse en cuenta el contenido del ya citado artículo 108, ya que si, por un lado, se impone al Ministerio Fiscal el deber de ejercitar la acción civil junto a la penal, no parece congruente que, por otro lado, se determine que la acción civil se entienda ejercitada con el solo ejercicio de la penal, pues para ello parece que habría que dar por sentado que el Ministerio Fiscal no va a cumplir con el deber que le impone el tan citado artículo 108. Por lo tanto, el artículo 112 vacía de contenido al 108, inciso 1º, pues no se entiende para qué se impone al Ministerio Fiscal el deber de ejercitar la acción civil si, sea lo que fuere, ésta se entiende ejercitada con carácter automático junto a la penal; o a la inversa: ¿para qué predica el artículo 112 el carácter automático del ejercicio de la acción civil si, de cualquier modo, ya se había dicho anteriormente que el Ministerio Fiscal tiene el deber de ejercitarlo junto a la penal? Como vemos, uno de los dos preceptos es superfluo. Este es el primer problema interpretativo que se plantea en cuanto al artículo 112, pero es que aún hay más.

¹⁹¹ En cuanto a qué naturaleza jurídica debe atribuírsele al ejercicio de la acción civil por el Ministerio Fiscal, GÓMEZ ORBANEJA, *Comentarios...*, cit., t. II, p. 373.

En segundo lugar, tampoco puede conciliarse el precepto del artículo 112 con el del 650, ya que este último establece que "el acusador privado en su caso, y el Ministerio Fiscal cuando sostenga la acción civil, expresarán además: ..."; pensamos que de ello se desprende la imposibilidad del ejercicio implícito de la acción civil, lo cual, por otro lado, no podría ser de otra forma, ya que si no el responsable civil no podrá saber con certeza qué es lo que se pide, si bien es cierto que la propia Ley de Enjuiciamiento dispone en su artículo 742.2 que "también se resolverán en la sentencia todas las cuestiones referentes a la responsabilidad civil que hayan sido objeto del juicio".

En definitiva, hemos de concluir que no nos parece adecuado el régimen de acumulación automático previsto por la Ley, ya que creemos que el ejercicio de la acción civil ha de tener carácter expreso¹⁹². Esta opinión viene avalada por la Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, donde se mantiene que "la calificación jurídica provisional del hecho justiciable y de la persona del delincuente, ..., es en el procedimiento criminal lo que en el civil la demanda y su contestación...". Si bien es cierto que esta comparación no nos parece del todo acertada por lo que respecta al contenido penal de los escritos de calificación, creemos que sí lo es en relación con el objeto eventual del proceso penal constituido por la pretensión civil acumulada, ya que, tal y como está regulada hoy por hoy esta materia nos hallamos ante un supuesto de acumulación de pretensiones (penal y civil) que encuentra su fundamento en una relación de conexión de carácter heterogéneo, lo cual no impide que, a pesar de la acumulación en un mismo proceso, el desarrollo de ambas causas se rija

¹⁹² FONT SERRA, Eduardo, La acción civil en el proceso penal. Su tratamiento procesal, La Ley, Madrid, 1991, pp. 90 y 122, así como la jurisprudencia del Tribunal Supremo allí citada.

por los distintos principios que informan los dos tipos de proceso (penal y civil)¹⁹³.

4.2. Principios por los que se rige el tratamiento de la pretensión civil acumulada al proceso penal

En principio, parece obvio pensar que si nos hallamos ante una verdadera pretensión civil lo lógico será que, en todo lo relativo a dicha pretensión, se apliquen los principios que informan el proceso civil, ya que la única particularidad del denominado proceso adhesivo deriva de la acumulación al proceso penal de una pretensión de carácter heterogéneo. La razón de esta acumulación se halla en que ambas pretensiones han nacido de un mismo hecho, de lo cual se deduce la conveniencia de que sean ventiladas a través de un único cauce procedimental. Sin embargo, para resolver cada una de las pretensiones, siguen siendo de aplicación los principios procesales que derivan del carácter civil o penal del derecho material subyacente. Esta conclusión se desprende también de la regulación dada por la Ley de Enjuiciamiento Criminal en relación con esta materia, ya que se deja en manos del particular ofendido o perjudicado por el hecho penalmente ilícito la posibilidad de renunciar al proceso mismo o de reservar la acción civil para su ejercicio en un proceso civil posterior.

Hasta aquí todo parece estar claro. Sin embargo, y si bien es cierto que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha establecido reiteradamente que los principios aplicables a todo lo relativo a la pretensión civil acumulada son los del proceso civil¹⁹⁴, hay ocasiones en que esto no resulta estar tan claro¹⁹⁵, como es el caso de la Sentencia del Tribunal Supremo de

¹⁹³ DE LA OLIVA, La conexión..., cit., pp. 205 y ss.

¹⁹⁴ SSTS 25 de enero de 1990 (RA: 504); 7 de abril de 1990 (RA: 3.202)

¹⁹⁵ En el mismo sentido, MORENO CATENA, Víctor (Dir.), COQUILLAT VICENTE, Ángela, DE DIEGO DÍEZ, Alfredo, JUANES PECES, Ángel, DE LLERA SUÁREZ BÁRCENA, Emilio. Edición a cargo de: FLORES PRADA, Ignacio, "El

30 de septiembre de 1995¹⁹⁶, que en su Fundamento Jurídico noveno afirma lo siguiente:

"Por mor del 'principio acusatorio' que preside el ejercicio de la jurisdicción punitiva y del 'principio dispositivo' de parte que informa el de la civil, es obvio que la condena por vía indemnizatoria no puede exceder en su importe a lo postulado por las partes..."

Con esta última afirmación estamos perfectamente de acuerdo, pero no lo podemos estar con la mención que previamente se hace al principio acusatorio, ya que éste no debe aplicarse en lo que concierne a la pretensión de carácter civil. Con ello vemos como, a pesar de que el Supremo tiene declarado con carácter de doctrina general que, *"aun ejercitada dentro del proceso penal, la pretensión civil no pierde procesalmente su naturaleza y se rige por los principios propios de esta rama procesal, entre los que se halla el dispositivo y los que son consecuencia del mismo"*, a pesar de estas afirmaciones, parece seguir latente la confusión entre principio acusatorio y principio dispositivo o, con carácter general, entre proceso penal y proceso civil.

Esto es lo que sucede en nuestro país en cuanto a este problema; sin embargo, es en este caso en Alemania donde, en nuestra opinión, la confusión alcanza su grado máximo, afirmándose tanto en la doctrina¹⁹⁷ como en la jurisprudencia¹⁹⁸ que los principios aplicables al *Adhäsionsverfahren* serán aquellos que rigen en el proceso penal, y

objeto del proceso", en *El Proceso Penal. Doctrina, Jurisprudencia y Formularios*, vol. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 618 y ss.

¹⁹⁶ (RA: 6.896)

¹⁹⁷ ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, cit., p. 459, (§ 63, marginal 5); AMELUNXEN, Clemens, "Die Entschädigung des durch eine Straftat Verletzten", en *ZStW*, 1974 (t. 86), p. 462, que mantiene que el único principio procesal civil que ha de tener en cuenta el juez penal es el de '*ne ultra petita*', no pudiendo dar más de lo solicitado; KLEINKNECHT, *StPO...*, cit., § 404, marginal 10; KÖCKERBAUER, Hans Peter, *Das Adhäsionsverfahren nach der Neuregelung durch das Opferschutzgesetz 1987 und seine rechtliche Problematik*, Peter Lang, Frankfurt a. M., 1993, pp. 118 y ss.

¹⁹⁸ BGHSt 37, 260, 261; 37, 263

particularmente el principio inquisitivo o de investigación oficial (*Inquisitionsmaxime*). Es cierto que, seguidamente, esta afirmación es objeto de una matización, manteniéndose que el principio dispositivo ha de encontrar, aunque sea limitadamente, aplicación en el proceso adhesivo, ya que en éste nos hallamos exclusivamente ante pretensiones de carácter civil¹⁹⁹, pero aun así no podemos estar de acuerdo con esta tendencia dominante en Alemania, ya que si por un lado se afirma que, efectivamente, nos hallamos ante una pretensión de carácter civil, no parece consecuente, ni lógico, que seguidamente se determine la conveniencia de aplicar los principios informadores del proceso penal para la resolución de la cuestión civil. Es cierto que, en nuestra opinión, parece justificada la opción que el legislador ofrece en cuanto a acumular la pretensión civil al proceso penal, ya que gracias a ella se evita la doble tramitación (penal primero y civil después) de una misma causa y, según determinados autores²⁰⁰, la posible contradicción entre sentencias. Además, también con la acumulación se persigue, aunque no siempre se consiga²⁰¹, el legítimo fin de posibilitar una pronta reparación del daño causado al perjudicado. Hasta aquí todo nos parece perfectamente correcto. Sin embargo, lo que ya no puede aceptarse es que se apliquen los principios del proceso penal a una pretensión puramente civil, cuya única particularidad consiste en haber sido acumulada al proceso penal en aras de la economía procesal. Con ello lo único que se consigue es desnaturalizar la pretensión de carácter civil nacida del ilícito penal²⁰².

¹⁹⁹ KÖCKERBAUER, *Das Adhäsionsverfahren...*, cit., p. 122, entre otros.

²⁰⁰ ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, cit., p. 458, (§ 63, marginal 1).

²⁰¹ V. los supuestos de responsabilidad civil subsidiaria del Estado a los que alude GIMENO, *Derecho Procesal Penal*, cit., p. 169.

²⁰² FONT SERRA, *La acción civil ...*, cit., p. 89, que precisamente afirma que "es importante no olvidar que la acción civil ejercitada dentro del proceso penal no pierde procesalmente su naturaleza...", conclusión esta que, por otro lado, constituye doctrina constante del Tribunal Supremo.

Llegados a este extremo de aplicar la regulación y los principios relativos al proceso penal contenidos en la *Strafprozessordnung* a la pretensión civil nacida del ilícito penal, nos parecería ya más consecuente la tesis de aquella línea doctrinal tan de moda últimamente en todos los países, según la cual, la solución al problema de la satisfacción adecuada y efectiva de los intereses de la víctima o del perjudicado por el delito vendría de la mano de integrar la condena a la reparación del daño en el sistema *material* de sanciones²⁰³. Según Roxin, la reparación no es una pena, ni constituye en sí un objetivo penal, sino que, por el contrario, está al servicio de la prevención general y especial, tal y como, en sentido distinto también lo están las penas y las medidas de seguridad orientadas a la prevención especial. Con ello, la reparación ha de verse como una sanción independiente que constituye la tercera respuesta posible al delito, junto a las penas y las medidas de seguridad, a las cuales podrá atenuar o, dado el caso, también sustituir. Para el citado autor alemán, gracias a los principios de aplicación universal y voluntaria, y al de éxito garantizado, la reparación se aleja notablemente de la indemnización jurídico-civil de daños, convirtiéndose en un verdadero elemento del sistema jurídico-penal de sanciones²⁰⁴.

En definitiva, y después de este breve excursus, lo que nos parece conveniente destacar es la importancia de mantener, también en cuanto a esta cuestión, una postura consecuente. Por ello, si partimos de la base de

²⁰³ ROXIN, Claus, "Zur Wiedergutmachung als einer 'dritten Spur' im Sanktionensystem", en Festschrift für Jürgen Baumann, Giesecking, Bielefeld, 1992, pp. 243 y ss.; WEIGEND, Thomas, Deliktsoffer und Strafverfahren, Duncker & Humblot, Berlin, 1989, p. 527. En contra, HIRSCH, Hans Joachim, "Zusammenfassung der Ergebnisse des Kolloquiums und Frage weiterer Forschungen", en Neue Wege der Wiedergutmachung im Strafrecht (Internationales strafrechtlich-kriminologisches Kolloquium in Freiburg im Breisgau), editado por Albin Eser, Günther Kaiser y Kurt Madlener, Freiburg, 1990, pp. 377 y ss.

²⁰⁴ ROXIN, Claus, "Die Wiedergutmachung im strafrechtlichen Sanktionensystem", en Wege und Verfahren des Verfassungslebens, (Festschrift für Peter Lerche), Beck, München, 1993, pp. 305 y 313

que nos hallamos ante una pretensión de carácter *civil*, aunque ésta haya nacido de un delito o falta, habrá de regirse por los principios que informan el proceso civil, y ello habrá de ser así con independencia de que la cuestión relativa a la posible responsabilidad civil se acumule al proceso penal o se reserve para un proceso civil posterior. Por el contrario, y dejando a un lado los problemas que se puedan ver en aquellas corrientes doctrinales que postulan que la reparación del daño o perjuicio causado se integre en el sistema material de sanciones, si de entrada se mantiene que la reparación (*Wiedergutmachung*) no es más que una consecuencia jurídica del delito, entonces también parece lógico que a lo largo del proceso en que se resuelva sobre ella se apliquen los principios propios del proceso penal, pues ya no nos hallaríamos ante una pretensión civil.

Hemos de reconocer aquí la actitud un tanto pesimista que mantenemos en cuanto a este tema de la reparación o restitución a la víctima o perjudicado por el delito, ya que, tanto si nos decantamos por la primera opción de acumular la pretensión civil al proceso penal, como si lo hacemos por la segunda (integración de la condena a reparar en el sistema material de penas), en ambos casos, desgraciadamente, va a seguir latente el problema decisivo, a saber, que el responsable no tendrá capacidad económica suficiente como para reparar el daño. Es decir, una u otra opción se podrá manifestar como la más eficaz y económica para que el perjudicado obtenga el título de ejecución que declare su derecho a obtener la reparación, pero de nada le servirá tal título si la ejecución no se puede llevar a cabo por insolvencia del responsable. Sin embargo, con esto nos salimos ya de la materia de nuestra investigación, por lo que nos limitamos a dejar aquí apuntado el problema.

CAPÍTULO II: El principio acusatorio

1. Cuestiones previas

No es precisamente claridad lo que reina en nuestro país en relación con el principio acusatorio y las exigencias en él implícitas. Es cierto que con esta afirmación no estamos aportando nada nuevo, pues, hace aproximadamente medio siglo que tal estado de confusión había sido ya denunciado por Gómez Orbaneja²⁰⁵. Lo sorprendente es que, después de tantos años, todavía siga sin estar claro -sobre todo en la jurisprudencia, pero también en parte de la doctrina- "en qué consiste verdaderamente ese famoso principio acusatorio de la Ley de Enjuiciamiento Criminal"²⁰⁶. Por eso, a continuación estudiaremos cuál es el estado actual de confusión en esta materia.

1.1. Estado actual de confusión en relación con el principio acusatorio

Como ya se ha dicho, no nos hallamos ante una cuestión novedosa al denunciar la falta de claridad relativa al principio acusatorio, pues ya desde el siglo XIX y si comparamos lo que el legislador afirma en la Exposición de Motivos de nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal con lo que, posteriormente, es objeto de regulación a lo largo del texto articulado (en especial, artículos 733 y 851.4º), se puede constatar la incorrecta concepción que, desde entonces y desgraciadamente, ha encontrado profundo arraigo en nuestro país en cuanto al principio acusatorio. Concretamente, ya en la Exposición de Motivos, el legislador hace

²⁰⁵ "Quebrantamiento de forma. Delito continuado y principio acusatorio (arts. 505 y 506 Cód. Pen. de 1932, y artículos 733 y 912, núm. 4, LECRIM.)", en RDP, 1946-1, pp. 121 y ss.

²⁰⁶ GÓMEZ ORBANEJA, "Principio acusatorio y casación por infracción de ley", comentario a la STS de 14 de abril de 1950, en RDP, 1950-3, p. 482, el cual, ya en aquel entonces se sorprendía "de que sigamos sin respuesta satisfactoria, al cabo de los años", en cuanto al principio acusatorio.

referencia a la regulación contenida en el artículo 733 como si a través de ella estuviese admitiendo una excepción a las exigencias que derivan del principio acusatorio. Por esta razón, Alonso Martínez, entonces Ministro de Gracia y Justicia de Alfonso XII, parece verse ante la necesidad de justificar con gran elocuencia y buen estilo lo que, para él y de no ser justificado, constituiría una ruptura del principio acusatorio²⁰⁷. Sin embargo, en nuestra opinión, el legislador podía haberse ahorrado todas estas excusas y justificaciones, al menos por lo que al principio acusatorio respecta, ya que éste no se ve afectado por el mero cambio en la calificación jurídica del hecho, siempre y cuando éste último permanezca inalterado. Precisamente de ello –del solo cambio de calificación jurídica o de aspectos meramente accidentales- es de lo que trata literalmente el artículo 733, no de la inclusión de nuevos hechos, ni de alteraciones fácticas tales que supongan un cambio del núcleo esencial del hecho por el que en principio se estaba desarrollando el proceso.

Otra cosa es que se pretenda garantizar el derecho de defensa y la necesaria contradicción ante cualquier cambio en la calificación jurídica del hecho, en la forma de participación, circunstancias agravantes o atenuantes, formas de ejecución, etc.; pero una vez que se haya dejado clara la absoluta necesidad de dar cumplimiento a estas exigencias, hay que reconocer inmediatamente que las citadas garantías, si bien es cierto que en parte guardan relación con el principio acusatorio, no deben ser en ningún caso

²⁰⁷ Obsérvese la exagerada cautela con la que se expresa el legislador de cara a justificar el contenido del artículo 733, tanto en la Exposición de Motivos: "... Si en tal momento le asalta una duda grave sobre su verdadera calificación jurídica, ¿qué dificultad puede haber en que, hipotéticamente, sin prejuzgar el fallo definitivo y sólo por vía de ilustración, invite el Presidente del Tribunal al Ministerio público y defensor del procesado para que en sus informes discutan una tesis más? (...). 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 de la Europa continental le hubieran alentado con su ejemplo, ..."; como en el propio artículo 733, donde se habla de "facultad excepcional, de que el Tribunal usará con moderación...".

confundidas con éste, pues ello supondría olvidar que los distintos principios responden a diferentes fundamentos y están llamados a lograr la salvaguarda de distintas garantías.

Desgraciadamente, esta confusión de principios viene siendo la tónica general, salvo algunas excepciones²⁰⁸, de lo que sucede desde hace años tanto en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, como en la del Constitucional²⁰⁹, así como en parte de nuestra doctrina²¹⁰. Tanto el Tribunal Supremo como el Constitucional han repetido hasta la saciedad afirmaciones como la siguiente: "la efectividad del principio acusatorio exige, para excluir la indefensión (...) Que exista identidad del hecho punible" contenido en la acusación con el que es objeto de la sentencia. Y la misma sentencia prosigue diciendo: "El derecho a la información de la acusación, para permitir la defensa adecuada, debe referirse fundamentalmente al objeto del proceso, que *no se identifica tanto con una calificación jurídica como con un hecho individualizado como delito*"²¹¹.

Creemos que sólo con la cita de estas dos afirmaciones puede darse buena prueba de la amalgama entre principio acusatorio y derecho de defensa a la que ha dado lugar la jurisprudencia de nuestro país. Así, por lo que respecta a la primera de las dos citas acabadas de transcribir, no podemos estar de acuerdo con el Tribunal Constitucional cuando éste afirma que el principio acusatorio, para excluir la indefensión, exige la identidad entre el hecho acusado y aquél por el que se condena. Es cierto

²⁰⁸ SSTS de 21 de septiembre de 1990 (RA: 7.208); 8 de febrero de 1993 (RA: 939)

²⁰⁹ SSTS 7 de febrero de 1990 (RA: 1.290); 12 de marzo de 1991 (RA: 2.094) y SSTC 134/1986, de 29 de octubre; 53/1987, de 7 de mayo; 56/94, de 24 de febrero

²¹⁰ GIMENO, Derecho Procesal Penal, cit., p. 81, que afirma la existencia de "una manifiesta vulneración del acusatorio, si las partes acusadoras, en sus calificaciones definitivas, *ampliaran* su acusación a nuevos hechos, sobre los que no ha recaído prueba en el juicio oral", cuando en realidad lo que habría en este caso es un supuesto de indefensión, ya que, en rigor, los nuevos hechos han sido introducidos por la acusación y no por el órgano jurisdiccional.

²¹¹ STC 134/1986, de 29 de octubre (la cursiva es nuestra)

que del principio acusatorio deriva la necesidad de identidad del hecho; sin embargo, lo que ya no es verdad es que esta exigencia de identidad tenga como finalidad excluir la indefensión, la cual se combate a través de los derechos y garantías implícitos en el derecho a la tutela judicial efectiva, que incluye el derecho de acceso al proceso penal, la obligación de informar al imputado acerca de los derechos que le asisten, el derecho a ser informado de la imputación / acusación, así como el derecho a defenderse frente a los hechos que han sido objeto de imputación gracias a la vigencia del principio de contradicción sin el cual, por otro lado, no puede haber verdadero proceso.

El fin que se pretende alcanzar a través del principio acusatorio es otro que ya tendremos ocasión de exponer más adelante²¹²; en ningún caso es el de evitar la indefensión, salvo que quiera entenderse que ésta pudiera derivar de la parcialidad de que adolece el órgano jurisdiccional a causa de la confusión entre función acusadora y enjuiciadora y la consiguiente vulneración del principio acusatorio²¹³. Sin embargo, esto podría llevar a una concepción excesivamente amplia del concepto de indefensión.

Y en cuanto a la segunda de las afirmaciones del Tribunal Constitucional a la que hacíamos referencia anteriormente, también tenemos que disentir de lo que manifiesta el Alto Tribunal. En este caso se dice que el derecho a ser informado de la acusación "no se identifica tanto con una calificación jurídica como con un hecho individualizado como delito", lo cual no nos parece correcto, pues, para excluir la indefensión (ahora sí), el acusado habrá de ser informado sobre cualquier cambio de calificación jurídica que se quiera dar al hecho, y ello aunque éste, en

²¹² V. *infra* II)1.2.5

²¹³ Esta interpretación no nos parece, sin embargo, la más acertada, ya que, en definitiva, la infracción de cualquier otra garantía podría acabar por ser también reconducida a la indefensión. En el mismo sentido SERRANO HOYO, Gregorio, La prohibición de indefensión y su incidencia en el proceso, Comares, Granada, 1997, pp. 216-219

esencia, permanezca inalterado y con independencia de que tal cambio sea propuesto por la acusación o por el órgano jurisdiccional. Una vez más se vuelven a confundir las exigencias que derivan del principio acusatorio con aquéllas implícitas en el derecho a ser informado de la acusación, pues es para el primero y no para el segundo, para el cual lo relevante es el hecho y no la calificación jurídica²¹⁴.

Una vez esbozado de forma breve, pero creemos que bastante significativa, el estado de confusión reinante en nuestro país, pasamos a analizar el posible origen de todas estas imprecisiones y de que el principio acusatorio que aquí nos proponemos estudiar se haya convertido en el "cajón de sastre"²¹⁵ del proceso penal español.

1.2. Posible origen de este estado de confusión

A nuestro juicio, son varios los motivos a los que se puede deber el hecho de que el principio acusatorio carezca en nuestro país de unos contornos bien delimitados en relación con las demás garantías que derivan del derecho de defensa; sin embargo, y a pesar de que aquí, por motivos de claridad, los estudiemos separadamente, creemos que todos ellos están conectados entre sí.

1.2.1. El sistema o proceso acusatorio. Distinción frente al principio acusatorio

La gran mayoría de nuestra doctrina suele hablar del sistema acusatorio como contrapuesto al sistema inquisitivo. Cada uno de estos dos sistemas enunciados implica la vigencia de principios informadores de

²¹⁴ La misma opinión que aquí defendemos podemos encontrarla en ARMENTA DEU, Teresa, Principio acusatorio y derecho penal, Bosch, Barcelona, 1995, p. 67, quien mantiene que se puede vulnerar el derecho de defensa sin violar el principio acusatorio y a la inversa.

²¹⁵ Expresión en realidad utilizada por GIMENO, Derecho Procesal Penal, cit., p. 73, pero en relación con el artículo 24.2 de la Constitución.

carácter contrapuesto. Tales principios pueden esquematizarse de la siguiente manera:

1º) En el sistema inquisitivo no se produce la distinción entre la acusación y el órgano jurisdiccional enjuiciador, pues éste es el que introduce los hechos en el proceso, manteniendo una actitud inquisitiva y, en definitiva, haciendo las veces de juez y parte. Sin embargo, en el así llamado sistema acusatorio el órgano jurisdiccional queda perfectamente diferenciado de las partes y se constituye, por lo tanto, en el tercero imparcial que, desde tal postura, va a resolver sobre los hechos que le han sido aportados. A ello se añade la circunstancia de que en el sistema inquisitivo el órgano jurisdiccional competente para el enjuiciamiento y fallo de la causa también está dotado de grandes poderes de dirección material del proceso, por lo que va a ser él también el encargado de introducir las pruebas y no las partes, justo al contrario de lo que sucede en el sistema acusatorio.

2º) El proceso o sistema inquisitivo se caracteriza asimismo, según la doctrina, por la vigencia en él del principio de escritura y por su carácter secreto, mientras que el acusatorio se rige por los principios dialécticos, es decir, por el de oralidad y publicidad de las actuaciones²¹⁶.

3º) Otro criterio de distinción que se suele emplear para señalar las diferencias entre el sistema inquisitivo y el acusatorio es el relativo a la

²¹⁶ En cuanto a la cuestión de la publicidad, parece interesante destacar aquí la distinción que se suele llevar a cabo entre su aspecto o manifestación relativa o interna y absoluta o externa. Ya hemos tenido ocasión de expresarnos en cuanto a este tema, "Reflexiones en torno a la publicidad mediata en el proceso penal español", en Estudios en homenaje al Prof. Pérez Voituriez, Anales de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Laguna, nº 18, 2001 (en prensa), manteniendo que, por lo que se refiere al aspecto relativo o interno de la publicidad, es decir, aquel que hace referencia al carácter público del proceso en relación con las partes, en rigor no nos hallamos aquí ante tal manifestación del principio de publicidad, sino que, contrariamente, se trata de poder garantizar el derecho de defensa de las partes ya que, si éstas no conocen el contenido de las actuaciones que van teniendo lugar a lo largo del proceso, mal podrían reaccionar ante ellas. Así también MONTERO AROCA, Derecho Jurisdiccional, t. I, Parte General, (con Ortells Ramos), Bosch, Barcelona, 1987, p. 427.

permanencia del imputado en prisión (provisional) o en libertad, respectivamente, durante el desarrollo del proceso.

4º) Mientras en el seno del sistema inquisitivo la función jurisdiccional está atribuida a jueces técnicos o profesionales, otra característica que se suele predicar acerca del sistema acusatorio es la de la existencia en él de ciudadanos que participan en la Administración de Justicia a través de la institución del jurado o de jueces legos.

5º) Finalmente, también suele atribuirse al sistema inquisitivo la vigencia en él del doble grado de jurisdicción o doble instancia, mientras que en el sistema acusatorio predomina la instancia única. Esta última nota diferenciadora está directamente relacionada con la anterior, ya que en la existencia de una sola instancia penal suele verse una característica inherente al tribunal popular, pues de esta forma, es decir, al no poder ser impugnada la decisión que ha emanado del pueblo, se acaba por dotar a éste de mayor soberanía²¹⁷.

Éstos son los caracteres principales que la doctrina científica suele atribuir generalmente a los sistemas inquisitivo y acusatorio²¹⁸.

Como es sabido, se ha afirmado en la doctrina que cada uno de estos dos sistemas, cuyas notas más significativas acabamos de exponer, ha tenido vigencia en distintos períodos históricos²¹⁹; así, a lo largo de la historia, generalmente un sistema ha sucedido al otro, apareciendo en primer lugar, desde el punto de vista cronológico, el sistema acusatorio, seguido éste del inquisitivo, hasta que, finalmente y aún en la actualidad, se

²¹⁷ Sin embargo, creemos que este principio de carácter liberal choca frontalmente con el artículo 14.5 del PIDCP, que consagra el derecho que tiene toda persona declarada culpable de un delito a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior.

²¹⁸ GÓMEZ ORBANEJA, Derecho Procesal Penal (con Herce Quemada), cit., pp. 117-119; CONSO, Giovanni, "Accusa e sistema accusatorio", en Enciclopedia del Diritto, t. I, Giuffrè, Milano, 1958, p. 336; así como el propio legislador español en la Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

²¹⁹ CONSO, "Accusa...", cit., lug. cit.; GÓMEZ ORBANEJA, Derecho Procesal Penal, cit., pp. 115 y ss.

impone el sistema acusatorio formal o mixto, del cual también nuestro proceso penal constituye un ejemplo.

En cuanto al sistema acusatorio, se ha mantenido con carácter generalizado que éste tuvo su manifestación más pura durante la República Helénica, así como en la Alta República romana. Se trata de un período en que aún no se lleva a cabo la actual distinción entre pena y resarcimiento, es decir, entre el injusto penal y el civil, ya que el interés en la persecución del delito tiene carácter privado. Por ello, la decisión de acusar corresponde en un primer momento al particular ofendido o víctima y a su familia, si bien es cierto que pronto se fue ampliando el círculo de esta legitimación hasta que de la acción privada se pasa a la acción pública²²⁰.

Llegamos así al período del cual se afirma el predominio en él del sistema inquisitivo. El origen de tal sistema se ha visto en la siguiente circunstancia histórica: en un principio, y con carácter general, el proceso canónico en Roma fue también acusatorio. Sin embargo, en los casos de delito flagrante el órgano jurisdiccional tenía la posibilidad de la persecución de oficio. Así, se ha dicho que éste es el germen a partir del cual, en el siglo IX, el sistema inquisitivo empieza a desarrollarse, hasta su consolidación a raíz del IV Concilio de Letrán en el año 1215²²¹. Llegados a este momento, el proceso inquisitivo empieza a difundirse por el resto de Europa, con la única excepción de Inglaterra.

Con la llegada de la Ilustración y el triunfo de los ideales liberales a raíz de la Revolución Francesa, desaparece el sistema inquisitivo en su manifestación pura y característica del Estado absoluto. Así, tras la promulgación del *Code d'Instruction Criminelle* de 1808 se empieza a propagar por toda Europa el sistema que ha recibido el calificativo de mixto o acusatorio formal. Nos hallamos ante una nueva forma procesal

²²⁰ V. por todos, CONSO, ob. y lug. cit.

²²¹ GÓMEZ ORBANEJA, Derecho Procesal Penal, cit., p. 118; VÁZQUEZ SOTELO, "El principio acusatorio...", cit., p. 376

que se caracteriza por combinar los dos sistemas históricos que hemos venido comentando, de forma que ninguno de los dos aparecerá ya en su expresión más auténtica, sino que ambos se ven matizados a través de la introducción de determinadas notas propias o características del modelo contrario. Debido a esta circunstancia es difícil determinar cuáles son las características generales de este sistema mixto, pues caben tantas opciones como combinaciones puedan efectuarse entre las notas configuradoras del acusatorio y del inquisitivo.

Llegados a este punto, se ha afirmado en la doctrina que sólo existe una forma de averiguar si estamos ante un sistema acusatorio formal, a saber: constatar que el sistema de aplicación del derecho penal ante el que nos hallemos presenta más rasgos propios del acusatorio que del inquisitivo²²². Sin embargo, tal y como tendremos ocasión de exponer a continuación, nosotros creemos que no sería esta la forma de poder afirmar si nos hallamos ante lo que se ha denominado como sistema acusatorio formal o mixto. En nuestra opinión, lo que verdaderamente importa es que se pueda responder positivamente a la cuestión de si realmente estamos ante un verdadero proceso en el sentido de que exista un juez imparcial que va a ser el encargado de resolver la controversia que previamente le han presentado dos partes enfrentadas entre sí, pero que están dotadas de igualdad de trato y armas, así como de la posibilidad de defenderse ante las actuaciones que consideren desfavorables.

Tras este brevísimo excursus histórico, y siguiendo a Montero, pensamos que, en verdad, no nos hallamos ante dos tipos de proceso, cada uno con sus características propias, pues, en nuestra opinión, el sistema inquisitivo no constituye un verdadero proceso en el sentido manifestado en el párrafo anterior. Como ha dicho el citado autor, se trata de "dos

²²² DÍAZ CABIALE, José Antonio, Principios de aportación de parte..., cit., p. 207

sistemas de actuación del derecho penal por los tribunales, de los cuales uno es extrajurisdiccional, es decir, en el que no se utiliza el medio que es el proceso, y otro jurisdiccional, esto es, procesal"²²³. Además, prosigue afirmando que estos sistemas responden a "conceptos del pasado" que hoy día sólo confunden al alumno, a lo que nosotros no sólo nos adscribimos, sino que, con todo nuestro respeto hacia la jurisprudencia de nuestros tribunales, creemos que la utilización de estos conceptos de sistema acusatorio y sistema inquisitivo constituye uno de los motivos por los cuales se ha llegado, y aún hoy permanecemos, ante el estado de confusión al cual aludíamos en el epígrafe anterior.

El problema, a nuestro juicio, puede explicarse, al menos en parte, de la siguiente manera: tanto en la doctrina como en la jurisprudencia²²⁴ es frecuente que nos encontremos ante la utilización indistinta de conceptos que, en realidad, no coinciden plenamente²²⁵, pues uno es sin duda más amplio que el otro. Nos estamos refiriendo, por un lado, a aquello que la doctrina ha denominado como sistema acusatorio y, por otro lado, al principio acusatorio. Así, si como hemos visto ya, en el primero de ellos se han visto incluidas todas las notas caracterizadoras a las que se hizo referencia en líneas anteriores, el segundo, el principio acusatorio, comprende unas exigencias más estrictas que, aunque en parte puedan estar relacionadas con otras, deben permanecer nítidamente diferenciadas entre sí. En este sentido, hay que afirmar que el sistema acusatorio incluye al principio del mismo nombre, pero las exigencias implícitas en el segundo

²²³ "La garantía procesal...", cit., pp. 975 y ss.

²²⁴ V., sin embargo, la STC 32/1994, de 31 de enero, donde se afirma con gran acierto que "[d]icho planteamiento no puede llevarnos a confundir... el principio acusatorio con el sistema acusatorio, entendido este último como modelo de proceso penal".

²²⁵ A ello se refiere también MONTERO AROCA Juan, "El principio acusatorio...", cit., p. 776. Sin embargo, BERTEL, Christian, *Die Identität der Tat*, Springer, Wien-New York, 1970, p. 81, establece una diferenciación entre principio y sistema acusatorio, pero en otro sentido.

no agotan el contenido que tradicionalmente se le ha venido atribuyendo al primero. Esto que en principio parece obvio, frecuentemente es objeto de confusión en nuestro país²²⁶.

Por ello, hay características que se predicen como propias del sistema acusatorio que no tienen nada que ver con el principio acusatorio entendido éste en sus justos términos. A modo de ejemplo, el hecho de que un proceso se celebre o no ante un tribunal popular no afecta en nada a la vigencia o no en tal proceso del principio acusatorio; tampoco el que el acusado se halle durante el desarrollo del proceso en situación de libertad o en prisión provisional; ni el carácter oral o escrito, etc²²⁷. Todas estas circunstancias han llevado, en nuestra opinión, a entender que el contenido del principio acusatorio va mucho más allá e incluye más exigencias que las que en realidad le son propias.

Sin embargo, lo que aquí nos proponemos es dar aún un paso más y observar cómo no sólo se ha querido ver en el principio acusatorio algo más de lo que éste en realidad implica, sino que también ha ocurrido algo similar en relación con el sistema acusatorio²²⁸.

Como ha señalado ya Fairén, "España atraviesa una coyuntura histórica (...) en la que, en el campo del Derecho, se está agitando constantemente el espantajo de 'lo inquisitivo', sobre todo en el proceso penal. Los AA. luchan entre sí en un fervor anti-inquisitorial que parecería indicar el gravísimo peligro de que todo el país fuera víctima del Santo

²²⁶ ARMENTA DEU, Principio acusatorio..., cit., p. 33, donde la autora, en nuestra opinión, no distingue suficientemente entre sistema y principio acusatorio. Para una equiparación entre principio y sistema acusatorio v. también la SAP de Las Palmas de 20 de julio de 2000 (ARP 2.928).

²²⁷ V. para más ejemplos en este sentido, MONTERO, "El principio acusatorio...", cit., p. 777.

²²⁸ MONTERO, Derecho Jurisdiccional, t. III, Proceso Penal (con Gómez Colomer, Montón Redondo y Barona Vilar), Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 14, tacha con razón de maniqueísmo el que todas las luces se dirijan al acusatorio y todas las sombras al inquisitivo.

Oficio"²²⁹. Consecuencia de ello, "lo acusatorio" se ha puesto de moda y abarca todo aquello que implique mayores garantías procesales y, en definitiva, parece constituir el medio gracias al cual van a poder alcanzarse satisfactoriamente todos los fines u objetivos a que ha de hacer frente el proceso penal moderno encuadrable dentro de las coordenadas establecidas por las exigencias que derivan de la proclamación del Estado de Derecho.

Sin perjuicio de que, obviamente, estemos a favor de la consecución e implantación en nuestro proceso penal de todos estos objetivos, no estamos de acuerdo con que todo ello haya de ser reconducido a ese ente de carácter omnímodo²³⁰ en que se pretende convertir al principio acusatorio. En este sentido, nos inclinamos por pensar en la posibilidad de que se esté usando el término o calificativo "acusatorio" como una especie de comodín con el cual en realidad a lo que se quiere aludir es a una máxima de contornos mucho más extensos, cual es la del proceso justo o debido o *fair trial*.

Creemos que este es el motivo por el cual actualmente el término o adjetivo "acusatorio" -ya sea para hacer referencia al principio o al sistema- está en boca de todos, como si se tratase de un *desideratum* a cuya consecución haya de aspirar nuestro proceso penal o, en general, cualquier proceso penal moderno propio de un Estado de Derecho.

Sin embargo, hemos de manifestar nuestro desacuerdo con esta idea, tanto cuando con tal *desideratum* se esté aludiendo al principio acusatorio, como cuando con él se haga referencia al, en nuestra opinión, más amplio concepto de sistema acusatorio. Así, por lo que respecta al principio acusatorio y sin incurrir, a nuestro juicio, en falsos optimismos, creemos que éste, en líneas generales y salvo un supuesto al que nos referiremos en

²²⁹ FAIRÉN, "Las Leyes del Jurado de 1995...", cit., pp. 438 y ss.

²³⁰ O, como dijera GÓMEZ ORBANEJA, "ente majestuoso... tan omnipresente como incierto de contornos, conocido bajo el nombre de principio acusatorio". V. de este autor, "Delito continuado y principio acusatorio...", cit., pp. 121 y ss.

otro lugar²³¹, ha encontrado plena vigencia en nuestro proceso penal, por lo que su consagración en el proceso ya no podrá ser observada como un *desideratum*, pues, a nuestro juicio, tal objetivo ya ha sido alcanzado, con independencia de que en algún caso pueda darse alguna vulneración concreta del referido principio, pero ya ese es otro tema para el cual contamos con los recursos previstos en nuestras leyes. Por lo tanto, todo lo más podrán -y deberán- hacerse propuestas de *lege ferenda* en relación con una posible y necesaria reforma en el futuro del proceso penal español, pero creemos que hoy día, gracias a la evolución que ha tenido lugar en la jurisprudencia sobre todo postconstitucional, el principio acusatorio se encuentra de hecho perfectamente garantizado en nuestro país²³², tal y como tendremos ocasión de examinar en su debido momento.

No es ésta, sin embargo, la impresión que se obtiene tras una primera toma de contacto con la jurisprudencia elaborada al respecto por nuestros Tribunales, lo cual, por otro lado, no debe sorprendernos, pues, como ya se ha observado, tanto el Tribunal Supremo como el Constitucional aluden a una concepción del principio acusatorio de contornos mucho más amplios que la que tendremos ocasión de proponer a lo largo de este trabajo, ya que dicho principio aparece generalmente en la jurisprudencia perfectamente amalgamado con las garantías que derivan del derecho de defensa, es decir, con el derecho a ser informado de la acusación y con el principio de contradicción.

Y en cuanto al sistema del mismo carácter, tampoco podemos mostrarnos de acuerdo con que tal sistema deba tenerse en cuenta como fin u objetivo a alcanzar por el proceso penal. Con frecuencia se ha afirmado en la doctrina que, en la actualidad, el sistema acusatorio, por así decirlo, en su estado más puro no se da en el proceso penal de ningún país, ni

²³¹ V. *infra*, 2.1.2 y en el capítulo III), 1

²³² GÓMEZ ORBANEJA, Derecho Procesal Penal, cit., p. 121; PRIETO-CASTRO y GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Derecho Procesal Penal, 3ª ed., p. 102

siquiera en los del entorno angloamericano²³³. Efectivamente, creemos que esto no podría ser de otra manera, pues, como hemos dicho ya, históricamente, la forma acusatoria descansaba sobre la base de la no distinción entre ilícito civil y penal, siendo el interés en la persecución del delito sólo de carácter privado. La prohibición de autotutela en el ámbito penal y la atribución en exclusiva al Estado del *ius puniendi*, factores hoy día generalizados, hacen imposible la existencia de un proceso de partes de carácter puro, de manera que, una vez superados con carácter general los postulados característicos del sistema inquisitivo propio del Estado absoluto, el proceso acusatorio formal o mixto va a ser el modelo por el cual -salvo los supuestos de gobiernos de regímenes totalitarios- se van a inclinar con carácter general los países pertenecientes a nuestro entorno cultural²³⁴.

Sin embargo, este dominio del sistema acusatorio formal en el derecho comparado de nuestro entorno europeo más afín no constituye el motivo decisivo para que aquí rechacemos la idea de considerar al sistema acusatorio propio de los Estados Unidos como modelo ideal a alcanzar en nuestro país. Por el contrario, creemos que se trata de modelos que pertenecen a tradiciones jurídicas muy distintas y que el desarrollo de cada uno de ellos a lo largo de sus respectivas historias responde a unas líneas de evolución también diferentes, siendo ésta la primera causa por la que no puede llevarse a cabo un mero trasplante de un modelo de enjuiciamiento al

²³³ V. GIMENO SENDRA, Vicente, *Fundamentos del Derecho Procesal*, Civitas, Madrid, 1981, pp. 187 y ss., en alusión a los principios dispositivo y acusatorio afirma que "no se trata de principios «químicamente puros»,... son más bien *modelos dialécticos*".

²³⁴ GIMENO, *Derecho Procesal Penal*, cit., pp. 76 y 77. Según lo dicho, creemos que la regulación introducida en el proceso penal español a través de la Ley 3/1967, de 8 de abril y la LO 10/1980, de 11 de noviembre, en virtud de la cual se producía la acumulación en la figura del Juez de Instrucción de las funciones de instrucción y enjuiciamiento, constituía un supuesto excepcional frente al dominio generalizado del sistema acusatorio formal en el entorno procesal penal de los países europeos. Para más referencias a esta cuestión, v. *infra*, en este mismo capítulo, 2.1.1.

otro. Y la segunda razón por la que no creemos que el sistema acusatorio - del cual siempre el proceso norteamericano constituye el botón de muestra - deba constituir el modelo ideal a seguir por nuestro proceso penal es la relativa a todos los problemas que se han originado en la práctica procesal del citado país, los cuales se reproducirían muy probablemente también en España, caso de llegarse efectivamente a "importar" el sistema americano²³⁵.

Con base en las reflexiones expuestas en párrafos anteriores sobre la utilización tan generalizada del término "acusatorio" que está teniendo lugar en nuestro país y con el fin de evitar confusiones en el futuro, nos parecería más adecuado aludir al derecho a un proceso con todas las garantías, o al proceso debido o justo cuando se quiera, efectivamente, hacer referencia a unas garantías distintas de aquélla que en realidad se pretende preservar a través del principio acusatorio, a saber: la imparcialidad del órgano jurisdiccional. Obviamente, en las expresiones que aquí proponemos manejar en sustitución del tan utilizado adjetivo "acusatorio", se encuentra también incluido el verdadero principio acusatorio. Así, podría decirse que el derecho al proceso con todas las garantías del artículo 24.2 de la Constitución constituiría el continente o, en expresión de Gimeno²³⁶, el "«cajón de sastre» en el cual tendrán cabida todos los derechos fundamentales de incidencia procesal", los cuales, cada uno por separado y bien delimitado con respecto a los demás, formarán el

²³⁵ En el mismo sentido se manifiesta GÓMEZ COLOMER, "La instrucción del proceso penal por el Ministerio Fiscal: aspectos estructurales a la luz del derecho comparado", en Homenaje Tiedemann, cit., p. 488, donde el autor, citando los trabajos de Fletcher sobre las ventajas y desventajas del proceso penal norteamericano titulado *Las víctimas ante el Jurado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, expone algunas de las soluciones adoptadas en EEUU, a las que califica de "dudosamente satisfactorias para nuestro país". Interesantes también las palabras de AMODIO, Ennio, "Il modello accusatorio statunitense e il nuovo processo penale italiano: miti e realtà della giustizia americana", en *Il processo penale negli Stati Uniti d'America* (a cargo de Ennio Amodio y M. Cherif Bassiouni), Giuffrè, Milano, 1988, pp. VII y ss.

²³⁶ GIMENO, Derecho Procesal Penal cit., p. 73

contenido del derecho a un proceso debido o con todas las garantías. Sin embargo, creemos que el cajón sería menos "desastre" si en su interior se diferenciase con nitidez qué es lo que pretende garantizar cada principio o derecho, evitándose así que sigan produciéndose las confusiones o invasiones entre unos y otros.

1.2.2. Imposibilidad de trasplantar con carácter absoluto los conceptos del proceso civil al proceso penal

Ya en páginas anteriores²³⁷ hemos tenido ocasión de manifestar nuestra opinión relativa a la conveniencia de elaborar una teoría general del proceso que, como tal, sea aplicable en cualquier orden jurisdiccional. No se trata de meras elucubraciones teóricas, sino de llegar a alcanzar fines prácticos, de entre los cuales destaca, en particular para nuestro caso, el de poder aprovechar, en la medida de lo posible, para el proceso penal las elaboraciones y teorías doctrinales nacidas en principio con ocasión del estudio por la doctrina del proceso civil, que, como es sabido, ha sido objeto de mayor elaboración que el proceso penal. De esta circunstancia deriva precisamente el que la ciencia del proceso penal haya sido denominada por Carnelutti como de cenicienta²³⁸.

Sin embargo, estas inquietudes por elaborar una teoría general del proceso con las que, por lo demás, estamos de acuerdo, no deben empañar la circunstancia relativa a las diferencias que, efectivamente, existen entre los distintos órdenes jurisdiccionales, las cuales derivan de la también

²³⁷ V. I)1.3

²³⁸ CARNELUTTI, Francesco, "Cenerentola", cit., pp. 73 y ss., donde, según el autor, la ciencia del proceso penal sería la Cenicienta y la ciencia del derecho penal y la del proceso civil sus dos hermanastras. Según PRIETO-CASTRO, "La doctrina y la práctica sobre el proceso penal", en Trabajos y orientaciones del Derecho Procesal, (editorial) Revista de Derecho Privado, Madrid, 1964, p. 606, "se trataba, simplemente, de un problema económico. En términos generales, el proceso civil era el proceso de los ricos, el penal, el de los pobres, por lo que uno aparecía como más rentable que el otro".

diferente naturaleza de los derechos materiales subyacentes a cada orden²³⁹. Pues bien, en nuestra opinión, y a pesar de lo afirmado en su día por Baumann²⁴⁰ en relación con el desarrollo completamente independiente de la dogmática del derecho procesal penal, en algunos aspectos, se ha efectuado un mero trasplante al proceso penal de los conceptos elaborados por la doctrina y la jurisprudencia para el proceso civil.

Esto es lo que parece haber sucedido en relación con la problemática sobre el objeto del proceso penal, el cual ha sido equiparado al objeto del proceso civil, constituido por la pretensión. Como es sabido, en el proceso civil, la pretensión, a la cual el órgano jurisdiccional queda vinculado, incluye, en cuanto a elementos de carácter objetivo, la *causa petendi* y el *petitum*. Hasta aquí no hay nada que objetar, pero cuando se trasplanta esta teoría para su aplicación en el ámbito del proceso penal, se afirma que el objeto de éste queda constituido por la pretensión punitiva, siendo a partir de este momento cuando empiezan los problemas, pues se cae en el siguiente error: se mantiene que la *causa petendi* está integrada por el hecho y su calificación jurídica, y el *petitum* por la pena solicitada por la acusación, afirmándose consiguientemente que el Tribunal no sólo queda vinculado por el hecho, sino también por la calificación jurídica y por la solicitud de pena, tal y como sucede en el proceso civil.

A pesar de que no podamos estar de acuerdo con esta vinculación del tribunal a la calificación jurídica, hay que reconocer que esta conclusión no deja de ser congruente con la concepción que la jurisprudencia mantiene sobre el objeto del proceso penal. Y ello ya que si, por un lado, equipara el objeto del proceso penal a la pretensión punitiva²⁴¹, la cual a su vez

²³⁹ SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, "El juicio oral", en Estudios de Derecho Procesal, cit., p. 761

²⁴⁰ Derecho Procesal Penal, cit., p. 268

²⁴¹ Así, por ejemplo, en la STS de 16 de marzo de 1999 (RA: 2.110) y la STC 62/1998, de 17 de marzo

contiene la calificación jurídica y la petición de pena, por otro lado, la consecuencia lógica de esta equiparación será la de entender que tanto la calificación como la pena solicitadas en el escrito de acusación vincularán al juez a la hora de dictar sentencia.

Esta serie de equiparaciones conduce a graves consecuencias y confusiones²⁴² en las cuales se han visto sumidos tanto el legislador como la jurisprudencia de nuestro país ya desde el siglo XIX y, en cierto modo, aún en nuestros días. Así, una de estas consecuencias es la de equiparar también el principio acusatorio al dispositivo, a pesar de que a nadie se le escapa que, en realidad, el primero rige para el proceso penal, mientras que el segundo halla su ámbito de aplicación en el seno del proceso civil.

Pues bien, llegados a este punto habrá quedado ya claro cuál ha sido el proceso mental seguido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo para acabar por establecer la exigencia –censurable- de que las partes acepten la tesis propuesta por el órgano jurisdiccional a tenor del artículo 733 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para que, finalmente, éste pueda condenar en virtud de la nueva calificación jurídica propuesta por el tribunal²⁴³. También con base en esta serie de equiparaciones, a nuestro juicio de verdad incorrectas, podemos intentar explicarnos -aunque finalmente no lo consigamos- la vinculación a la pena concreta solicitada por las acusaciones que parece establecer el legislador de 1988 en el artículo 794.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Afortunadamente, a pesar de que, como ha afirmado el propio Tribunal Supremo, "la doctrina jurisprudencial ha tenido en este punto alguna inflexión", la interpretación que se ha impuesto finalmente en la jurisprudencia es la que entiende que el precepto citado no está aludiendo a la pena concreta solicitada por las acusaciones,

²⁴² Así lo ha señalado GÓMEZ ORBANEJA, Prólogo a La cosa juzgada de Cortés Domínguez.

²⁴³ V., por ejemplo, SSTTS de 12 de abril de 1995 (RA: 3.378), de 23 de octubre de 1995 (RA: 7.730).

sino que el órgano jurisdiccional podrá moverse dentro del marco de la pena que señale el tipo penal por el que se ha calificado el hecho²⁴⁴.

Finalmente, también es probable que la concepción del principio acusatorio que se mantiene en la jurisprudencia española, según la cual las garantías que en realidad están incluidas en el derecho de defensa –en su manifestación de derecho a ser informado de la acusación y contradecirla– se entienden comprendidas en el citado principio acusatorio, es probable, como decíamos, que dicha concepción sea también el resultado de haber trasladado con carácter absoluto la doctrina sobre el objeto del proceso civil al proceso penal. Con ello, como hemos dicho, se llega a la conclusión de que el objeto del proceso penal también queda constituido por la pretensión. Y si el objeto es la pretensión, ésta, con todos sus elementos, será la que determine también aquello a lo que el órgano jurisdiccional va a quedar vinculado. Al establecerse la vinculación del tribunal también con respecto a la calificación jurídica e incluso a la pena solicitada, acaba por confundirse también el principio acusatorio con el derecho a ser informado de la acusación. Y esto, aunque a primera vista parezca lo mismo, no lo es, pues las consecuencias son distintas. Así, si el órgano jurisdiccional a lo largo del juicio oral opina que los hechos, *los mismos hechos* por los que se acusó, han de ser calificados de otra manera, no habrá ningún inconveniente en que lleve a cabo tal cambio de calificación, siempre y cuando, como se ha repetido ya en diversas ocasiones, se informe debidamente a las partes –a ambas– de la modificación con el fin de que, en su caso, puedan defenderse y, si es necesario, contradecir lo que crean conveniente. El núcleo esencial del hecho permanece en este caso inalterado, por lo que nada tiene que ver tal modificación con el principio acusatorio y con la imparcialidad que éste pretende preservar. Otra cuestión realmente distinta es la que se presentaría en el supuesto de que el órgano

²⁴⁴ STS de 12 de julio de 1995 (RA: 5.540), entre otras muchas

jurisdiccional pretendiese, de oficio, cambiar *esencialmente* los hechos por los que se procede, o, simplemente, aportar nuevos hechos al proceso. Aquí sí está claro que se vulneraría el principio acusatorio. Y ello con independencia de que se haya respetado el derecho de defensa, el derecho a ser informado de la acusación, la necesaria contradicción y todas las garantías que se quiera. Aquí el órgano jurisdiccional está introduciendo nuevos hechos –en sentido normativo- en el proceso y esto, se haga como se haga, es vulnerar el principio acusatorio, el cual, precisamente, ha de garantizar la imparcialidad del juez, que queda maltrecha si éste se dedica a alterar o ampliar la esencia del objeto del proceso que han introducido las partes.

1.2.3. La supuesta vigencia del principio acusatorio en la fase de instrucción del proceso penal

Hace ya más de un siglo que, el entonces Ministro de Gracia y Justicia, Alonso Martínez afirmaba en la Exposición de Motivos de la aún hoy vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal la conveniencia de dar "un paso más en el camino del progreso, llevando en cierta medida *el sistema acusatorio al sumario mismo*, que es, después de todo, la piedra angular del juicio y la sentencia"²⁴⁵. Como ya se ha señalado anteriormente²⁴⁶, a menudo se da la circunstancia relativa a la utilización indistinta, como si uno y otro tuviesen el mismo alcance, de los términos *sistema* y *principio* acusatorios. Por este motivo, no tenemos la certeza de que el legislador fuese consciente al redactar la Exposición de Motivos, de ésta, a nuestro juicio, necesaria distinción, aunque por otro lado, no hay más que aplicar el criterio de la interpretación literal para poder concluir que, efectivamente,

²⁴⁵ La cursiva es nuestra.

²⁴⁶ V. II)1.2.1

el citado Ministro estaba pensando en el sistema (y no principio) acusatorio.

Sin embargo, creemos que, desgraciadamente, no es ésta la forma en que ha sido entendida la Exposición de Motivos por la doctrina, donde se ha afirmado que el legislador "llevó el *principio* acusatorio al Sumario mismo"²⁴⁷. Estamos de acuerdo con Vázquez Sotelo en que fueron los principios de publicidad y de contradicción los que el legislador llevó en realidad al sumario y, probablemente, hubiese sido más exacto que la Exposición de Motivos hubiese hecho referencia, en concreto, a estos dos principios últimamente citados, en vez de usar la expresión más amplia de sistema acusatorio, la cual puede conducir, y de hecho ha conducido, a ambigüedades²⁴⁸. Hasta aquí estamos de acuerdo, pero, a pesar de releer con detenimiento la Exposición de Motivos, no hemos podido encontrar el lugar donde el legislador hable de llevar el "principio acusatorio" al sumario mismo, pues a lo que en verdad hace referencia, es al *sistema* acusatorio.

Esta expresión del legislador sobre el sistema acusatorio y la fase de instrucción se ha difundido cual reguero de pólvora en la doctrina. Así, se repite continuamente por los autores la conveniencia de que el principio acusatorio sea también principio informador del sumario o diligencias previas. Por lo que a nosotros respecta, permítasenos disentir de esta opinión tan extendida en la doctrina, y ello por los motivos que a

²⁴⁷ VÁZQUEZ SOTELO, "El principio acusatorio...", cit., p. 382. La cursiva es nuestra.

²⁴⁸ Sin embargo, tampoco creemos que este problema relativo a identificar el principio acusatorio con el sistema del mismo nombre, sea propiamente español, ya que también puede encontrarse en autores procedentes de países en los cuales no ha habido tanta falta de claridad en cuanto al alcance del principio acusatorio. STILE, Alfonso M., "Die Reform des Strafverfahrens in Italien", en ZStW 1992, p. 443, donde el autor habla de "excepciones del principio acusatorio puro", debiendo, en nuestra opinión, aludir al *sistema* acusatorio puro.

continuación pasamos a exponer de forma separada a pesar de la estrecha vinculación existente entre ellos:

En primer lugar, queremos volver a incidir aquí en el contenido excesivamente amplio que se ha pretendido, y aún hoy se pretende dar al principio acusatorio. En este sentido, ya hemos visto con anterioridad²⁴⁹ la equiparación que frecuentemente se lleva a cabo entre el principio y el sistema acusatorio.

Tal asimilación entre ambos conceptos contribuye a que tanto la doctrina²⁵⁰ como el propio legislador²⁵¹ tengan siempre en perspectiva como objetivo a lograr el de llevar la vigencia del principio acusatorio también a la fase de instrucción. En realidad, como ha señalado con gran acierto Vázquez Sotelo²⁵², lo que se quiere es que, en la medida de lo posible, los principios de publicidad y de contradicción rijan también durante la fase de investigación.

En segundo lugar, si bien hay que reconocer que esta idea de la aplicación del principio acusatorio a la fase de instrucción descansa sobre el legítimo fin de dotar al inculpado de mayores garantías durante la citada fase, creemos que con ello se desconoce el contenido del principio acusatorio, el cual, en realidad, sólo tiene vigencia en la fase de juicio oral, no antes. Por lo demás, estamos obviamente de acuerdo con la idea de introducir en la instrucción todas las garantías posibles, pero esto se puede lograr de igual modo llamando a cada derecho o garantía por su nombre y

²⁴⁹ V. II)1.2.1

²⁵⁰ MARTÍNEZ ARRIETA, Andrés, "El principio acusatorio: teoría general y desarrollo jurisprudencial", en Justicia 1992-4, p. 875

²⁵¹ Ya hemos aludido al caso de la Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la cual habla de llevar el *sistema* acusatorio a la fase de instrucción, como vimos. Sin embargo, en la Exposición de Motivos (apartado VII.2, relativo al Ministerio Fiscal en la fase de instrucción) de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado de 1995, ya aquí no hay vuelta de hoja, pues el legislador afirma en esta ocasión "...que la oportunidad de que se consolide el principio acusatorio, hace(n) necesaria la potenciación de las atribuciones del Ministerio Fiscal".

²⁵² "El principio acusatorio...", cit., p. 382

no echando siempre mano del calificativo acusatorio, en el sentido "omnicomprensivo" que aquí es objeto de crítica. Así, si lo que se quiere es garantizar el derecho de defensa del imputado durante la instrucción no podrá decirse que con ello se esté llevando el principio acusatorio al sumario, entre otras cosas, porque, como ha señalado Montero, el principio "referido a la imparcialidad del juez, y que se conoce como principio acusatorio, (...) afecta al verdadero proceso que es el enjuiciamiento, no al procedimiento preliminar"²⁵³.

Efectivamente -y sin que entremos aquí en la discusión sobre la naturaleza procesal o administrativa de la fase de instrucción, lo cual, además de haber sido calificado de estéril²⁵⁴, desbordaría los límites de este trabajo-, la propia Ley de Enjuiciamiento Criminal en su artículo 299 se refiere al sumario como "las actuaciones encaminadas a preparar el juicio...", siendo ésta también la opinión representada por la mejor doctrina de nuestro país, con independencia de que, a continuación, los mismos autores se inclinen por defender la naturaleza procesal o administrativa de la fase de instrucción²⁵⁵.

²⁵³ "La garantía procesal penal...", cit., p. 979; del mismo autor y en el mismo sentido, "El principio acusatorio...", cit., pp. 778 y 779; ROXIN, Strafverfahrensrecht, cit., p. 72, (§ 13, marginal 4).

²⁵⁴ SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, "La instrucción de los procesos penal y civil: el sumario", en Estudios de Derecho Procesal, cit., p. 721

²⁵⁵ MORÓN PALOMINO, Manuel, "Sobre el concepto del Derecho Procesal", en RDP 1962, p. 531, que afirma que el proceso penal nace "con la calificación provisional de las acusaciones sin que el sumario tenga otro carácter y alcance que el de fase o procedimiento preparatorio, y nunca el de verdadero proceso"; SERRA, ob. y lug. ult. cit.: "La instrucción en sí no constituye un proceso, ni tan siquiera una de las fases integrantes del proceso penal, pero es indudable su neto carácter procesal en cuanto sirve precisamente para preparar el proceso, que no puede llegar a nacer sin estar precedido de la instrucción"; en un sentido similar se expresa también MONTERO, "La garantía...", cit., pp. 978 y 979, el cual, si bien parte de la naturaleza procesal del procedimiento preliminar, mantiene a su vez que éste no constituye el verdadero proceso, sino el enjuiciamiento. Para la naturaleza administrativa del sumario, v. VIADA LÓPEZ-PUIGCERVER, Carlos, y ARAGONESES ALONSO, Pedro, Curso de Derecho Procesal Penal, t. II, Prensa Castellana, Madrid, 1974, p. 13

Por lo que se refiere a nuestra postura al respecto, pensamos también que nos encontramos ante una fase preparatoria del juicio, a la cual, no por esta función meramente preparatoria puede negársele su carácter procesal, sin perjuicio del carácter no jurisdiccional de muchas de las actuaciones que durante esta fase tienen lugar. No obstante esta atribución de carácter procesal, como hemos dicho, la vigencia del principio acusatorio no se proyecta sobre la fase de instrucción, sino sólo sobre la de enjuiciamiento, que es la que constituye el verdadero proceso. Y ello es así porque es precisamente en esta fase de juicio oral donde la imparcialidad del órgano jurisdiccional ha de quedar garantizada de forma efectiva, siendo éste, como ya hemos dicho, el objetivo que ha de alcanzar el principio acusatorio con su vigencia.

De esta circunstancia –vigencia del principio acusatorio sólo a partir de la fase de juicio oral- deriva también la conclusión que defendíamos en otro lugar de este trabajo²⁵⁶ en relación con el momento en que quedaba constituido el núcleo esencial del hecho objeto del proceso, el cual para nosotros era el de los escritos de calificación provisional. En aquel lugar ya dijimos que a partir de dichos escritos el órgano jurisdiccional no podía introducir nuevos hechos en el proceso, sin que con ello, aun dando la posibilidad de defensa y de contradicción, esté vulnerando el principio acusatorio.

Creemos también que sólo entendiendo que el principio acusatorio rige a partir del juicio oral, podremos explicarnos que la posibilidad regulada en el artículo 308 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal –relativa a la iniciación de oficio por el Juez de instrucción del procedimiento penal- no haya sido declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional a causa de la vulneración que entrañaría del artículo 24.2 de la Constitución. Claro está que también ello se debe a que no es el Juez de instrucción el

²⁵⁶ V. en el capítulo I) 3.6

que después va a conocer y fallar la causa que él mismo ha instruido y, posiblemente incluso, incoado²⁵⁷. Lo cierto es, y ello podrá constatarse aún con más claridad en el epígrafe siguiente, que todas éstas son interpretaciones forzadas de la Ley que tienen como fin último el de salvar la constitucionalidad de nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal ante una reforma que no llega. Por todo ello, parece que lo más adecuado sería proceder a dicha reforma del proceso penal español en la cual se tengan en cuenta todos estos defectos denunciados desde hace años por la doctrina.

1.2.3.1. ¿Atribución de la investigación al Ministerio Fiscal o al Juez de Instrucción?

La discusión sobre la posibilidad de atribuir al Ministerio Fiscal un papel más activo o, incluso, la dirección de la investigación no es una polémica que haya surgido en las últimas décadas. Ya con anterioridad a la promulgación de nuestra más que centenaria Ley de Enjuiciamiento Criminal se reflexionaba sobre dicha posibilidad²⁵⁸, si bien es cierto que el tema ha cobrado mayor protagonismo en los últimos veinticinco años. Este auge probablemente tenga origen, por un lado, en el derecho comparado y las reformas que han tenido lugar en los procesos penales de los países de nuestro entorno europeo -aunque también de forma más tímida en Sudamérica- y, por otro lado, en la Sentencia del Tribunal Constitucional 145/1988, de 12 de julio que da lugar a la introducción en nuestro ordenamiento del proceso abreviado por la Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre, creadora también de los Juzgados de lo Penal.

²⁵⁷ De cualquier forma, siguiendo a GIMENO, Derecho Procesal Penal, cit., p. 312, creemos que este precepto no faculta al Juez de instrucción para el ejercicio de la acción penal de oficio, lo cual queda confirmado en el artículo 102, 3º. En nuestra opinión, aquí el legislador está haciendo referencia a la mera puesta en conocimiento ante el Ministerio Fiscal o ante otro Juez de Instrucción de la *notitia criminis*.

²⁵⁸ GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás, Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal, Colex, Madrid, 1990, p. 121 y los autores allí citados.

Por lo que se refiere al primer aspecto del derecho comparado, nos hallamos dentro del derecho continental europeo con una clara línea de evolución tendente a atribuir la dirección de la investigación al Ministerio Fiscal, con base en lo que sucede en el proceso penal angloamericano. Todas estas reformas se justifican, al menos en parte, manteniendo que la existencia del Juez de instrucción como órgano jurisdiccional competente para la investigación es una manifestación claramente inquisitiva²⁵⁹, mientras que a través de la atribución de la investigación al Ministerio Fiscal se conseguirá la introducción del principio acusatorio en el procedimiento preliminar.

Es cierto que si, generalmente, la observación de lo que sucede en el derecho comparado se presenta como un buen argumento para el apoyo o refuerzo de las ideas que se quieran mantener, en esta concreta ocasión aún lo es más, pues realmente parece significativo el hecho de que, desde el año 1974 en que Alemania atribuyera la dirección de la fase de investigación al Ministerio Fiscal²⁶⁰ y como si del "efecto dominó" se tratase, toda una serie de países han introducido en sus procesos penales respectivos el modelo del Fiscal investigador, extendiéndose este fenómeno no sólo por los países del continente europeo, así: Portugal²⁶¹ e Italia²⁶², sino también por Sudamérica: Argentina, Costa Rica, Guatemala, Perú²⁶³.

Obviamente, aquí no podemos tratar el problema en toda su extensión, sino solamente aquello que, según se ha querido ver, pueda tener relación con el principio acusatorio. En este sentido, como ya hemos visto,

²⁵⁹ GÓMEZ COLOMER, "La instrucción...", cit., pp. 469 y 479

²⁶⁰ *Erstes Gesetz zur Reform des Strafverfahrensrechts*, de 19 de diciembre de 1974, BGBl. 1974, I, pp. 3.393 y ss.

²⁶¹ Art. 263.1 del *Código de Processo Penal* de 1987: "*A direcção do inquérito cabe ao Ministério Público, assistido pelos órgãos de polícia criminal.*"

²⁶² Art. 327 del *Nuovo Codice di Procedura Penale* dispone que "*il pubblico ministero dirige la indagini e dispone direttamente della polizia giudiziaria*"

²⁶³ V. para más detalle GÓMEZ COLOMER, "La instrucción...", cit., pp. 471 y ss.

se repite constantemente que por el hecho de convertir al Ministerio Fiscal en jefe de la investigación²⁶⁴ se afirma haber introducido la vigencia del principio acusatorio en el procedimiento preliminar y, por ende, en el proceso penal con carácter general. Sin embargo, y si bien es cierto que preferimos esta alternativa frente a la de atribuir la investigación al Juez de instrucción, creemos que esta solución no es del todo satisfactoria y, puestos a buscar rasgos inquisitivos o acusatorios en la fase de instrucción²⁶⁵, como acertadamente ha señalado ya Viada²⁶⁶, al reforzarse los poderes del Ministerio Fiscal a lo largo de la instrucción lo que ello oculta es un sistema inquisitorio, ya que el sujeto que posteriormente va a formular la acusación es el que ha impulsado la investigación²⁶⁷. Por ello, creemos que, al serle asignadas al Ministerio Fiscal las tareas investigadoras propias de la instrucción, la nota de imparcialidad rectora de su actuación durante todo el proceso no va a quedar lo suficientemente preservada, como para que al Ministerio Fiscal le siga siendo posible traer al proceso tanto los hechos en que se fundamenta la acusación como aquéllos en que lo hacen los de la defensa. Consiguientemente, si bien la opción de la instrucción a cargo del Fiscal nos parece sin duda más

²⁶⁴ ROXIN, StVR, p. 276, (§ 37, marginal 1), que habla de "*Herr des Verfahrens*".

²⁶⁵ Nos referimos aquí a los sistemas inquisitivo y acusatorio, no a los principios homónimos.

²⁶⁶ Curso de Derecho Procesal Penal, t. II, Artes Gráficas Helénica, Madrid, 1962, p. 18. En un sentido similar se expresa también GÓMEZ COLOMER, "La instrucción...", cit., p. 493.

²⁶⁷ Sin embargo, no estamos de acuerdo con Viada cuando afirma que el fiscal instructor se convierte o deviene en juez, pues de lo que se trata al atribuir al fiscal la dirección de la investigación es precisamente de descargar al Juez de instrucción de toda la actividad de investigación de carácter no jurisdiccional reservando su actuación, como "juez de las libertades" para las cuestiones relativas a restricciones de derechos fundamentales del inculpado, que sí implican ejercicio de actividad jurisdiccional. Consecuentemente con ello, la actividad que se le atribuye al fiscal no tiene nada que ver con la jurisdiccional, lo cual, por otro lado, es lógico, pues el ejercicio de ésta "juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado" (art. 117.3 CE) está asignado por la Constitución en exclusiva a jueces y magistrados.

aceptable que la de atribuirle tal fase al Juez de instrucción, creemos que encierra el inconveniente que acabamos de esbozar en líneas anteriores.

Ello no obstante, hay que reconocer que las propuestas formuladas por los partidarios del Ministerio Fiscal como jefe de la instrucción eliminan los reproches que por imparcial se le vienen haciendo al Juez de Instrucción, el cual, al acordar medidas restrictivas de derechos fundamentales de oficio, viene ya condicionado o, más gráficamente, *contaminado* por las actividades que previamente ha desarrollado en su función investigadora. Además, como ya se ha señalado, gracias al modelo propuesto se evitaría la posibilidad de que el órgano decisor fundamente su sentencia de condena en los actos de investigación practicados por el Juez de instrucción a lo largo del sumario o diligencias previas, basándose para ello en el carácter jurisdiccional del órgano que dirigió tales actos²⁶⁸. Sólo por estos motivos de peso nos parece más conveniente la opción representada por el Ministerio Fiscal como director de la instrucción, frente a la actual del Juez de instrucción.

No obstante, con tal afirmación no queremos mantener que constituya, en nuestra opinión, la mejor opción de entre todas las posibles, motivo por el cual no creemos que deba ser introducida en el proceso penal español. Todo lo más, debido a las ventajas señaladas -y de otras a que pudiera aludirse, como las relativas a la aceleración de la fase instructora-, cabría plantearse introducir este modelo con carácter meramente transitorio. Sin embargo, parece que ni siquiera esto valdría la pena, por dos sencillas razones: en primer lugar, porque ya conocemos la tendencia existente en nuestro país, según la cual el carácter provisional de las

²⁶⁸ SERRA, "La instrucción...", cit., p. 723; GIMENO, "El Juez imparcial en la doctrina del Tribunal Constitucional", en Poder Judicial, nº especial VI, p. 275; VÁZQUEZ SOTELO, «Presunción de inocencia» del imputado e «íntima convicción» del tribunal (Estudio sobre la utilización del imputado como fuente de prueba en el proceso penal español), Bosch, Barcelona, 1984, p. 447.

reformas acaba por devenir definitivo²⁶⁹; y en segundo lugar, porque habrían de practicarse grandes reformas organizativas en el seno de los distintos cuerpos funcionariales implicados, lo cual, si fuese a introducirse un modelo definitivo y de mayor conveniencia no sería siquiera digno de ser planteado aquí como argumento en contra de la instauración en nuestro ordenamiento procesal de la figura del fiscal instructor.

Pero la causa por la cual aludimos a este carácter meramente provisional deriva de que, a nuestro juicio y siguiendo a Serra Domínguez, lo más indicado sería asignar toda la labor investigadora a un cuerpo específico de funcionarios, cuyas únicas funciones fueran las investigadoras²⁷⁰. En este sentido, la policía judicial parece constituir un cuerpo apropiado para el desempeño de estas labores investigadoras, reuniendo por un lado las ventajas que veíamos derivan de la atribución al Ministerio Fiscal de la dirección de la investigación y careciendo, por otro, del inconveniente que también observábamos algunos párrafos más arriba. Además, y dejando por un momento de lado lo que establece nuestro derecho positivo, al fin y al cabo, ésta que proponemos aquí es la situación existente en la práctica, donde el Juez de instrucción, al estar sobrecargado de trabajo, delega las tareas de instrucción en la policía judicial o en el personal auxiliar del juzgado²⁷¹. Por ello, el modelo propuesto requeriría además pocas reformas estructurales²⁷², aunque, eso sí, convendría mejorar notablemente la formación del citado cuerpo de funcionarios, de forma que

²⁶⁹ MORENO CATENA, Derecho Procesal Penal, cit., p. 885. V. también lo sucedido con la LOPJ de 1870, que rigió *provisionalmente* hasta 1985. Y ahora parece que le toca el turno de la provisionalidad a la nueva LEC, pues no sabemos cuándo podrán entrar en vigor la totalidad de sus preceptos.

²⁷⁰ Según SERRA, "La instrucción...", cit., p. 724, estos funcionarios pueden ser judiciales, o no.

²⁷¹ SERRA, "La instrucción...", cit., p. 725.

²⁷² Aparte, claro está, de las que, con independencia de la introducción o no de este modelo, se vienen denunciando ya desde hace tiempo por la doctrina: GIMENO, "El Juez imparcial...", cit., p. 270

en la instrucción se puedan satisfacer todas las garantías que exige la Constitución y el Estado de Derecho.

1.2.3.2. Las medidas cautelares y el principio acusatorio. Especial referencia a la prisión provisional

A lo largo de este apartado, sólo queremos hacer referencia brevemente a la relación que se ha querido ver entre las medidas cautelares, en especial la prisión provisional, y el principio acusatorio. En este sentido, se afirma a menudo la conveniencia de que el principio acusatorio despliegue su vigencia en el trámite de adopción de la prisión provisional, alcanzando esta idea su auge tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado de 1995, la cual, a través de su Disposición Final Segunda, introduce en la Ley de Enjuiciamiento Criminal un nuevo artículo 504 bis 2, cuyo párrafo 3º establece la imposibilidad de que el Juez de Instrucción o Tribunal que conozca de la causa decrete la adopción de la prisión provisional si ninguna de las partes personadas la hubiese interesado. De esta regulación se ha dicho que tiene como principio inspirador el acusatorio²⁷³, motivo por el cual ha sido bien acogida por parte de la doctrina²⁷⁴.

²⁷³ Así, la Exposición de Motivos de la LOTJ en su apartado VII) 3; también la Circular nº 2 de 1995 de la Fiscalía General del Estado, sobre el nuevo régimen procesal de la prisión preventiva

²⁷⁴ MORENO CATENA, Víctor, Derecho Procesal Penal, cit., p. 530; GARBERÍ LLOBREGAT, José, Ley Orgánica del Tribunal del Jurado comentada (con Gimeno Sendra), Colex, Madrid, 1996, pp. 357 y ss., que muy acertadamente, a nuestro juicio, afirma que el Juez de Instrucción "recobrará toda su *imparcialidad* a la hora de valorar el material de hecho aportado contradictoriamente en la audiencia" (la cursiva es nuestra), sin hacer ninguna referencia al principio acusatorio, sino, como se ha visto, solamente a la garantía de imparcialidad que ha de concurrir en el órgano jurisdiccional; SERRANO BUTRAGUEÑO, Ignacio, "La reforma de la prisión preventiva", en Comentarios sistemáticos a la Ley del Jurado y a la reforma de la prisión preventiva, Comares, Granada, 1996, p. 482, también parecería acoger favorablemente la reforma si no fuese por el hecho de que el Fiscal no tiene a su cargo desde el principio la investigación de los hechos. Para un juicio negativo de la reforma, v. DÍAZ CABIALE, Principios de aportación..., cit., pp. 471 y ss.

Sin perjuicio del balance positivo que creemos merece esta reforma de la prisión provisional vista en su conjunto, no creemos que la introducción de la necesidad de que la citada medida haya sido solicitada a instancia de parte para que el órgano jurisdiccional pueda imponerla constituya un tributo al principio acusatorio. Lo que se pretende preservar con la prohibición de que el juez decreta de oficio esta medida cautelar es, como ha indicado ya Garberí Llobregat²⁷⁵, la imparcialidad que ha de concurrir en el órgano jurisdiccional a la hora de decidir sobre la aplicación o no de una medida de tal gravedad. No se nos oculta que, a primera vista, esto que acabamos de decir pudiera resultar contradictorio con lo mantenido en páginas anteriores –en concreto, que el principio acusatorio lo que trata de garantizar es la imparcialidad del órgano jurisdiccional. Sin embargo, creemos que ahora estaríamos ante un ámbito de la imparcialidad que se proyecta solamente sobre la resolución que haya de tomar el órgano jurisdiccional en relación con esta medida cautelar y no sobre posteriores decisiones, y esto queda avalado por la circunstancia de que también a lo largo del juicio oral, el órgano competente para resolver sobre la imposición de tal medida va a ser el mismo que para el enjuiciamiento, sucediendo lo mismo en fase de recursos, por lo que vemos que lo que se trata de evitar es que el juez o tribunal se vea contaminado a efectos de la decisión que haya de tomar en relación con la imposición de la prisión provisional por el contacto excesivo que pudiera tener con el material fáctico relevante.

En este sentido, pensamos que se trata de un supuesto o ámbito de la imparcialidad, que no queda ya abarcado por el principio acusatorio, el cual rige para el enjuiciamiento y fallo de una causa y no para la toma de decisiones sobre medidas cautelares. Éstas tienen carácter meramente provisional y se fundan en la existencia del *periculum in mora* y del *fumus*

²⁷⁵ V. npp. anterior

bonni iuris, mientras que la sentencia que ponga fin al proceso causa el efecto de cosa juzgada y ha de estar fundada en la certeza y no en meras apariencias. Tal y como hemos señalado ya²⁷⁶, la fase de instrucción o procedimiento preliminar no constituye verdadero proceso, si bien es cierto que a lo largo de ella tiene lugar una cierta actividad de carácter jurisdiccional, la cual, obviamente, habrá de ser desempeñada por un órgano de tal carácter. Así, creemos que el procedimiento tras el cual se decide o no la imposición de la prisión provisional no constituye verdadero proceso jurisdiccional, pues la resolución a que finalmente se llega no dice nada sobre la cuestión de fondo o sobre los hechos que constituyen el objeto del proceso, motivo por el cual, a su vez, tampoco puede causar efecto de cosa juzgada.

A pesar de lo dicho, la competencia para resolver sobre la imposición de tan grave medida ha de estar atribuida a un órgano jurisdiccional, el cual siempre implica mayor garantía de imparcialidad a la hora de tomar medidas restrictivas de derechos fundamentales. Sin embargo, no por ello puede afirmarse la existencia de un verdadero proceso jurisdiccional, pues, como ha mantenido el Tribunal Constitucional, la prisión provisional es una medida cautelar que, en esencia, halla su justificación en la necesidad de asegurar el proceso²⁷⁷.

Y es que todas las garantías de que dotemos al procedimiento de imposición de la prisión provisional serán pocas, pues ya se presenta como suficientemente grave el que se adopte tal medida privativa de libertad sin que previamente haya recaído sentencia firme sobre los hechos que se atribuyan al sujeto pasivo de esta medida cautelar²⁷⁸.

²⁷⁶ V. II)1.2.3.1

²⁷⁷ STC 128/1995, de 26 de julio

²⁷⁸ ARENAL, Concepción, Obras completas, t. V (estudios penitenciarios), vol. 1º, Suárez, Madrid, 1895, pp. 21 y 22: "Imponer á un hombre una grave pena, como es la privación de la libertad; una mancha en su honra, como es la de haber estado en la cárcel, y esto sin haberle probado que es culpable y con la probabilidad de que sea

Merece ser comentado en este lugar el acierto del legislador español al exigir que en cualquier fase del proceso sea necesario que concurra la solicitud del Ministerio Fiscal o de alguna parte acusadora para que la prisión o libertad provisionales puedan ser acordadas (artículo 539 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). Por lo que hace a Alemania, si bien del texto de la Ley²⁷⁹ podría llegarse a la misma conclusión que en España, la doctrina mantiene que, una vez ejercitada la acción pública, el tribunal podrá dictar de oficio orden de prisión provisional, con el único requisito de haber oído previamente a la Fiscalía. Esta interpretación del § 125 de la *Strafprozessordnung* se justifica en la doctrina alemana afirmando que con el ejercicio de la acción pública la dirección del proceso (*Verfahrensherrschaft*) pasa de la Fiscalía al Tribunal que vaya a enjuiciar la causa, por lo que la solicitud por parte de la Fiscalía pierde su razón de ser²⁸⁰. Ello no obstante, el Ministerio público ha de ser oído antes de adoptar la decisión, según se establece en el § 33.1 de la *Strafprozessordnung*.

Sin embargo, si por un lado ha de valorarse dicho acierto del legislador español, también hay que tener en cuenta que la nueva regulación sólo garantiza la imparcialidad del órgano jurisdiccional de cara a la resolución que éste haya de tomar sobre la imposición de la prisión provisional, pero no frente al proceso posterior, incluyéndose aquí el fallo de la causa. Esta circunstancia no constituye problema alguno cuando la prisión provisional es acordada durante la fase de investigación, ya que el Juez de instrucción que ordene la medida (artículo 502 de la Ley) no va a

inocente, es cosa que dista mucho de la justicia... confundido con el vicioso y el criminal, espera una justicia que no llega ó llega tarde para salvar su cuerpo, y tal vez su alma; entonces la prisión preventiva es un verdadero atentado contra el derecho y una imposición de la fuerza".

²⁷⁹ V. § 125 de la StPO

²⁸⁰ FEZER, Gerhard, *Strafprozeßrecht I*, Beck, München, 1986, p. 97, marginal

ser el que posteriormente enjuicie y falle la causa. Por el contrario, una vez en la fase de juicio oral sí va a darse esta coincidencia entre el órgano que ordene la prisión provisional y el que conozca de la vista principal y, finalmente, la falle. Esto no consta expresamente en la Ley, la cual no establece con carácter general en ningún precepto cuál va a ser el órgano competente para decretar la prisión provisional²⁸¹; sin embargo, ello puede deducirse de las continuas referencias que el legislador hace al "Juez de Instrucción o Tribunal que deba conocer de la causa"²⁸².

Si bien es cierto que por las opiniones mantenidas hasta aquí (relativas al contenido menos extenso del principio acusatorio), no hemos estudiado con carácter exhaustivo todos los trabajos existentes sobre la prisión provisional, entre las obras de los autores que sí han sido consultadas no hemos tenido ocasión de ver reflejada esta problemática relativa a la parcialidad que eventualmente pudiese originar en el órgano enjuiciador y decisor el hecho de haber acordado durante el juicio oral la imposición de tal medida, aun habiendo sido ello a instancia de parte²⁸³.

Con independencia de las exigencias que establece el principio acusatorio, creemos que el órgano jurisdiccional que acuerda la adopción de la prisión provisional no debería posteriormente fallar la causa en la que se decretó dicha medida²⁸⁴. Tal y como tiene establecido el Tribunal

²⁸¹ Por el contrario, anteriormente, la Ley de 1872 sí establecía expresamente la competencia del órgano que decreta la prisión provisional una vez concluido el sumario: AGUILERA DE PAZ, Comentarios..., cit., t. IV, p. 192

²⁸² Arts. 504 bis 2, 508, 512, 539; MATTES, Heinz, La prisión preventiva en España (traducción de Manuel Gurdíel Sierra), Servicio de publicaciones de la Fundación universitaria San Pablo (CEU), Madrid, 1975, pp. 23 y 24

²⁸³ Sí alude a esta cuestión MONTERO, "El juez que instruye no juzga. (La incompatibilidad de funciones dentro del mismo proceso)", en LA LEY 1999-1, p. 1.808, si bien, desde esta óptica de la incompatibilidad de funciones dentro del mismo proceso, llega a la conclusión de que la adopción de la medida cautelar consistente en la prisión provisional del ya acusado no constituye función incompatible para el órgano jurisdiccional que esté enjuiciando la causa y que posteriormente la falle.

²⁸⁴ En el mismo sentido se expresa el Tribunal Constitucional en su S 145/1988, de 12 de julio, donde afirma que "[e]sta última decisión [en alusión a la prisión

Europeo de Derechos Humanos²⁸⁵ en relación con el Juez de Instrucción y el órgano enjuiciador, los actos de investigación practicados por el órgano jurisdiccional no necesariamente tienen que provocar parcialidad en éste a efectos de un posterior enjuiciamiento y fallo de los hechos. La existencia de parcialidad tendría que ser objeto de examen caso por caso, lo cual no solamente por su complejidad, sino también porque el órgano jurisdiccional no sólo debe ser imparcial, mas asimismo parecerlo²⁸⁶, no constituye una solución válida para la problemática que aquí nos estamos planteando.

Creemos que esta posibilidad de que el órgano jurisdiccional decrete la prisión provisional y posteriormente falle la causa debería desaparecer de la Ley, si bien es cierto que parece tratarse de una hipótesis más bien teórica, pues, como se ha afirmado en la doctrina, lo que suele suceder en la práctica es que a la hora de imponer la prisión provisional durante el juicio oral, el órgano jurisdiccional competente para el conocimiento y fallo de la causa traslade la decisión sobre dicha medida cautelar al Juez de instrucción a través de la aplicación del artículo 746.6 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que prevé la posibilidad de una sumaria instrucción suplementaria²⁸⁷. Por desgracia, el legislador español al reformar la normativa relativa a la prisión provisional con ocasión de la

provisional] exige del Juez, por regla general, una valoración, por lo menos indiciaria, de la culpabilidad, consecuencia de la investigación, pues para decretar la prisión provisional es necesario entre otros requisitos 'que aparezcan en la causa motivos bastantes para creer responsable criminalmente del delito a la persona contra quien se haya de dictar el Auto de prisión' (art. 503.3 de la LECr)". ASENSIO MELLADO, *La prisión provisional*, Civitas, Madrid, 1987, p. 117, al proceder a la distinción entre indicios y motivos, señala que éstos "tienen una naturaleza eminentemente subjetiva, pues implican una valoración, una apreciación de tal entidad que conduzca al sujeto a adoptar una resolución tan grave como la prisión provisional que supone, siempre, la anticipación de los efectos de una sentencia condenatoria".

²⁸⁵ SSTEDH, de 17 de julio de 1987, asunto *De Cuber y Piersack*, y de 8 de junio de 1989, asunto *Hauschildt*

²⁸⁶ V. STEDH de 17 de enero de 1970 (caso *Delcourt*): "*justice must not only be done: it must also be seen to be done*".

²⁸⁷ BARONA VILAR, Silvia, *Prisión provisional y medidas alternativas*, Bosch, Barcelona, 1988, pp. 35 y 36

aprobación de la Ley del Jurado en 1995, no aprovechó la circunstancia para mejorar el aspecto aquí tratado en el sentido ya aludido.

Para concluir, ha de reiterarse la idea de que todas estas exigencias tienden efectivamente a preservar la imparcialidad, tanto del órgano jurisdiccional que decida sobre la aplicación de la prisión provisional, como del que falla la causa con carácter definitivo. No obstante, y a pesar de mantener aquí que el principio acusatorio tiene fundamento en la imparcialidad del órgano jurisdiccional, lo que el citado principio debe garantizar es la imparcialidad del órgano que enjuicia y falla, en el sentido de no devenir parcial a causa de mantener él mismo la acusación, introducir nuevos hechos en el proceso o tener (o haber tenido) atribuidos excesivos poderes de dirección material del proceso. Por estos motivos pensamos que, a pesar de la legitimidad y justificación de los fines que se pretenden alcanzar al mantener la conveniencia de introducir el principio acusatorio en la decisión sobre la adopción de medidas cautelares en el proceso penal, fines con los cuales, por lo demás, estamos de acuerdo; a pesar de ello, repetimos, no nos parece correcto aludir en este sentido al principio acusatorio, pues, como hemos venido indicando, éste despliega su vigencia solamente una vez en la fase de juicio oral y para garantizar la separación entre el órgano de la acusación y el sentenciador.

1.2.4. Correlación entre acusación y sentencia²⁸⁸. Las dos vertientes de la correlación

Otra posible razón a la que puede deberse el tan amplio contenido que se le ha querido atribuir al principio acusatorio es la que deriva de la garantía de la correlación entre acusación y sentencia. Como muy acertadamente ha señalado Ortells, dentro de la citada garantía es

²⁸⁸ V. para la crítica a esta expresión, ORTELLS, Derecho Jurisdiccional, t. III, Proceso penal, 3ª ed., (con Montero Aroca, Gómez Colomer y Montón Redondo), Bosch, Barcelona, 1993, p. 402

imprescindible distinguir entre las exigencias que derivan del principio acusatorio y aquéllas que lo hacen del de contradicción²⁸⁹. Sin embargo, frecuentemente, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, se habla de la correlación en su totalidad como exigencia incluida en el principio acusatorio, lo cual desemboca en la -a nuestro juicio- errónea conclusión de entender al principio de contradicción -que a su vez presupone la existencia del derecho a ser informado de la acusación- como contenido propio del principio acusatorio.

Nosotros creemos que esta asimilación de las citadas garantías al principio acusatorio no es correcta y conduce a la existencia de un conglomerado de principios y garantías dentro del proceso penal que restan nitidez a la labor que ha de cumplir cada una de estas garantías por separado. En definitiva, como se ha dicho, hay que distinguir dentro de la correlación un sector que es consecuencia de la vigencia del principio acusatorio y otro que lo es del principio de contradicción y, consiguientemente, del derecho de defensa. Estas dos vertientes, a su vez, tienen íntima conexión con la distinción que en su momento efectuábamos entre lo que denominamos como el objeto del proceso en sentido estricto, por un lado, y en sentido amplio, por otro²⁹⁰. Así, se recordará que el objeto del proceso penal en sentido estricto estaba constituido, en cuanto a su elemento objetivo, por el núcleo esencial del hecho que ha dado lugar al proceso, mientras que, en su aspecto subjetivo, el objeto queda identificado por la persona a la que se acusa del hecho.

Pues bien, este sentido estricto del objeto del proceso es el que hay que tener en cuenta a efectos del principio acusatorio. Nada más. Y todo lo

²⁸⁹ "Principio acusatorio, poderes oficiales del juzgador y principio de contradicción. Una crítica de cambio jurisprudencial sobre correlación entre acusación y sentencia", en Justicia 1991-4, p. 781. De forma similar, pero añadiendo a los principios acusatorio y de contradicción el de obligatoriedad en el fallo, se expresa también SERRA, "Incongruencia civil y penal", en Estudios de Derecho Procesal, cit., p. 425.

²⁹⁰ V. I)1.3

que exceda de aquí va a ser asimismo de gran importancia, pero no ya por exigencias del principio acusatorio, sino del no menos importante principio de contradicción, el cual presupone que se garantice el derecho a ser informado de la acusación a lo largo de todo el juicio oral²⁹¹. Sin embargo, y al contrario de lo que hemos dicho en relación con el principio acusatorio, creemos que el de contradicción sí ha de hallar aplicación desde el mismo momento en que se incoa la causa. Por ello, y para evitar posibles situaciones de indefensión, es necesario informar al inculpado de los hechos que se le imputan y por los cuales se procede²⁹².

En consecuencia, por el solo hecho de que la sentencia no haya respetado la garantía de la correlación con respecto a la acusación no puede concluirse que nos hallemos necesariamente ante una vulneración del principio acusatorio. Cabe la posibilidad de que ello sea así, pero no siempre éste es el caso, porque puede que la falta de correlación se refiera sólo a que el órgano jurisdiccional haya incluido en su sentencia algún elemento fáctico de carácter no esencial sin haber dado previamente información y posibilidad de contradicción a las partes. Sin perjuicio del carácter lesivo que esta forma de proceder comporta frente al derecho de defensa de las partes, aquí no hay vulneración alguna del principio acusatorio, pues el órgano jurisdiccional lo único que ha hecho es cumplir con su deber de conocimiento exhaustivo del hecho que se ha sometido a su juicio (*Kognitionspflicht*), si bien es cierto que no por ello puede dejarse de

²⁹¹ Justamente lo contrario mantiene la STC 134/1986, de 29 de octubre, al afirmar que "el derecho a la información de la acusación, para permitir la defensa adecuada, debe referirse fundamentalmente al objeto del proceso, que no se identifica tanto con una calificación jurídica como con un hecho individualizado como delito". Creemos que el derecho a ser informado de la acusación sí debe ponerse en relación con la calificación jurídica, pues cualquier cambio que tenga lugar en ésta ha de ponerse en conocimiento de las partes.

²⁹² De otra opinión, MONTERO, "El principio acusatorio...", cit., pp. 778 y 779 que mantiene por lo que aquí nos interesa, que el principio de contradicción "hay que referirlo(s) hoy, no al procedimiento preliminar o fase de instrucción, sino al juicio o segunda fase del proceso penal".

informar a las partes en relación con la introducción de tal elemento fáctico, aunque éste sea de carácter meramente adjetivo o accidental.

Esto por lo que se refiere al doble fundamento en que se basa la garantía de la correlación entre acusación y sentencia, cuyo tratamiento nos pareció relevante efectuarlo dentro de este epígrafe para poder entender el excesivo alcance que se ha querido ver en el principio acusatorio. Por lo demás, nos remitimos aquí al estudio que sobre esta garantía de la correlación llevaremos a cabo más adelante²⁹³.

1.2.5. El (verdadero) fundamento del principio acusatorio. Su consagración constitucional

Tal y como afirma reiteradamente nuestra mejor doctrina científica, el fundamento del principio acusatorio se encuentra en la garantía de imparcialidad del órgano jurisdiccional que va a enjuiciar y fallar la causa²⁹⁴. Sin embargo, con demasiada frecuencia tal circunstancia se ve enturbiada por el hecho de querer ver en el principio acusatorio la vía a través de la cual el derecho a ser informado de la acusación y el principio de contradicción quedan garantizados ya no sólo en fase de juicio oral, sino también durante el procedimiento preliminar, por medio del derecho a ser informado de la imputación y a contradecirla²⁹⁵.

En este sentido pueden citarse infinidad de sentencias, tanto del Tribunal Supremo como del Constitucional, los cuales han elaborado la

²⁹³ V., en este mismo capítulo, 2.1.3

²⁹⁴ VÁZQUEZ SOTELO, "El principio acusatorio...", cit., p. 102; GIMENO, Derecho Procesal Penal, cit., pp. 67-68 y 78, que mantiene que la violación del principio acusatorio implica a su vez la del derecho al juez legal imparcial; MONTERO, "La garantía procesal...", en LA LEY, 1994-1, p. 979; ORTELLS, "Principio acusatorio...", cit., p. 781; asimismo GOLDSCHMIDT, James, Principios generales del proceso, II, Problemas jurídicos y políticos del proceso penal, EJEA, Buenos Aires, 1961, p. 114; ESER, Albin, "Funktionswandel strafrechtlicher Prozeßmaximen: Auf dem Weg zur 'Reprivatisierung' des Strafverfahrens?", en ZStW 1992, p. 365

²⁹⁵ En sentido similar se expresa también VÁZQUEZ SOTELO, "El principio acusatorio...", cit., p. 103.

doctrina general sobre el principio acusatorio en torno a la prohibición de indefensión, que presupone, a su vez, la garantía del derecho a ser informado de la acusación, por lo que la exigencia de imparcialidad y salvo supuestos excepcionales²⁹⁶, no es tenida necesariamente en cuenta a efectos de la elaboración de la citada doctrina general sobre el principio acusatorio, tal y como puede apreciarse en los fragmentos que a continuación citamos:

"La efectividad del principio acusatorio exige, para excluir la indefensión como hemos dicho en la Sentencia de 23 noviembre 1983, ..." (STC 134/1986, de 29 de octubre). "El principio acusatorio admite y presupone el derecho de defensa del imputado y, consecuentemente, la posibilidad de «contestación» o rechazo de la acusación. Provoca en el proceso penal la aplicación de la contradicción, o sea, el enfrentamiento dialéctico entre las partes, y hace posible el conocer los argumentos de la otra parte, el manifestar ante el Juez los propios, el indicar los elementos fácticos y jurídicos que constituyen su base, y el ejercicio de una actividad plena en el proceso" (STC 53/1987, de 7 de mayo).

Y en cuanto al Tribunal Supremo:

"La doctrina del Tribunal Constitucional y de esta Sala Segunda del Tribunal Supremo es absolutamente uniforme respecto a lo que es y significa el principio acusatorio conforme a los principios y mandatos constitucionales. Si nuestra Ley Fundamental proscribiera toda indefensión y anudara al derecho a defenderse el previo conocimiento de la acusación, no es correcto procesalmente que, frente a una tesis acusatoria, se haga o no uso por el juzgador de instancia de la facultad establecida..." (STS 7 de febrero de 1990; RA: 1.290). "Cuando los tipos delictivos de que se trata tienen el carácter de homogéneos y la actuación del procesado se califica como constitutiva del más leve, no se puede hablar de que se ha infringido tal principio fundamental, en cuanto que no se ha producido indefensión de clase alguna a la parte inculpada en el proceso, posibilidad de defensa o no defensa que constituye el

²⁹⁶ STS de 21 de septiembre de 1990 (RA: 7.208), que habla de la exquisita independencia e imparcialidad con que ha de actuar el órgano jurisdiccional; v. también la STC 53/1987, de 7 de mayo

verdadero sentido y razón de ser de ese tan repetido principio" (STS 12 de marzo de 1991; RA: 2.094)²⁹⁷.

Para concluir en cuanto a esta cuestión relativa al fundamento del principio acusatorio, creemos que dicho principio está llamado a preservar en realidad la estructura tripartita (*actus trium personarum*) según la cual ha de celebrarse el juicio oral del proceso penal, de forma que podamos afirmar la existencia de una controversia que enfrenta a dos partes que comparecen en pie de igualdad ante un *tercero imparcial* para que éste, aplicando el derecho objetivo, solucione el conflicto que se ha presentado ante él. Se trata, en definitiva, de si existe o no un verdadero proceso jurisdiccional, tal y como ha sido señalado por Montero²⁹⁸. Como tendremos ocasión de ir exponiendo a lo largo de este trabajo, desde el momento en que es el órgano jurisdiccional el que se dedica a introducir nuevos hechos (y quede claro que nos referimos aquí a hechos en el sentido normativo que ya hemos estudiado, y no a meros elementos fácticos adjetivos o accidentales, cuya introducción por el órgano jurisdiccional sólo responde al cumplimiento del deber de conocimiento exhaustivo del hecho principal) en el proceso, entonces empiezan a confundirse las distintas funciones que están llamados a desempeñar los diferentes sujetos que intervienen en el proceso, por lo que no podrá mantenerse la vigencia en él del principio acusatorio.

Pasando ahora a tratar el aspecto de la *consagración constitucional del principio acusatorio*, si bien nuestra Ley Fundamental no hace

²⁹⁷ En este sentido, resulta interesante el mero hecho de dar una hojeada a los repertorios y diccionarios de jurisprudencia penal existentes en nuestro país, en los cuales llama la atención la circunstancia de encontrar, bajo la voz "principio acusatorio", toda una doctrina general relativa a la prohibición de indefensión y al derecho a ser informado de la acusación. Todo lo contrario sucede en Alemania. Así, v. por ejemplo, SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, Maunz-Dürig Grundgesetz-Kommentar, Beck, München, 1996, Art. 103

²⁹⁸ "La garantía...", cit., p. 976

referencia expresamente al hecho de que el proceso penal deba estar informado por tal principio, es necesario recordar aquí la reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, según la cual, "el principio acusatorio forma parte de las garantías sustanciales del proceso penal incluidas en el artículo 24 de la Constitución"²⁹⁹. Sin embargo, a pesar de que a menudo el Tribunal Constitucional justifica o fundamenta la razón de ser del principio acusatorio en la necesidad de garantizar el derecho de defensa que asiste al sujeto pasivo del proceso así como el derecho a ser informado de la acusación que se ha formulado en su contra³⁰⁰, nosotros, con Gimeno³⁰¹, creemos que en realidad el principio acusatorio está implícito en el derecho a un proceso con todas las garantías del artículo 24.2 de la Constitución y que su violación trae a su vez consigo la vulneración del derecho al juez legal imparcial, en relación con la cual ha de tenerse en cuenta la doctrina elaborada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el contenido e interpretación del artículo 6.1 del Convenio del mismo nombre.

²⁹⁹ Sentencia 53/1987, de 7 de mayo

³⁰⁰ Este aspecto también es apuntado por ARMENTA DEU, Teresa, Principio acusatorio y derecho penal, cit., p. 33 al comentar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el principio acusatorio. La autora citada prefiere incardinar tanto la prohibición de indefensión del artículo 24.1 como el derecho a ser informado de la acusación del 24.2, ambos de la Constitución, dentro de las garantías que derivan del principio de contradicción. Al respecto nos parece necesario decir que, estamos de acuerdo con que el principio acusatorio no deba ser ubicado ni en el marco de la prohibición de indefensión, ni tampoco en el derecho a ser informado de la acusación. Sin embargo, lo que no nos parece acertado es afirmar, como hace Armenta, que tanto la citada interdicción como el derecho a ser informado de la acusación "encuentr(e)n su correcta referencia en el principio de contradicción", pues con ello parece indicarse que el derecho de defensa tiende a garantizar la contradicción, si bien, a nuestro juicio, se trata precisamente de la solución inversa, pues es el principio de contradicción o audiencia el que tiene como fin último garantizar una defensa efectiva durante el proceso. MONTERO, Derecho Jurisdiccional, I, cit., pp. 384 y ss., y GIMENO, Fundamentos... cit., p. 182 también se manifiestan en el sentido aquí defendido.

³⁰¹ Derecho Procesal Penal, cit., p. 78 y voto particular a la STC 56/1994, de 24 de febrero. Así también PLANCHADELL GARGALLO, Andrea, El derecho fundamental a ser informado de la acusación, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 65

Por lo que se refiere al derecho alemán en relación con esta cuestión sobre la efectiva consagración constitucional del principio acusatorio, no encontramos en la Ley Fundamental o *Grundgesetz* de este país ninguna alusión expresa al principio acusatorio, y ello no sólo en el plano del texto constitucional, sino tampoco a nivel de comentarios³⁰². Sin embargo, no creemos que por ello el citado principio quede en modo alguno desvirtuado en el ordenamiento procesal alemán, pues la ley ordinaria (§§ 151, 155, 264, 265 y 266 de la StPO) garantiza suficientemente y delimita con buena técnica legislativa el principio acusatorio con respecto al derecho de defensa y al principio de contradicción, tal y como tendremos ocasión de ver más adelante.

En el caso de la Constitución austriaca (*Bundesverfassungsgesetz*), el artículo 90.2 sí hace referencia a la vigencia del proceso acusatorio -que no principio- para el ámbito del proceso penal.

2. El (verdadero) alcance del principio acusatorio. Las exigencias que implica

Hasta aquí, y de una forma bastante crítica, nos hemos dedicado a lo que podríamos llamar la exposición de todo aquello que se ha querido ver incluido en el principio acusatorio³⁰³ sin que en realidad esté contenido en él. Corresponde ahora dedicar nuestra atención a aquellas garantías que sí configuran y delimitan el alcance del principio acusatorio, efectuando

³⁰² Llama la atención durante el estudio de los distintos comentarios existentes sobre el artículo 103 I del *Grundgesetz* -regulador del derecho de audiencia o contradicción (*Anspruch auf rechtliches Gehör*)- el que en ningún momento se encuentren aquí referencias al (principio) acusatorio, mientras que, de haber sido un comentario de origen español, probablemente tales alusiones estarían presentes, tal y como comentábamos ya en la ppp 298.

³⁰³ A nuestro juicio, ARMENTA DEU, Teresa, "Principio acusatorio: realidad y utilización (lo que es y lo que no)", en RDP 1996-2, pp. 265-291 expresa en el título de este trabajo la misma idea que pretendemos mantener aquí, es decir, la de llevar a cabo una nítida delimitación de aquellas garantías que, si bien pueden estar relacionadas con el principio acusatorio, no se hallan contenidas en él, por lo que procede su escisión.

ahora, por lo tanto, una delimitación de carácter positivo del tan aludido principio.

2.1. Delimitación positiva

Antes de proceder al estudio por separado de cada una de las garantías incluidas en el principio acusatorio, conviene recordar que lo más importante que hay que tener en cuenta a efectos de delimitar el verdadero alcance del principio acusatorio, en el sentido estricto -y en nuestra opinión único- que aquí se defiende, es que todas las garantías que lo configuran tienden al objetivo de preservar aquello que, como hemos visto, constituye el fundamento del principio acusatorio, es decir, la imparcialidad de que ha de estar dotado el órgano jurisdiccional que va a conocer del juicio oral y, finalmente, fallar la causa. Por lo tanto, deben dejarse ahora de lado todas aquellas garantías que en realidad van dirigidas a posibilitar la defensa y la contradicción, claro está, sin que por ello estas últimas pierdan importancia ni protección alguna durante el proceso. Hecho este recordatorio, pasamos ya al estudio de las garantías propias del principio acusatorio.

2.1.1. ¿Atribución de las fases de instrucción y de juicio oral a órganos jurisdiccionales distintos?

Por lo que se refiere a esta garantía, según la cual la función de instrucción, por un lado, y las de enjuiciamiento y fallo, por otro, han de estar atribuidas a órganos jurisdiccionales distintos, la doctrina española la ha venido incluyendo tradicionalmente en el estudio del principio acusatorio³⁰⁴. Así, si bien en nuestro país la prohibición de acumular en un

³⁰⁴ GIMENO, Derecho Procesal Penal, cit., p. 78; MONTERO, Derecho Jurisdiccional, Proceso penal, 3ª ed., p. 26, si bien este autor no hace referencia a esta separación de funciones como garantía del principio acusatorio, sino que, textualmente, habla de ella como una de las "manifestaciones acusatorias" del sistema procesal penal español; GÓMEZ ORBANEJA, Derecho Procesal Penal (con Herce Quemada), cit., p.

mismo órgano las funciones instructoras y de enjuiciamiento es estudiada, podríamos decir, con carácter obvio, dentro del principio acusatorio, no suele ser este el caso en el resto de los países de nuestro entorno europeo, donde las referencias o alusiones a esta garantía se hacen o bien en sede de otros principios y sin hacer alusión alguna al acusatorio³⁰⁵, o bien, y aun incluyéndola en el principio acusatorio, se hace mención a ella solamente de pasada (Portugal)³⁰⁶. Por lo que se refiere a Austria, aquí la doctrina sí alude a la separación de funciones de investigación y de enjuiciamiento, pero incluyendo la necesidad de tal separación en la también diferenciación entre órgano acusador y órgano jurisdiccional o sentenciador³⁰⁷. Finalmente, en el caso de Alemania, aquí no solamente no hemos encontrado en sede de principio acusatorio ninguna alusión³⁰⁸ a la garantía que en este apartado nos ocupa, sino que, además, al estudiar las causas de exclusión de jueces (*Ausschließungsgründe*) -las cuales operan automáticamente, sin tener que ser denunciadas- nos encontramos con que la ley (§§ 22 y 23 StPO) no hace referencia alguna a esta causa de exclusión, a lo cual hay que añadir que el catálogo de las causas que operan

120 también alude a esta garantía como característica propia del sistema acusatorio formal o mixto; ASENSIO, Principio acusatorio..., cit., pp. 23 y ss.

³⁰⁵ Tal es el caso de Francia, donde la exigencia de separación de estas funciones se incluye en el denominado "*principe de séparation des fonctions*", el cual en definitiva también tiene como fundamento el de asegurar la independencia e imparcialidad del órgano jurisdiccional que ha de decidir sobre la culpabilidad o inocencia del acusado, v. STEFANI, Gaston, LEVASSEUR, Georges, BOULOC, Bernard, Procédure pénale, Dalloz, París, 1993, pp. 45 y ss.; MAYMAT, Jean-Christophe, Procédure pénale, Dalloz, París, 1996, pp. 13 y ss.

³⁰⁶ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, Direito Processual Penal, Coimbra editora, Coimbra, 1974, p. 138. Sin embargo, este mismo autor, posteriormente (pp. 143 y ss.), procede a sistematizar las implicaciones sustanciales que derivan del principio acusatorio, no incluyendo en este lugar ninguna referencia específica a la prohibición de acumulación de funciones instructoras y enjuiciadoras en un mismo órgano jurisdiccional.

³⁰⁷ BERTEL, Christian, Die Identität der Tat, cit., pp. 76 y ss

³⁰⁸ Salvo el supuesto de BAUMANN, Derecho Procesal Penal, cit., p. 48

ope legis se entiende de carácter exhaustivo o cerrado, por lo que no cabe admitir supuestos de analogía³⁰⁹.

Tampoco entre las *Ablehnungsgründe* o causas de recusación -las cuales sí han de ser previamente denunciadas por los sujetos a que alude el § 24 III StPO- se halla especificada ninguna que haga referencia al anterior desempeño de actividad investigadora por el órgano jurisdiccional que va a conocer de la vista principal. Al respecto, tanto la doctrina como la jurisprudencia mantienen que, por regla general, la participación del juez en resoluciones recaídas con anterioridad en el marco del mismo proceso no constituyen causa de recusación alguna, ni siquiera cuando a través de ellas el órgano jurisdiccional haya manifestado su convencimiento sobre la culpabilidad del acusado³¹⁰.

En este contexto la doctrina y jurisprudencia alemanas también hacen referencia expresa al supuesto de coincidencia entre el órgano jurisdiccional que decide sobre la apertura del juicio oral y el que va a conocer del mismo manteniendo también al respecto que, según la ley, tal coincidencia no genera motivo de preocupación en relación con una eventual parcialidad o prevención del órgano jurisdiccional que finalmente decidirá sobre el fondo de la causa³¹¹.

³⁰⁹ ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, cit., p. 41, (§ 9, marginal 5); KLEINKNECHT, *StPO*, cit., § 22, marginal 3

³¹⁰ KLEINKNECHT, *StPO*, cit., § 24, marginal 14; BGH 9, 233 y ss., donde se afirma que la StPO parte del principio general de que la actividad judicial (*richterliche Tätigkeit*) que precede a la actuación como órgano de enjuiciamiento no origina parcialidad. V. sin embargo y en sentido contrario, la condena que la STEDH de 28 de octubre de 1998 ha impuesto a nuestro país en el caso *Castillo Algar*, debido a que en este supuesto dos de los magistrados que integraron el tribunal enjuiciador habían resuelto anteriormente un recurso de apelación que se había interpuesto contra el auto de procesamiento, confirmándolo.

³¹¹ KLEINKNECHT, *ob. y lug. ult. cit.* y la jurisprudencia allí citada (BGH GA 61, 115); parece expresarse en contra WENDISCH, Günter, *LR-Kommentar*, cit., § 24, marginales 30 y 31, el cual, con anterioridad (Vor § 22, marginal 20) hace referencia a las reflexiones surgidas en el parlamento alemán (*Bundestag*) sobre la posibilidad de excluir del enjuiciamiento al juez que ha dictado el auto de apertura del juicio oral,

Pero, volviendo al caso de coincidencia entre el órgano instructor y el decisor, si bien tanto en nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal como en el resto de las legislaciones procesales penales del entorno europeo que nos es más afín se alude expresamente a este problema, solucionándolo en el sentido de prohibir que el juez que ha instruido una causa proceda posteriormente a fallarla o, en su caso, forme parte del tribunal sentenciador³¹², no es éste el caso de lo que sucede en Alemania, tal y como hemos visto anteriormente. Podría pensarse que este tratamiento de la cuestión responda a la circunstancia de que en dicho país la dirección del procedimiento preliminar está atribuida al Ministerio Fiscal, mientras que la intervención del *Ermittlungsrichter* en dicha fase tiene lugar principalmente en aquellos supuestos en que se proceda a la restricción de derechos fundamentales del sujeto pasivo del proceso³¹³. Sin embargo, en seguida podemos darnos cuenta de que también países como Portugal e

reflexiones éstas que se han reservado para el caso de que llegue a tener lugar una gran reforma procesal, lo cual no parece demasiado probable que suceda por el momento.

³¹² Cfr. el artículo 34. 2 del *Nuovo Codice di Procedura Penale* italiano, el cual, si bien incluye una enumeración, a nuestro juicio, excesivamente casuística de supuestos en que concurre incompatibilidad del juez, no prevé la prohibición de concurrencia en el mismo órgano jurisdiccional de las funciones de instrucción y de enjuiciamiento, por lo que el citado precepto ha de complementarse con la doctrina jurisprudencial formulada al respecto por la *Corte Costituzionale* a través de las sentencias 496/1990, de 26 de octubre; 401/1991, de 12 de noviembre; 502/1991, de 30 de diciembre y 124/1992, de 25 de marzo, las cuales, en definitiva, declaran inconstitucional el párrafo 2º del artículo 34 en la medida en que no incluye la prohibición de que el juez de las *indagini preliminari* participe posteriormente en el debate; también el artículo 49, párrafo 2º del *Code de Procédure Pénale* francés establece la sanción de nulidad para el caso en que el juez de instrucción participe en el enjuiciamiento de las causas penales que previamente hubiese instruido; en Portugal es el artículo 40 del *Código de Processo Penal* el que declara que ningún juez podrá intervenir en la fase de enjuiciamiento de un proceso si previamente había presidido el debate instructorio del mismo; y, finalmente, el § 68.2 de la StPO austriaca establece la prohibición de coincidencia entre órgano instructor y decisor dentro de una misma causa.

³¹³ Con anterioridad a la entrada en vigor del *Erstes Gesetz zur Reform des Strafverfahrens* de 9 de diciembre de 1974, el § 23 de la StPO contenía un tercer apartado en el que sí se establecía, obviamente, la exclusión como órgano decisor del hasta entonces existente *Untersuchungsrichter*, el cual dirigía la fase denominada *Voruntersuchung*, hoy suprimida a través de la citada reforma del proceso penal alemán.

Italia han procedido en los últimos años a atribuir la dirección de la fase de instrucción al Ministerio Fiscal sin que por ello los nuevos códigos de enjuiciamiento criminal de dichos países hayan dejado de prever la causa de exclusión de que venimos hablando.

Sin embargo, el criterio que debe interesarnos aquí es el de la imparcialidad objetiva, ya que, como hemos señalado en páginas anteriores y siguiendo la doctrina jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de nuestro Tribunal Constitucional, el órgano jurisdiccional no sólo ha de ser imparcial, sino que, además, ha de parecerlo, motivo por el cual creemos que, sin perjuicio de que se establezca un mecanismo para verificar si efectivamente existe parcialidad en el caso concreto, o no, sin perjuicio de ello, repetimos, debería hallarse al menos entre las causas de exclusión que sólo operan previa solicitud (*Ablehnungsgründe* del § 24) la de haber sido *Ermittlungsrichter* durante el procedimiento preliminar.

Es probable que este tratamiento que en el ordenamiento procesal penal alemán se dispensa a la exigencia de separación de funciones instructora y enjuiciadora nos llame especialmente la atención debido a la especial tesitura por la que atravesó nuestro proceso penal desde la entrada en vigor de la Ley 3/1967, de 8 de abril y de la Ley Orgánica 10/1980, de 11 de noviembre hasta la derogación de ambas con la promulgación de la Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre, creadora de los Juzgados de lo Penal y del procedimiento abreviado para determinados delitos. Como es sabido, antes de la entrada en vigor de esta última Ley Orgánica se daba en nuestro ordenamiento la coexistencia de -nada menos que- cinco procesos ordinarios, dos de los cuales -el de diligencias preparatorias y el previsto para el enjuiciamiento oral de delitos dolosos, menos graves y flagrantes-

atribuían al Juez de Instrucción la competencia para el procedimiento preliminar, así como para el enjuiciamiento y fallo de la causa³¹⁴.

Antes de la entrada en vigor de la citada Ley de 1967, la de Enjuiciamiento Criminal garantizaba perfectamente la separación entre órgano instructor y decisor, incluyendo, ello no obstante y para mayor abundamiento, en su artículo 54. 12º como causa de recusación la de "[h]aber sido instructor de la causa". Sin embargo, y con poco acierto, las citadas leyes de 1967 y 1980 vinieron a alterar la regulación que al respecto contenía la Ley de Enjuiciamiento Criminal desde que, en el siglo XIX, entrara en vigor. A pesar de la declaración de intenciones que se contiene en el Preámbulo de la Ley de 1967, donde se alude a "diversos problemas que reclaman una solución urgente y son susceptibles de ella *sin alterar sustancialmente la ordenación penal y procesal* actualmente vigentes"³¹⁵, a pesar de estas manifestaciones, repetimos, la citada Ley venía a derogar "uno de los principios capitales de la filosofía inicial del ordenamiento procesal común"³¹⁶, según el cual y a través de la atribución de la fase de instrucción y de la de juicio oral a órganos jurisdiccionales distintos se hace posible preservar la imparcialidad del órgano decisor en lo que respecta a la prevención o contaminación que éste hubiera podido desarrollar frente a los

³¹⁴ Esta acumulación de funciones se justifica en la Ley 3/1967 afirmando que "[l]a rapidez, que siempre es deseable en la Administración de Justicia, se hace imprescindible en el enjuiciamiento de estas causas por delitos menos graves, lo que aconseja encomendar la instrucción y fallo de los delitos castigados con penas de (...) al mismo órgano...". Por su lado, la Ley Orgánica 10/1980, de enjuiciamiento oral de delitos dolosos, menos graves y flagrantes no sólo establece en el artículo 2º, párrafo 1º que "[s]erán competentes para el conocimiento y fallo de estas causas los Jueces de Instrucción del Partido en que el delito se haya cometido", sino que además, el párrafo 2º del mismo artículo "remata" la anterior afirmación añadiendo que "[e]n ningún caso les serán (sic) de aplicación la causa de recusación, prevista en el apartado 12 del artículo 54 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal". Este último párrafo citado fue precisamente el que la tan importante STC 145/1988, de 12 de julio declaró inconstitucional, provocando las consecuencias por todos conocidas y a las que, no obstante, se aludirá en el texto principal de este trabajo.

³¹⁵ La cursiva es nuestra.

³¹⁶ DE DIEGO DÍEZ, Luis Alfredo, "El principio «el que instruye no debe juzgar» como garantía de imparcialidad", en Poder Judicial 1987-8, pp. 17 y 18

hechos que constituyen el objeto del proceso, a causa de su contacto previo, durante la instrucción, con dicho material fáctico.

A esta situación vino a dar remedio la Sentencia del Tribunal Constitucional 145/1988, de 12 de julio, la cual, por un lado, declara la inconstitucionalidad del artículo 2, párrafo 2º de la Ley Orgánica 10/1980, de 11 de noviembre, que establecía la imposibilidad de aplicar la causa de recusación del artículo 54.12º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el enjuiciamiento de los delitos objeto de regulación por esta Ley Orgánica, y por otro lado, recomienda que sea "el legislador quien debe asumir la tarea de reformar ese procedimiento o sustituirlo por otro, removiendo los riesgos que el procedimiento actual crea tanto para los derechos fundamentales como para la buena marcha y eficaz funcionamiento del proceso"³¹⁷. Con base en esta recomendación del Tribunal Constitucional, y tan sólo unos meses después de que se dictase la Sentencia a la que nos estamos refiriendo, se aprobaba la Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre que regula el procedimiento abreviado para determinados delitos y crea los Juzgados de lo Penal. Con la entrada en vigor de esta Ley Orgánica deja de darse en nuestro ordenamiento procesal la confusión o acumulación de funciones instructora y enjuiciadora en un mismo órgano jurisdiccional³¹⁸.

³¹⁷ V. Fundamento jurídico 8º de la citada Sentencia.

³¹⁸ Sin embargo, no está de más hacer alusión a un supuesto muy concreto que todavía puede dar lugar a que se produzca esta confusión. Se trata de la hipótesis prevista en el art. 789.5, 2ª, que establece que "[p]racticadas sin demora tales diligencias, o cuando no sean necesarias, el Juez adoptará alguna de las siguientes resoluciones: [...] Segunda. –Si reputare falta el hecho que hubiere dado lugar a la formación de las diligencias, mandará remitir lo actuado al Juez competente, cuando no le corresponda su enjuiciamiento". El problema aquí es el siguiente: ¿qué sucederá cuando sí le corresponda su enjuiciamiento? En este caso, según el precepto, se confundirán en un mismo órgano jurisdiccional, el Juez de instrucción, las funciones de instrucción y de enjuiciamiento, por lo que, en aras de la imparcialidad del órgano enjuiciador, sería conveniente que el juez que ha instruido se abstenga de conocer del juicio de faltas y se remitan las actuaciones a otro. Así, REVERÓN PALENZUELA, Benito, "La contradicción procesal como garantía del derecho de defensa en la llamada

Posiblemente, estas circunstancias que se acaban de exponer hayan contribuido también a que en la doctrina española, al estudiar las garantías implícitas en el principio acusatorio, hagamos expresamente referencia a esta garantía de separación de funciones, lo cual, como hemos visto, no suele suceder en el derecho comparado. Es probable que, debido a que hace relativamente poco tiempo que ambas funciones eran objeto de confusión en nuestro proceso penal y ante el temor de que aparezca nuevamente el fantasma del juez instructor y decisor se haga mayor hincapié en esta prohibición de acumulación de funciones.

Llegados a este punto, llama la atención el hecho de que en la doctrina y jurisprudencia³¹⁹ españolas se repita con tanta insistencia la pertenencia de esta garantía de separación de las citadas funciones al marco de aquéllas implícitas en el principio acusatorio, mientras que en los ordenamientos de nuestro entorno europeo más afín no es éste el caso, tal y como hemos visto anteriormente. Este es uno de los motivos por los que nos planteamos aquí la cuestión de si, en verdad, es correcto incluir la prohibición de acumulación de funciones instructora y decisoras dentro del estudio del principio acusatorio o si, por el contrario y una vez más, se han querido ver en el citado principio más garantías de las que, en realidad, le son propias³²⁰.

Para dar solución a la cuestión que acabamos de formular se plantean, a su vez, otros interrogantes que habremos de resolver con carácter previo:

«fase intermedia» del proceso penal por delito", en LA LEY 1998-3, pp. 1.783-1.795

³¹⁹ SSTC 136/1992, de 13 de octubre; 170/1993, de 21 de junio

³²⁰ Ello no obstante, es justo reconocer que últimamente también pueden encontrarse resoluciones como la STS de 27 de febrero de 2001 (RA: 482), que versa sobre una vulneración del derecho al juez imparcial por intervención de magistrado sentenciador en la instrucción de la causa sin que en ningún momento, a nuestro juicio acertadamente, se haga referencia alguna al principio acusatorio como fundamento de esta prohibición de acumular funciones instructoras y decisoras.

*En primer lugar, surge el problema de averiguar qué ha de entenderse por instrucción*³²¹. Así, en un principio, la dicción del artículo 299 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal parece poder ofrecernos una primera ayuda, al establecer que "[c]onstituyen el sumario las actuaciones encaminadas a preparar el juicio y practicadas para averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos..."³²². Por otro lado, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional tiene establecido que "[i]nstructor de una causa, será, por tanto, el Juez que lleve a cabo esas actuaciones y participe de forma activa en la investigación" y que "[e]s, como se ha dicho, la investigación directa (...) lo que forma el núcleo esencial de una instrucción"³²³. Por lo tanto, "[l]a investigación directa de los hechos con una función en parte inquisitiva y en parte acusatoria (...) es la que puede considerarse integrante de una actividad instructora", según nuestro Tribunal Constitucional³²⁴. Y, finalmente, en la doctrina de nuestro país se ha mantenido, en relación con su naturaleza jurídica, que constituye "una actividad de investigación, preparatoria del juicio, encaminada a recoger y materializar todos aquellos elementos de interés para el proceso, y a individualizar la persona contra la que éste debe dirigirse, adoptando al mismo tiempo las medidas indispensables para garantizar el cumplimiento de la sentencia que en su día se dicte"³²⁵.

En estos términos y sin perjuicio de la doctrina general sentada por el Tribunal Constitucional, según la cual habrá de analizarse caso por caso si se da esta apariencia de parcialidad, o no³²⁶, queda claro que la labor

³²¹ V. CARNELUTTI, Principii del processo penale, Morano editore, Napoli, 1960, p. 134

³²² La cursiva es nuestra.

³²³ STC 145/1988, de 12 de julio

³²⁴ STC 164/1988, de 26 de septiembre

³²⁵ SERRA DOMÍNGUEZ, "La instrucción penal y civil...", cit., p. 720

³²⁶ STC 136/1992, de 13 de octubre: "[d]icha doctrina se asienta sobre dos ideas especiales: de un lado, que el hecho de haber estado en contacto con el material de hecho necesario para que se celebre el juicio puede hacer nacer en el ánimo del Juez o

instructora desempeñada por el órgano jurisdiccional ocasionará que sobre éste recaiga sospecha de parcialidad en el caso de que enjuiciase la causa que él mismo instruyó. Según el Tribunal Constitucional³²⁷, nos hallaríamos aquí ante un supuesto de vulneración de la imparcialidad objetiva, la cual, así el alto Tribunal, es "aquella cuyo posible quebrantamiento no deriva de la relación que el Juez haya tenido o tenga con las partes, sino de su relación con el objeto del proceso"³²⁸.

Sin embargo, una vez constatada la parcialidad que puede generar la actividad instructora en el órgano jurisdiccional que después hubiese de conocer de la fase de enjuiciamiento, lo que ahora nos interesa saber -y así entramos en la cuestión que nos hemos propuesto resolver *en segundo lugar*- es si es ésta, en concreto, la parcialidad que se propone evitar la vigencia en el proceso penal del principio acusatorio.

En nuestra opinión, la respuesta a este interrogante ha de ser negativa, ya que el objetivo que se persigue y que se ha de conseguir a través de la vigencia del principio acusatorio en cualquier ordenamiento es el de preservar la imparcialidad del órgano jurisdiccional que va a conocer del juicio oral y fallar la causa, pero -y aquí viene lo verdaderamente importante- sólo aquel aspecto de la garantía de imparcialidad cuya vulneración derivase de la confusión entre las funciones de acusar y de enjuiciar. En este sentido, el propio término principio "acusatorio" que aquí

Tribunal sentenciador prejuicio y prevenciones respecto de la culpabilidad del imputado, quebrándose así la imparcialidad objetiva que intenta asegurar la separación entre la función instructora y la juzgadora (...); de otro, será en cada caso concreto donde habrá que determinar si se da o no la apariencia de imparcialidad, pues es la investigación directa de los hechos, con una función inquisitiva dirigida frente a determinada persona, la que puede provocar en el ánimo del instructor prejuicios e impresiones respecto del acusado que influyan a la hora de sentenciar".

³²⁷ STC 145/1988, de 12 de julio

³²⁸ Para otras acepciones de esta distinción entre imparcialidad subjetiva y objetiva, v. DÍAZ CABIALE, Principios de aportación..., cit., pp. 407 y ss, y 546 y ss.

pretendemos delimitar apunta a esta *concepción estricta*³²⁹ del citado principio a través del adjetivo relativo a la acusación³³⁰. Está claro que la acumulación de funciones instructora y decisora en un mismo órgano jurisdiccional es apta para generar, al menos, una apariencia de parcialidad en el juez³³¹, pero esta posible vulneración del derecho fundamental a un juez imparcial se evita a través de la causa de recusación contenida tanto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (artículo 54. 12º), como en la Ley Orgánica del Poder Judicial (artículo 219. 10º) y no gracias a la instauración en el proceso penal del principio acusatorio, el cual, además, no puede ya ser objeto de introducción en nuestro ordenamiento por la sencilla razón de que, como hemos tenido ocasión de manifestar con anterioridad³³² y salvo un supuesto al que nos referiremos más adelante³³³, ya se encuentra plenamente garantizado en nuestro proceso penal actual.

Como ya adelantábamos al principio de este apartado no es ésta la postura que, con carácter general, se ha adoptado tanto por la doctrina como por la jurisprudencia de nuestro país, donde la mayoría ve la garantía que aquí nos ocupa implícita en el principio acusatorio. Así, Asencio Mellado, que trata expresamente la cuestión sobre la pertenencia o no de esta prohibición de acumulación de funciones al principio acusatorio³³⁴, llega a la conclusión de que el principio acusatorio -en su concepción de

³²⁹ La cursiva se debe a que, en realidad, creemos que no debe haber otra concepción de este principio, pues la inclusión en él de otras garantías sólo puede originar la desnaturalización de lo que en realidad sea el principio acusatorio.

³³⁰ En ocasiones se alude a él también como "principio de acusación".

³³¹ Como es sabido, hay muchas otras causas de abstención y recusación, todas ellas tendentes a garantizar la imparcialidad del órgano jurisdiccional, pero no por ello identificadoras en modo alguno del contenido del principio acusatorio.

³³² V. *supra*, II)1.2.1. En el mismo sentido GÓMEZ ORBANEJA, Derecho Procesal Penal (con Herce Quemada), 10ª edición, Artes Gráficas y Ediciones, Madrid, 1986, p. 121

³³³ V. *infra* en este mismo capítulo, el epígrafe 2.1.2 y en el capítulo III), 1

³³⁴ Normalmente, los autores españoles que estudian el tema no se plantean expresamente la inclusión de esta garantía en el principio acusatorio, sino que, directamente, entienden que forma parte del citado principio.

exigencia de ejercicio y mantenimiento de la acusación por persona distinta al juez- ha de complementarse con la prohibición de identidad entre órgano instructor y decisor³³⁵. Estamos de acuerdo con que el principio acusatorio deba complementarse con la garantía relativa a la separación de funciones citadas; sin embargo, no es menos cierto que el principio acusatorio también debe ser objeto de complemento con el resto de principios, derechos y garantías que han de informar aquello que entendamos por proceso penal justo o con todas las garantías, sin que por ello tales principios, derechos y garantías pasen a ser, en nuestra opinión, un elemento definidor del principio acusatorio³³⁶.

2.1.2. Separación de las funciones acusadora y de enjuiciamiento

Esta es, a nuestro juicio, la exigencia fundamental contenida en el principio acusatorio³³⁷: que la función de acusar la lleve necesariamente a cabo una persona distinta –ya sea un órgano público encargado de la acusación, como es el Ministerio Fiscal en nuestro país, ya una persona privada, tal y como sucedía en el proceso acusatorio histórico o, en la

³³⁵ Principio acusatorio..., cit., pp. 23 y ss.

³³⁶ ASECIO, ob. cit., p. 25: "...prohibición ésta que se ha de elevar a rango fundamental definidor del propio principio que comentamos". Sin embargo, un matiz distinto es el que podemos encontrar en GÓMEZ ORBANEJA, Derecho Procesal Penal, cit., p. 120, donde el autor, hablando del sistema acusatorio (no del principio) mantiene que se caracteriza "por la separación de la función de investigación y acusación y la función de juzgar...", con lo cual ya sí estamos de acuerdo, pues sí creemos que la atribución a distintos órganos jurisdiccionales de las funciones de instrucción y enjuiciamiento constituye una nota propia del sistema o proceso acusatorio, si bien no ya del principio del mismo nombre. En este sentido nos parece más afortunada la opinión de CORTÉS DOMÍNGUEZ, Derecho Procesal Penal, (con Gimeno y Moreno), cit., (2ª ed.), p. 254, que ve esta garantía de la separación entre órgano instructor o enjuiciador como una manifestación del derecho a un juez imparcial.

³³⁷ Así también ROXIN, Strafverfahrensrecht, cit., pp. 75 y 76, (§ 13). En contra, ASECIO MELLADO, Principio acusatorio y..., cit., p. 18. Sin embargo, nos parece conveniente hacer hincapié en el hecho de que esta discordancia de opiniones podría ser meramente aparente, ya que este último autor citado hace alusión al "principio acusatorio formal", por lo que entendemos que, en realidad, se está refiriendo al *sistema* acusatorio mixto, de contornos más amplios que el principio acusatorio: v. *supra*, II)1.2.1

actualidad, por ejemplo, con el acusador privado- de aquella a la cual se le ha atribuido la competencia para el enjuiciamiento y fallo del caso que constituya el objeto del proceso.

Lo que nos lleva a pensar que esta es la garantía más importante o esencial de entre todas aquéllas que pudieran estar implícitas en el principio que aquí estudiamos es, precisamente, que todas las demás que trataremos a continuación, en nuestra opinión, no son más que el reflejo o la consecuencia de la necesaria separación que debe darse entre las funciones de acusación y la de enjuiciamiento o fallo, pues tanto la necesidad de que exista una determinada correlación entre acusación y sentencia como la prohibición de *reformatio in peius* lo que pretenden evitar, en definitiva, es que se produzca la confusión entre el órgano acusador y el sentenciador y, por ende, que éste último esté dotado de imparcialidad³³⁸.

Ya en su momento³³⁹ nos manifestábamos acerca de lo que, en nuestra opinión, era el fundamento del principio acusatorio, llegando a la conclusión de que éste estaba constituido por la necesidad de garantizar la imparcialidad del órgano jurisdiccional sentenciador; y, más concretamente, nos hemos inclinado en el epígrafe anterior de este trabajo, por defender que aquella parcialidad que se pretende evitar a través de la vigencia del principio acusatorio en el proceso penal es, precisamente, la que pudiera derivar de la confusión entre las funciones de acusar y la de enjuiciar.

Lo hasta aquí dicho pudiera parecer una obviedad y, a simple vista, hasta da la impresión de que, prácticamente, hubiésemos vaciado de contenido el principio acusatorio, ya que, haciendo una rápida reflexión sobre el tema, sólo parece que pudiese vulnerarse el citado principio si,

³³⁸ También atiende a estos fines la necesidad de dotar de ciertos límites, aunque no de coartarlo totalmente, como ya veremos *infra* 2.1.4, al impulso de la actividad probatoria por parte del órgano jurisdiccional.

³³⁹ V. *supra* II)1.2.5

como sucedía en el proceso inquisitivo propio del Estado absoluto, el sujeto que mantuviese la acusación fuese el mismo que el que conocía del juicio oral y, posteriormente, dictaba sentencia. Efectivamente, este paso está superado, y con creces, en nuestro proceso penal y en aquéllos de nuestro entorno más afín. Sin embargo, todo deja de parecer tan obvio si atendemos ya, más concretamente, a los problemas que puede generar la garantía de la necesaria correlación que ha de darse entre acusación y sentencia, pues si ésta no se diese, en definitiva, lo que se estaría produciendo sería justamente la confusión entre la parte acusadora y el juez.

Otro problema que se plantea es el que trae consigo la denominada retirada de la acusación y los efectos que ésta provoca en relación con la posibilidad de que el órgano sentenciador quedase vinculado por tal petición absolutoria de la parte acusadora. Todos estos son problemas que desarrollaremos en el capítulo siguiente y que aquí nos limitaremos a dejar apuntados con el solo objetivo de hacer hincapié en la siguiente circunstancia: en nuestra opinión, el principio acusatorio no queda vacío de contenido por el hecho de definirlo en sus justos términos o, en otras palabras, no se le resta importancia a tal principio por el hecho de no atribuirle otras exigencias que, si bien son esenciales en un proceso penal moderno y justo, no son, sin embargo, propias del principio acusatorio³⁴⁰.

Por medio de la evolución del sistema inquisitivo al acusatorio formal o mixto se pretendió dar vigencia a esta garantía tendente a separar la función acusadora de la enjuiciadora o sentenciadora con el fin de dotar a esta última de imparcialidad. Así, como es sabido, con la llegada de la Ilustración y de la Revolución Francesa, la función acusadora deja de estar atribuida al órgano jurisdiccional que va a conocer del juicio oral para

³⁴⁰ En este sentido se expresa también SAAVEDRA RUÍZ, Juan, "La iniciativa del Tribunal en el acto del juicio oral. Alcance de los artículos 729 y 733 LECrim.", en Cuadernos de Derecho Judicial. Cuestiones de Derecho Procesal Penal (t. X), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994, pp. 21 y 22.

quedar, ya sea en régimen de monopolio o no, en manos de un órgano oficial, en nuestro país, el Ministerio Fiscal, que tendrá asignada a partir de este momento la función de acusar³⁴¹.

Creemos, asimismo, que la denominación que en la actualidad se le da tanto a nuestro proceso penal, como también al resto de los de nuestro entorno jurídico, a saber, la de un sistema acusatorio *formal*, trae causa precisamente de esta evolución histórica que culminó con la atribución al Ministerio Fiscal de la función acusadora, pues, como sabemos, y dejando aparte toda la polémica sobre la existencia o no de partes en el proceso penal³⁴², el Ministerio Fiscal no es parte en sentido material, sino que solamente puede serlo desde un punto de vista formal. El modelo al que se ha llegado tras esta evolución histórica puede parecer un tanto artificial³⁴³, ya que se produce un desdoblamiento de las funciones del Estado: por un lado, la de acusar, atribuida al Ministerio Fiscal y, por otro, la de juzgar y ejecutar lo juzgado, que queda en manos de jueces y magistrados. Sin embargo, en la actualidad y en esencia, parece el sistema más perfecto al que se puede llegar si es que, efectivamente, no quiere dejarse en manos de los particulares toda la tarea de la persecución penal.

De esta forma vemos cómo esta exigencia contenida en el principio acusatorio y que tiende a asegurar la imparcialidad del órgano sentenciador

³⁴¹ V., para más detalles en relación con la evolución histórica de la figura del Ministerio Fiscal, entre otros: PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, Leonardo, "El Ministerio Fiscal en Europa", en RDP ib. 1977-1, pp. 7 y ss.; RUÍZ GUTIÉRREZ, Urbano, "Algunas notas sobre el origen del Ministerio Público en España", en RDP 1952-3, pp. 407 y ss.; MARCHENA GÓMEZ, Manuel, El Ministerio Fiscal: su pasado y su futuro, Marcial Pons, Madrid, 1992, pp. 21-42, a lo largo de las cuales el autor llega a la conclusión de que no se puede dar hoy un concepto de la institución del Ministerio Fiscal partiendo de la perspectiva de la evolución histórica.

³⁴² V. en cuanto a este problema MONTERO, Principios del proceso penal, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 49 y ss., quien, a pesar de la *contradictio in terminis* que él mismo reconoce, atribuye al Ministerio Fiscal el carácter de parte imparcial; en contra, ROXIN, Strafverfahrensrecht, cit., §17, pp. 105 y 106, (§17, marg. 5).

³⁴³ En este sentido se han manifestado autores como SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, "El juicio oral", cit., p. 758; MONTERO, ob. y lug. ult. cit.

está perfectamente garantizada en nuestro proceso penal gracias a la estructura que se le ha dado a éste y a la cual nos hemos referido en el párrafo anterior. Sin embargo, y a pesar de lo dicho, el único resquebrajamiento que podemos encontrar en nuestro ordenamiento procesal penal es el contenido en el artículo 969.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, donde, como es sabido, se incluye la posibilidad de que el Ministerio Fiscal esté ausente en los juicios que tengan por objeto el enjuiciamiento de faltas semipúblicas.

Dejando por el momento de lado la STC 56/1994, de 24 de febrero, el tenor literal de este precepto vulnera a todas luces las exigencias del principio acusatorio, y es que era precisamente el mismo Tribunal Constitucional quien mantenía con reiteración la imposibilidad de que el órgano jurisdiccional dicte sentencia condenatoria si ninguna de las partes ejercita la acción penal, por lo que, en nuestra opinión, dicho precepto debió haber sido declarado inconstitucional en su día, tal y como mantiene Gimeno Sendra en su Voto Particular a la citada Sentencia, al cual se adhirieron otros tres Magistrados más. En realidad, es cierto que por medio de la denuncia se pone al órgano jurisdiccional en conocimiento de la *notitia criminis* y por lo tanto también de los hechos que van a constituir el objeto del juicio de faltas. Pues bien, como ya hemos advertido en reiteradas ocasiones a lo largo de este trabajo, es precisamente a estos hechos introducidos por las partes a los que queda vinculado el órgano jurisdiccional, por lo que, tal y como parece haber insinuado Cortés Domínguez³⁴⁴, podría darse incluso el caso de que, por ejemplo, los escritos de acusación o de calificación provisional no contuviesen la calificación

³⁴⁴ V. La cosa juzgada penal, cit., p. 34, aunque lo que dice es que *la querella* (la cursiva es nuestra) no ha de contener ni la calificación jurídica de los hechos, ni tampoco la petición de pena, pues ello no sólo es innecesario, sino que, además es ineficaz. Para un comentario a esta opinión, v. ASENIO MELLADO, El principio acusatorio..., cit., p. 32.

jurídica de los hechos que se persiguen ni tampoco la pena que se pida al órgano jurisdiccional, ya que, en realidad, es éste el que, en aras del principio de legalidad, habrá de proceder a calificar los hechos y a delimitar la pena que corresponda por la comisión de los mismos. Por lo tanto, a simple vista podría pensarse que, como los hechos son introducidos en el proceso a través de la denuncia, que a su vez ha sido interpuesta por persona distinta del juez, no se produce vulneración alguna del principio acusatorio, ya que si, una vez denunciados aquéllos ante la autoridad judicial, ésta se limita a calificarlos y determinar la pena, no habría problema alguno con respecto al principio de acusación, pues precisamente la calificación jurídica y la petición de pena son elementos que, si bien forman parte de la pretensión punitiva, no identifican el objeto del proceso en el sentido técnico y normativo que hemos estudiado.

Sin embargo, no tenemos más que pensar en la actividad probatoria que vaya a tener lugar durante el juicio oral para darnos cuenta de que en estos supuestos que admite el artículo 969.2 que comentamos, al no estar el Ministerio Fiscal ni parte acusadora alguna personada en el proceso, va a ser el propio juez el que tenga que impulsar de oficio *toda* la actividad probatoria³⁴⁵, además, claro está, de ser también él quien haya de formular al acusado y a los posibles peritos y testigos que pudieran concurrir al juicio, todas las preguntas que tiendan a la averiguación de la verdad.

Visto todo ello, creemos que, ciertamente, no puede afirmarse que con este transvase de tareas propias del órgano de la acusación que la Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal lleva a cabo, poniéndolas en manos del órgano jurisdiccional, pueda seguir manteniéndose fundadamente que éste esté dotado de la imparcialidad que necesariamente requiere su labor y que es objeto de protección a través de

³⁴⁵ En cuanto al tema de la iniciativa probatoria del juez penal, v. *infra* 2.1.4, donde se hace referencia a los límites que han de informar tal iniciativa.

las exigencias sentadas por el principio acusatorio. Como se ve, el problema radica no tanto en que los hechos no hayan sido objeto de una calificación jurídica en la denuncia, o en que no exista una concreta petición de pena, sino en la ausencia de un órgano o persona distinta del juez que mantenga la acusación a lo largo de todo el juicio³⁴⁶. Por estos motivos enunciados, pensamos que la regulación actual del juicio de faltas no cumple, en verdad, con los postulados del principio acusatorio, por lo que, en vez de intentar salvar su constitucionalidad, como ha pretendido el Tribunal Constitucional en su Sentencia 56/94, de 24 de febrero, lo que debería hacerse es proceder a su reforma, al menos en lo que se refiere a esta circunstancia que comentamos.

Tal y como hemos afirmado al principio de este apartado, la separación de las funciones de acusación de las de enjuiciamiento, en nuestra opinión, es la garantía o exigencia más importante de aquellas que puedan verse incluidas en el principio acusatorio; pero también es cierto que, salvo en el juicio de faltas, hoy día, afortunadamente, no plantea ya grandes problemas en la práctica. Sin embargo, a pesar de que, en abstracto, podamos estar de acuerdo con esta última afirmación, si analizamos las demás exigencias del principio acusatorio, y en especial, la relativa a la necesidad de que exista una determinada correlación entre acusación y sentencia –una vertiente de la cual, como hemos afirmado ya, es una concreción o manifestación de la necesidad de separación entre función acusadora y de enjuiciamiento-, podremos observar que, desde un punto de vista más concreto, siguen dándose en la práctica algunos problemas, pero, en nuestra opinión, no tantos como pretende ver la jurisprudencia, la cual sigue reconduciendo cualquier cambio, -esencial o

³⁴⁶ Problema éste que, aunque con determinados matices, está íntimamente relacionado con la cuestión de la retirada de la acusación, que será objeto de atención *infra*, capítulo III), 2.3.

no- en el objeto del proceso como una posible vulneración del principio acusatorio.

Sin perjuicio de que dediquemos el próximo capítulo de este trabajo al análisis concreto de las cuestiones que se plantean en nuestro ordenamiento en relación con la correlación entre acusación y sentencia, a continuación, además de proceder a formular algunas precisiones conceptuales, vamos a estudiar en qué consiste esta garantía.

2.1.3. Correlación entre acusación y sentencia. Vinculación del órgano jurisdiccional al objeto (normativo) del proceso. Una propuesta terminológica

Admitida por nosotros la existencia de lo que hemos denominado como las dos vertientes de la correlación entre acusación y sentencia³⁴⁷, cabe plantearse ahora la siguiente cuestión: si, como hemos dicho ya siguiendo a Ortells³⁴⁸, dentro de la correlación entre acusación y sentencia debe distinguirse entre las exigencias que son consecuencia del principio acusatorio de aquéllas que lo son del de contradicción, ¿no sería necesario dotar a dichas exigencias de distintas denominaciones, según deriven de uno u otro principio? Esto que, a simple vista, podría parecer una cuestión meramente terminológica y sin ninguna virtualidad práctica, a nuestro juicio no lo es, debido a los siguientes motivos:

primero, porque, tal y como se ha afirmado ya en páginas anteriores³⁴⁹, éste es uno de los motivos que, según nuestro criterio, pueden haber conducido a generar el estado de confusión que hay en torno al principio acusatorio, pues al denominar como correlación entre acusación y sentencia tanto a las exigencias que son inherentes al principio de contradicción como a aquéllas que lo son al acusatorio se acaba por

³⁴⁷ V. *supra* II)1.2.4

³⁴⁸ "Principio acusatorio...", cit., p. 781

³⁴⁹ V. *supra* II)1.2.4

asimilar el derecho a ser informado de la acusación y la necesidad de contradicción al principio acusatorio; y

segundo, porque, con carácter general, creemos que una cuestión deja de ser meramente terminológica desde el momento en que la denominación de una u otra forma se justifique también en tratamientos distintos. Con otras palabras: la necesidad de correlación que deriva del principio acusatorio ha de tener un tratamiento diferente de aquélla que es consecuencia del principio de contradicción. Por eso, como cada una de ellas, según veremos, requiere un tratamiento diferenciado, es por lo que nos parece que deberían recibir denominaciones distintas. Esta idea que, formulada así, en abstracto, puede no parecer demasiado clara se entenderá fácilmente si la referimos, por ejemplo, a lo que sucede en el proceso penal alemán, donde en los §§ 265 y 266 de la *Strafprozessordnung*, acertadamente, se da un tratamiento diferenciado, por un lado, para afrontar las nuevas calificaciones jurídicas que el órgano jurisdiccional quiera proponer sin alterar los hechos en su esencia o para la introducción de circunstancias fácticas no esenciales que se limiten meramente a integrar el objeto que hubiesen introducido previamente las partes (hasta aquí el § 265) y, por otro (§ 266), para hacer frente a la introducción de nuevos hechos que, por sí solos, pudiesen constituir el objeto de un proceso penal independiente del que está teniendo lugar, pero que, por motivos de economía procesal y de salvar las posibles contradicciones entre sentencias –en definitiva, por razones de conexión- se da la conveniencia de su enjuiciamiento conjunto. En este último caso previsto en el § 266 se da la necesidad de que el acusado preste su consentimiento al efecto para que los nuevos hechos, efectivamente, puedan ser objeto de enjuiciamiento conjunto. Además de ello, es necesario hacer hincapié en la siguiente cuestión, que el legislador alemán se ocupa de dejar meridianamente clara: los meros cambios de calificación jurídica pueden (y deben, como se verá a

continuación) ser introducidos de oficio por el juez. En este sentido, se habla en la doctrina alemana de lo que podríamos denominar como un *deber* de conocimiento exhaustivo o *Kognitionspflicht*. Obsérvese por lo tanto como, a diferencia de lo que sucede en nuestro artículo 733, no se trata de una "*facultad excepcional de que el Tribunal usará con moderación*"³⁵⁰, sino que nos hallamos, por el contrario, ante un deber al que el órgano jurisdiccional habrá de dar cumplimiento. Sin embargo, cuando se trata de la introducción de nuevos hechos, éstos sólo podrán ser traídos al juicio por el Ministerio Fiscal, según el § 266, ya que al órgano jurisdiccional, si bien es cierto que no le vinculan las calificaciones jurídicas, sí queda sujeto al núcleo esencial de los hechos introducidos por las partes.

Por estos motivos planteamos desde aquí la posibilidad de, en vez de hablar de estas dos vertientes de la correlación, denominar a cada uno de sus aspectos distintamente, siendo nuestra propuesta la de que todo lo relativo al principio acusatorio y a la prohibición de que el órgano jurisdiccional introduzca nuevos hechos en el proceso reciba el concepto de "vinculación del órgano jurisdiccional al objeto –normativo- del proceso", mientras que la expresión "correlación entre acusación y sentencia" siga utilizándose en relación con el principio de contradicción y el derecho a ser informado de la acusación. Proponemos, por lo tanto, un entendimiento más estricto de la correlación entre acusación y sentencia, pero no en el sentido de que haya de darse una perfecta identidad entre una y otra, sino en cuanto que esta garantía sólo haga referencia a las exigencias del derecho a ser informado de la acusación y al principio de contradicción³⁵¹.

³⁵⁰ V. art. 733

³⁵¹ Delimitada en estos términos la garantía de la correlación, sí nos parece adecuado establecer, para poder afirmar que la sentencia cumple con esta garantía, como término de comparación las conclusiones definitivas, salvo aquellos supuestos en que el órgano jurisdiccional hubiese hecho uso del planteamiento de la tesis del artículo 733 de la Ley de Enjuiciamiento. En este sentido, creemos, como ya hemos tenido

Por consiguiente, y si tenemos en cuenta que estamos procediendo a la delimitación positiva del principio acusatorio, hemos de decir en este lugar que, haciendo uso de la denominación que proponíamos en líneas anteriores, el aspecto que identifica al principio acusatorio es el de la vinculación del juez al objeto normativo del proceso, si bien hay que reconocer que no por ello pierde interés para nuestro trabajo la correlación, aunque sólo sea a efectos de la delimitación negativa del principio acusatorio.

Así, para verificar que se ha respetado el tan citado principio, lo que nos interesa, por lo tanto, es constatar que el hecho, o mejor, el núcleo esencial del hecho (o hechos) que se ha(n) imputado a una o varias personas en los escritos de acusación coinciden con los que han sido objeto del fallo. Todos los demás aspectos de carácter no esencial o meramente adjetivos no nos interesan en cuanto hablamos del principio acusatorio, aunque sí, obviamente, a los efectos no menos importantes del derecho de defensa y de la posibilidad de contradicción.

ocasión de mantener *supra* I) 3.4, que el objeto del proceso en relación con su elemento objetivo queda definitivamente configurado en cuanto a sus elementos esenciales ya desde los escritos de calificación provisional o escritos de acusación. Sin embargo, con ello no pretendemos mantener que entonces toda la prueba practicada en las sesiones del juicio oral sea inútil, debido a que, fuese lo que fuese, el objeto del proceso ha quedado predeterminado en los escritos de calificación provisional. No creemos que esto pueda afirmarse, porque, precisamente, a través del juicio oral el objeto del proceso que ya ha quedado establecido en cuanto a sus términos esenciales va a ser integrado con carácter exhaustivo a lo largo del juicio oral, sin que, repetimos, el núcleo esencial de los hechos pueda ser alterado con carácter general. Este último matiz que introducimos por medio de la coletilla "con carácter general" se justifica, claro está, en aquellos supuestos como el que prevé el artículo 746.6 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal o el § 266 de la StPO. En un sentido similar parece expresarse también ORTELLS RAMOS, Derecho Jurisdiccional, t. III, (3ª ed.), cit., p. 404, el cual, si bien empieza afirmando que las calificaciones definitivas son el acto a tener en cuenta para la comparación con la sentencia a efectos de poder afirmar si existe correlación, concluye matizando en el siguiente sentido: "pero a condición de que, si se han modificado las provisionales presentadas al principio, la modificación se haya mantenido en los límites admisibles", lo cual, nos parece, viene a coincidir con la postura aquí mantenida.

Como se habrá podido observar, hasta el momento hemos tratado este tema de la correlación entre acusación y sentencia, así como el de la vinculación del juez penal al objeto del proceso introducido por las partes, desde un punto de vista abstracto o, si se quiere, estrictamente teórico. Sin embargo, creemos que este primer acercamiento no nos llevaría a nada si no fuese puesto en relación con los problemas que se dan al observar la cuestión desde perspectivas más concretas, por lo que ya desde ahora nos remitimos al siguiente capítulo de este trabajo, donde las conclusiones a que hayamos podido ir llegando en estos dos primeros serán objeto de aplicación a supuestos de hecho concretos que plantean problemas en la práctica.

2.1.4. Iniciativa probatoria del órgano jurisdiccional en el orden penal

Hace unos años el estudio del tema objeto de este epígrafe se hubiese llevado a cabo con un enfoque muy distinto, pues hasta entonces la aplicación del artículo 729,2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal no había planteado problemas ni en la doctrina ni en la jurisprudencia de nuestro país³⁵². Sin embargo, a partir de dos sentencias aparecidas en diciembre de 1993³⁵³, el Tribunal Supremo, sin grandes argumentaciones³⁵⁴, da un golpe de timón en relación con la doctrina que había mantenido hasta ese mismo momento sobre el artículo 729,2º y la

³⁵² En este sentido se expresa MONTERO AROCA, Sobre la imparcialidad del Juez y la incompatibilidad de funciones procesales, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 87

³⁵³ Curiosamente, las dos resoluciones son de la misma fecha: 1 de diciembre de 1993 (RA: 9.225 y 9.226); véase, en cuanto a las reservas a que debe dar lugar la circunstancia de que ambas sentencias daten de la misma fecha y sean de la misma Sala, SAAVEDRA RUÍZ, Juan, "La iniciativa del Tribunal...", cit., p. 36.

³⁵⁴ GISBERT GISBERT, Antonio, "La iniciativa probatoria del órgano jurisdiccional y el principio acusatorio", en RDP 1998-3, p. 618 afirma, con razón a nuestro juicio, que "[l]a importancia que para el sistema procesal penal tiene ese criterio, el mantenimiento del contrario durante más de cien años, exigía una fundamentación más extensa y rica".

licitud de una cierta iniciativa probatoria del órgano jurisdiccional penal que consagra ese precepto. Desde entonces, se han sucedido otras resoluciones que van en la misma línea que las acabadas de citar³⁵⁵, si bien es cierto que a estas alturas ya se pueden encontrar otras que rectifican la tendencia iniciada en 1993³⁵⁶, por lo que todo parece apuntar a que no se va a consolidar definitivamente el cambio tendente a impedirle al órgano jurisdiccional penal toda iniciativa probatoria. Y es que parece que esto no podía ser de otra forma, ya que, además de todas las críticas que la citada corriente jurisprudencial ha suscitado en la doctrina³⁵⁷, esta actitud pasiva del juez penal en lo que se refiere a su iniciativa probatoria, no concuerda con el resto de facultades atribuidas al órgano jurisdiccional a lo largo de todo el articulado de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, tanto desde el punto de vista de dirección formal de los debates –lo cual en este momento

³⁵⁵ STS de 21 de marzo de 1994 (RJ: 2.387), Ponente: Bacigalupo Zapater, lo cual se hace constar precisamente porque antes del año 1993 nos ha llamado la atención la contundencia con que el citado Magistrado se había pronunciado en distintas ocasiones a favor de la aplicación del art. 729,2º, así en SSTS de 22 de enero de 1992 (RA: 294); de 24 de enero de 1992 (RA: 444); de 13 de abril de 1992 (RA: 2.967); y de 7 de octubre de 1992 (RA: 7.811). Otras SSTS que siguen la línea iniciada por las de 1 de diciembre de 1993 son la de 23 de septiembre de 1995 (RA: 6.755); 11 de mayo de 1998 (RA: 4.357).

³⁵⁶ SSTS de 26 de febrero de 1998 (RA: 1.196); de 24 de marzo de 1999 (RA: 2.052). V. también PICÓ I JUNOY, Joan, "El juez penal y su iniciativa probatoria: reconsideración de una errónea doctrina jurisprudencial", en LA LEY 1999-5, pp. 1.928-1.931.

³⁵⁷ PICÓ I JUNOY, La imparcialidad judicial y sus garantías: la abstención y la recusación, Bosch, Barcelona, 1998, pp. 104-108; "El juez penal y su iniciativa..." cit.; del mismo autor, "Reflexiones en torno a la cuestionada iniciativa probatoria del juez penal", en Justicia, 1996-1, pp. 145 y ss.; GISBERT GISBERT, "El artículo 729,2º, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal", en Poder Judicial, 1997, núm. 46, pp. 395 y ss.; id., "La iniciativa probatoria del órgano jurisdiccional y el principio acusatorio", en RDP, 1998-3, pp. 603 y ss.; MONTERO AROCA, Sobre la imparcialidad del Juez..., cit., pp. 87-90.

A favor de la doctrina jurisprudencial sentada en estas sentencias que criticamos se han manifestado RUÍZ VADILLO, Enrique, El principio acusatorio y su proyección en la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, Actualidad Editorial, Madrid, 1994, pp. 223 y ss.; MARTÍNEZ ARRIETA, Andrés, La nueva concepción jurisprudencial del principio acusatorio, Comares, Granada, 1994, p. 140

nos importa menos-, como desde la perspectiva de la dirección material, pues resultaría incoherente, por un lado, privar al juez penal de toda iniciativa probatoria y, por otro lado, dotarlo de la posibilidad de denegar medios de prueba que propongan las partes, o de interrogar a los testigos, peritos o, incluso, al propio acusado³⁵⁸. Por lo tanto, vemos que si nos atenemos al criterio de interpretación sistemática, la opción de atribuir al juez penal una cierta iniciativa probatoria es la que tiene correcto encaje en nuestro ordenamiento procesal penal y ello tanto desde el punto de vista del proceso ordinario, del abreviado, como del que tiene lugar ante el Tribunal del Jurado³⁵⁹, si bien es cierto que con respecto a este Tribunal se plantea el problema de dilucidar a quién estará atribuida en este caso la iniciativa probatoria: ¿a los ciudadanos jurados, al Magistrado-Presidente, o a ambos en conjunto en su calidad de órgano jurisdiccional? Este tipo de interrogantes, unido, como viene siendo habitual últimamente, al argumento relativo al sistema acusatorio puro como fin al cual hay que tender, ha llevado a algunos autores a entender que el artículo 729,2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal no es de aplicación al juicio ante el Tribunal del Jurado, porque se opone a lo previsto en su Ley Orgánica

³⁵⁸ PICÓ I JUNOY, "El juez penal...", cit., p. 2

³⁵⁹ Por lo que se refiere a la nueva LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, también aquí, y de acuerdo con lo establecido en la Disposición final primera, según la cual, la LECr. tendrá el carácter de norma supletoria para lo no previsto expresamente en la Ley Orgánica acabada de citar, hay que llegar a la conclusión de que el art. 729 de la LECr. será de aplicación, por lo que el Juez de Menores también podrá ordenar de oficio la práctica de aquellos medios de prueba que estime necesarios para que todos los hechos que constituyen el objeto del proceso y que previamente hubieran sido introducidos por las partes puedan ser enjuiciados con carácter exhaustivo.

En relación con el proceso penal militar, v. GISBERT GISBERT, "El artículo 729, 2º,..." , cit., pp. 389 y 399, donde el autor, con buen criterio, llega a la conclusión de que la LECr. no se aplica aquí supletoriamente, ya que la LO 2/89, de 13 de abril contiene específicamente en su art. 312 la posibilidad de que el juez ordene la práctica de careos y la lectura de diligencias sumariales. Parece que, efectivamente, *de lege data*, ésta es la solución a la que debe llegarse.

reguladora³⁶⁰. No podemos estar de acuerdo con esta opinión por varios motivos:

En primer lugar y como hemos manifestado ya en otro momento, no parece que esté tan claro que el proceso penal español haya de tender forzosamente al sistema acusatorio puro, pues no se trata de un mero trasplante de sistemas de una cultura a otra. Cada ordenamiento tiene sus principios informadores y, si bien es cierto que han de consagrarse y respetarse todos aquéllos que son inherentes o propios de un Estado de Derecho, tampoco lo es menos que, una vez cumplido esto, el propio Estado de Derecho deja un marco al legislador dentro del cual éste podrá moverse sin que, en todo caso, se vea en la necesidad de introducir en nuestro país el modelo del proceso acusatorio puro³⁶¹, ya que, a medio

³⁶⁰ GISBERT GISBERT, "El artículo 729, 2º,...", cit., pp. 397 y 398; DÍAZ CABIALE, José Antonio, "Prueba, deliberación, veredicto y sentencia", en Comentarios sistemáticos a la Ley del jurado y a la reforma de la prisión preventiva, Comares, Granada, 1996, p. 287, concluye de forma crítica que "de las facultades que la LECrim. atribuye al órgano jurisdiccional, ..., sólo perviven en el procedimiento ante el Tribunal del Jurado las del 705 ... Esto es, las que suponen una mera dirección formal del proceso". Por el contrario, son partidarios de la atribución al Tribunal del Jurado iniciativa probatoria SALOM ESCRIVÁ, Juan-Salvador, "La práctica de pruebas acordadas de oficio", en Comentarios a la Ley del Jurado (coordinados por Juan Montero Aroca y Juan-Luis Gómez Colomer), pp. 683 y 684; CHOZAS ALONSO, José Manuel, "Artículo 46. Especialidades probatorias", en Comentarios a la Ley del Jurado (coordinados por Andrés de la Oliva Santos), Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1999, pp. 470 y 471. Además, también la propia Exposición de Motivos de la LOTJ es favorable a esta tesis, v. IV).e, último párrafo, que señala: "Un aspecto que merece especial consideración es la participación del Jurado en la actividad probatoria. De la misma manera que nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal ha optado por una transacción entre el principio de aportación de parte y el de investigación de oficio, autorizando al Tribunal a contribuir a la producción de medios de prueba en el juicio oral, se traslada esa posibilidad al Jurado que es precisamente quien tiene ahora la responsabilidad de la valoración probatoria sobre veracidad de la imputación".

³⁶¹ En un sentido similar parece expresarse MITTERMAIER, Carl Josef Anton, *Die Gesetzgebung und Rechtsübung über Strafverfahren nach ihrer neuesten Fortbildung*, Erlangen, 1856, p. 279, citado por KÖHLER, Michael, *Inquisitionsprinzip und autonome Beweisvorführung (§ 245 StPO)*, Decker, Heidelberg-Hamburg, 1979, p. 18, que afirma que lo decisivo no es la alternativa proceso acusatorio-proceso inquisitivo, sino, mucho más, la equiparación (*Gleichstellung*) entre acusador y acusado; AMODIO, Ennio, "Il modello accusatorio statunitense e il nuovo processo penale italiano: miti e realtà della giustizia americana", en *Il processo penale negli Stati*

camino entre los sistemas acusatorio e inquisitivo puros, se halla el sistema acusatorio formal o mixto, el cual puede satisfacer en principio plenamente las necesidades y exigencias propias de un Estado de Derecho. Por lo tanto, si a lo que en realidad se tiende es a conseguir un proceso penal más garantista, esta tendencia no va a padecer en absoluto por el hecho de que el Tribunal del Jurado esté también dotado de ciertas facultades en materia probatoria, tales como, precisamente, la prevista en el artículo 729,2º, consistente en ordenar la prueba de oficio;

En segundo lugar, no nos parece que los interrogantes planteados por nosotros en líneas anteriores sean, ni mucho menos, de carácter irresoluble³⁶², pues, tal y como se ha afirmado ya en la doctrina³⁶³, la iniciativa probatoria no está atribuida al Magistrado-Presidente, ya que no es él el destinatario de la prueba, sino los jurados, los cuales, en definitiva, son los que han de dictar el veredicto.

Y por lo que hace referencia a la forma en que los jurados han de hacer uso de la facultad prevista en el artículo 729,2º de la Ley de Enjuiciamiento, pero que en virtud de lo establecido en el 24.2 de la Ley del Jurado, será también de aplicación en el juicio ante éste, existe un precepto en esta última Ley, concretamente el 46.1, que nos brinda una magnífica herramienta, cual es la de la posibilidad de aplicar analógicamente lo previsto en dicha norma. El artículo reza así:

Artículo 46. Especialidades probatorias.

1. Los jurados, por medio del Magistrado-Presidente y previa declaración de pertinencia, podrán dirigir, mediante escrito, a testigos, peritos y acusados las preguntas que estimen conducentes a fijar y aclarar los hechos sobre los que verse la prueba.

Uniti d'America (dirigido por Ennio Amodio y M. Cherif Bassiouni), Giuffrè, Milano, 1988, pp. VII y ss.

³⁶² Parecería entonces que también sería un problema de difícil solución la consecución de una actuación coordinada de cualquier otro órgano colegiado, como pudiera serlo, por ejemplo, una Sección de cualquier Audiencia Provincial.

³⁶³ SALOM ESCRIVÁ, "La práctica de pruebas...", cit., p. 683

Por lo tanto, vemos aquí una posible solución, consistente en canalizar a través del Magistrado-Presidente la iniciativa probatoria, pues éste es el que está técnicamente capacitado para fijar los límites a estas facultades en materia de prueba³⁶⁴. Ello no obstante, hay que insistir en que sigue siendo a los jurados a quienes está atribuida esta facultad de practicar prueba de oficio.

En cuanto al supuesto de que sea el Magistrado-Presidente el partidario de que se practique de oficio alguna diligencia probatoria, deberá plantear esta posibilidad a los jurados, siendo éstos los que habrán de decidir sobre la necesidad, o no, de la práctica del medio probatorio para formar su convicción sobre los hechos objeto de enjuiciamiento. Por supuesto, el Magistrado-Presidente, al formularle la propuesta a los jurados, habrá de respetar los límites exigibles a cualquier iniciativa probatoria *ex officio*, límites estos, que ya serán objeto de nuestra atención más adelante.

Por lo que se refiere al derecho comparado, tampoco los países con una cultura jurídico-procesal más afín a la nuestra³⁶⁵ ofrecen argumentos a favor de una absoluta pasividad del juez penal en materia de prueba. Y así, si nos fijamos en lo que sucede en Alemania, vemos que el § 244 II establece que "para la averiguación de la verdad, el Tribunal deberá extender la práctica de la prueba de oficio a todos aquellos hechos y medios de prueba que sean de importancia para la decisión"³⁶⁶. Este deber de

³⁶⁴ SALOM ESCRIVÁ, ob. y lug. ult. cit.

³⁶⁵ Claro está que otra cosa sucede en un sistema de corte más adversarial o, si se quiere, acusatorio puro, pero ya nos hemos manifestado suficientemente acerca de la no creencia en que tales ordenamientos, como pueda ser el norteamericano, constituyan la panacea con respecto del derecho continental europeo. Antes al contrario, llama la atención constatar la existencia en Estados Unidos de una línea tendente a ver el proceso penal de los sistemas continentales europeos como el modelo a tener en cuenta de cara a una reforma del proceso penal norteamericano, v. AMODIO, Ennio, "Il modello accusatorio statunitense...", cit., pp. IX y X.

³⁶⁶ En el mismo sentido se expresa el § 155 II, que establece que "dentro de estos límites (se está refiriendo a los límites que han sido fijados por la acusación), los

esclarecimiento (*Aufklärungspflicht*) se extiende a todos los hechos o circunstancias de los que haya tenido conocimiento el Tribunal, ya sea a través de las actas³⁶⁷, de las solicitudes de las partes o del transcurso restante del procedimiento, debiendo el órgano jurisdiccional agotar todos los medios de prueba³⁶⁸, aunque sólo exista una posibilidad remota de alteración de la convicción que hasta ese momento había ido formándose el órgano enjuiciador acerca de los hechos³⁶⁹.

Vemos así que en Alemania, tanto la *Strafprozessordnung* como la jurisprudencia del *Bundesgerichtshof* han establecido claramente el principio de investigación de oficio, también denominado de la verdad material, como regla general, por lo que la vigencia de este principio va más allá que en nuestro país, donde el acuerdo de practicar la prueba de oficio por el Tribunal tiene un carácter que podríamos adjetivar de residual, ya que la propia Ley de Enjuiciamiento Criminal determina en el artículo 728, como regla general, la vigencia del principio de aportación de parte, estableciendo que "[n]o podrán practicarse otras diligencias de prueba que las propuestas por las partes...", lo cual nos parece conveniente, siempre y cuando, tal afirmación sea matizada con la posibilidad de la introducción de prueba de oficio por el Tribunal, que es justamente lo que, con buen criterio, establece nuestra Ley. Por lo tanto, entiéndasenos bien: nos parece

Tribunales tienen el derecho y (también) quedan obligados a una actividad independiente".

³⁶⁷ Actas del juicio oral o, al menos, así debería entenderse, aunque también es cierto que PERRON, Walter, *Das Beweisantragsrecht des Beschuldigten im deutschen Strafprozeß*, Duncker & Humblot, Berlin, 1995, pp. 127 y 147 y ss., denuncia el peligro consistente en que el órgano jurisdiccional sentenciador pueda llegar a la fase principal o de juicio oral con ideas preconcebidas sobre el objeto del proceso, a causa del contacto que ha tenido previamente con el material instructorio, que se da también en la práctica de los tribunales alemanes a pesar de habersele asignado al Ministerio Fiscal la dirección de la fase de investigación.

³⁶⁸ PETERS, Karl, *Strafprozeß. Ein Lehrbuch*, 4ª ed., C.F.Müller, Heidelberg, 1985, p. 305; ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, § 43 A

³⁶⁹ KLEINKNECHT/MEYER-GOßNER, *Strafprozeßordnung*, § 244, marginal 12, citando jurisprudencia: BGH 23, 188; 30, 143

más adecuada la opción acogida por nuestro legislador que aquella por la cual se inclina la *Strafprozessordnung* alemana, pero, eso sí, siempre que no se llegue al extremo de suprimir jurisprudencialmente la posibilidad de introducir medios de prueba de oficio, lo cual no se compadecería bien con un sistema procesal que, como el nuestro, está informado por el principio de oficialidad.

Por lo que se refiere a Italia, incluso el *Nuovo Codice di Procedura Penale* de 1988, del cual se afirma que ha instaurado "un proceso de corte más genuinamente acusatoria"³⁷⁰, prevé la posibilidad de que el juez ordene de oficio la práctica de prueba. De forma muy similar a lo que sucede en los artículos 728 y 729 de nuestra Ley, el nuevo Código italiano establece en el artículo 190.1, que lleva por título "derecho a la prueba", la vigencia del principio de aportación de parte en materia probatoria, al disponer que "[l]e prove sono ammesse a richiesta di parte". Pero sin embargo, a continuación, el mismo artículo, en su apartado 2º, introduce la excepción a esta regla general: "[l]a legge stabilisce i casi in cui le prove sono ammesse di ufficio". Y precisamente el artículo 507 del *Codice* prevé en concreto la práctica de prueba de oficio en la fase de juicio oral al disponer lo siguiente:

Art. 507 – Ammissione di nuove prove.

*1. Terminata l'acquisizione delle prove, il giudice, se risulta assolutamente necessario, può disporre anche di ufficio l'assunzione di nuovi mezzi di prova.*³⁷¹

Se aprecia nítidamente la analogía con lo establecido en nuestro ordenamiento, también en lo relativo al carácter excepcional o residual con

³⁷⁰ AMODIO, Ennio, "Il modello accusatorio...", cit., p. XXVII; en el mismo sentido, STILE, Alfonso M., "Die Reform des Strafverfahrens in Italien", (traducción de Robert Budde), en ZStW, t. 104, 1992-2, p. 99

³⁷¹ Para una amplia bibliografía italiana sobre este tema, v. PICÓ I JUNOY, Joan, "Reflexiones...", cit., en Justicia 1996-1, pp. 146 y 147 (npp.2)

que está concebida la iniciativa *ex officio*³⁷². Sin embargo, no obstante la similitud con respecto a la regulación española, nos parece interesante resaltar una circunstancia que hace diferir al proceso italiano del nuestro en la materia que ahora nos ocupa. Se trata concretamente de lo que sucede en la práctica con la aplicación de estas regulaciones. Ya Sentís Melendo se refería a los "peligros que pueden presentar los poderes del juez"³⁷³, haciendo alusión, en concreto, a dos: el primero, el más frecuente de los dos, según el citado autor, es precisamente el que tiene lugar en nuestro proceso, relativo al "no ejercicio de esos poderes"³⁷⁴; y el segundo es el que se ha materializado en la práctica del nuevo proceso penal italiano, donde los jueces, llevados por la inercia del *Codice* de 1930, hacen un uso abusivo de esta facultad³⁷⁵.

Sin embargo, en nuestro país este segundo peligro mencionado se constata sólo con carácter excepcional, por lo que, como mantiene Picó i Junoy, "no constituye motivo o razón suficiente para impedir una eventual iniciativa probatoria judicial"³⁷⁶, pues lo que debe hacerse es justamente

³⁷² AMODIO, "Il modello accusatorio nel Nuovo...", cit., p. XXXVII; BERTOROTTA, Francesco, "Mezzi di prova disposti d'ufficio dal giudice e principi accusatorio", en *Archivio della nuova procedura penale*, 1992, p. 9

³⁷³ "Los poderes del juez. (Lo que el juez «puede» o «podrá»)", en *RJC*, 1976-3, pp. 139 y ss., también publicado en *La prueba. Los grandes temas del derecho probatorio*, EJEA, Buenos Aires, 1978, pp. 173-216

³⁷⁴ Si bien es cierto que Sentís Melendo se refería en ese lugar al proceso civil, haciendo alusión a las diligencias para mejor proveer, v. ob. y lug. ult. cit. Sin embargo y refiriéndose ya en concreto al proceso penal, v. GISBERT GISBERT, "El artículo 729,2º...", cit., p. 401, donde el autor hace referencia al poco uso que se hace de esta facultad.

³⁷⁵ AMODIO, "Il modello accusatorio nel Nuovo...", cit., p. XL, que ya desde el año 90 mostraba una actitud escéptica, al afirmar que sería la práctica la que demostraría hasta qué punto serían los jueces capaces de no extralimitarse en las facultades que el *Nuovo Codice* les atribuía; BERTOROTTA, Francesco, "Mezzi di prova...", cit., p. 9, que ya en 1992, año en que la nueva regulación ha tenido cierta aplicación, puede hablar de lo que, efectivamente, sucedió en la práctica, tras los primeros meses de aplicación de la nueva regulación, haciendo referencia a "*deformazioni che potrebbero definirsi «patologiche»*".

³⁷⁶ "Reflexiones...", cit., p. 160

establecer los instrumentos correctores de estos eventuales abusos por parte del juez³⁷⁷.

Puede observarse también, tal y como ha mantenido Amodio³⁷⁸, que el legislador italiano, aun sin trasplantar al detalle el derecho probatorio americano, se decide por un sistema en el cual la regla general es que la prueba se sustrae al dominio del juez y se asigna al de las partes. En cualquier caso, nos parece más razonable lo que ha sucedido en Italia que lo que, por el contrario, tiene lugar en nuestro país. Allí se ha comenzado por introducir un nuevo sistema gracias al cual el órgano enjuiciador no conoce las actas de la fase de investigación, las cuales permanecen en poder del Ministerio Público³⁷⁹, por lo que, consecuentemente, el juez no podrá usar para los fines de la deliberación pruebas distintas de aquéllas practicadas en el juicio oral (artículo 526 *Cpp*), por la sencilla razón de que no las conoce. Obsérvese cómo, prácticamente, ha sucedido lo contrario que en España, donde el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal prevé expresamente ya desde el siglo XIX que "el Tribunal, apreciando según su conciencia las pruebas practicadas *en el juicio* (la cursiva es nuestra), ..., dictará sentencia dentro del ...", aunque de todos es conocido que no es esto precisamente lo que tiene lugar en la práctica³⁸⁰. Pero sin embargo, se pretende llevar el carácter acusatorio del proceso hasta sus últimas consecuencias, con tendencias como la protagonizada por el

³⁷⁷ MARTÍN OSTOS, José de los Santos, "La prueba de oficio en el nuevo proceso civil", en LA LEY 1998-5, p. 1.789

³⁷⁸ Ob. cit., p. XXXIX

³⁷⁹ STILE, "Strafverfahrensreform in Italien", cit., p. 441; v. también art. 431 *Cpp*.

³⁸⁰ VOLKMANN-SCHLUCK, Thomas, Der spanische Strafprozeß zwischen Inquisitions- und Parteiverfahren, Nomos, Baden Baden, 1979, pp. 150, donde el autor mantiene que si la LECr. se aplicase realmente, el proceso penal español podría servir de modelo para la reforma del sistema procesal alemán, tal y como hasta ese momento mantenían muchos autores alemanes. Sin embargo, según el autor citado, nuestra LECr. no puede servir como modelo, ya que se trata de una quimera (*Phantombild*) y no de un proceso realmente existente en la práctica.

Tribunal Supremo en sus Sentencias de 1 de diciembre de 1993 anteriormente citadas, lo que no es otra cosa que "empezar la casa por el tejado", ya que, a nuestro juicio, la aplicación efectiva de lo contenido en el artículo 741 de nuestra Ley es un paso previo a dar si tanto se insiste en la consecución de un sistema acusatorio al más puro estilo norteamericano³⁸¹.

Por último, y brevemente en relación con Portugal, también en este país sigue rigiendo el principio de investigación de oficio, el cual habrá de encontrar encaje entre los principios propios de un proceso acusatorio³⁸², estableciendo concretamente el artículo 340.1 del *Código de Processo Penal*, lo siguiente:

"O tribunal ordena, oficiosamente ou a requerimento, a produção de todos os meios de prova cujo conhecimento se lhe afigure necessário à descoberta da verdade e à boa decisão da causa".

Otro argumento contrario a la doctrina jurisprudencial que pretende privar al juez penal de iniciativa probatoria *ex officio*, tachando incluso de inconstitucional al artículo 729,2º, es el que podemos encontrar si observamos qué sucede en otros órdenes jurisdiccionales en relación con el tema que nos ocupa. Así, en el proceso civil se aprecia cómo la nueva Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en su artículo 282, que lleva por título "Iniciativa de la actividad probatoria", ubicado en el Libro Segundo, Título I, Capítulo V (De la prueba: disposiciones generales) establece:

Las pruebas se practicarán a instancia de parte. Sin embargo, el tribunal podrá acordar, de oficio, que se practiquen determinadas pruebas o que se aporten documentos,

³⁸¹ Para una actitud crítica a la vez que realista respecto al proceso norteamericano como utopía a la cual últimamente debe tender todo proceso penal continental que se precie, AMODIO, Ennio, "Il modello accusatorio statunitense...", cit., pp. VII y ss.

³⁸² FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, "Strafverfahrensreform in Portugal", (trad. por Peter Hünerfeld), en ZStW, t. 104, 1992-2, pp. 136 y 137

dictámenes u otros medios e instrumentos probatorios, cuando así lo establezca la ley.

Y posteriormente se prevé ya con carácter específico esta posibilidad, tanto en relación con el juicio ordinario (artículos 429.1, párrafo 2º, si bien el legislador aquí sólo introduce una advertencia que el juez formula a las partes a raíz de la cual éstas pueden efectivamente proponer nuevas pruebas, o no; y 435.2), como con el juicio verbal (artículos 443.4, párrafo 2º, en relación también con el 439.1)³⁸³. Sin perjuicio de lo que en su día establezca la jurisprudencia en relación con los preceptos citados, la literalidad de los mismos parece indicar que las facultades previstas en ellos no son tan amplias como las que el art. 340 de la Ley de 1881 otorgaba hasta ahora al juez civil a través de la vía de las diligencias para mejor proveer, ya que se habla en la nueva Ley expresamente del carácter excepcional del acuerdo de oficio de la nueva prueba por medio de las ahora denominadas "diligencias finales"³⁸⁴. Por lo tanto, vemos cómo el legislador, con buen criterio, ha roto con la línea anterior, en virtud de la cual se tendía a dotar al juez civil de más facultades en materia probatoria, mientras que en el orden penal cada vez se cuestionaba más la intervención del juez en relación con la prueba, tendencia ésta que llevó a Montero a

³⁸³ También en el Libro Cuarto, Título I, relativo a los procesos civiles especiales sobre capacidad, filiación y matrimonio, vuelve a estar prevista, como no podía ser de otra forma, dada la naturaleza de los intereses en juego, esta posibilidad de que el juez civil, sin perjuicio de las pruebas que se practiquen a instancia de parte, pueda "decretar de oficio cuantas estime pertinentes" (art.752.1, pfo. 2º).

³⁸⁴ Tal y como mantenía la jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación con las diligencias para mejor proveer, éstas constituían una facultad discrecional del órgano jurisdiccional, el cual no queda vinculado por las peticiones que las partes pudieran formular "para mejor proveer": así SSTs de 23 de mayo de 1985 (RA: 2.616); de 20 de enero de 1986 (RA: 107); de 1 de junio de 1995 (RA: 4.590); de 4 de marzo de 1996 (RA: 1.995); mientras que las nuevas "diligencias finales" tendrán lugar, con carácter general, a instancia de parte y sólo excepcionalmente podrán ser decretadas de oficio por el órgano jurisdiccional. En este sentido GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis, *El nuevo proceso civil*, (con Montero Aroca, Montón Redondo y Barona Vilar), Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 348

advertir que "[e]stamos incurriendo en el absurdo de afirmar y negar una misma cosa, con lo que podemos estar muy próximos a la esquizofrenia"³⁸⁵.

Asimismo en el proceso laboral se admiten las diligencias para mejor proveer³⁸⁶, una vez concluido el juicio y dentro del plazo para dictar sentencia, tal y como establece el artículo 88.1 de la Ley de Procedimiento Laboral³⁸⁷.

Por último, también en el mal llamado proceso contencioso-administrativo se admite con gran amplitud tanto el recibimiento del pleito a prueba por el órgano jurisdiccional, como "la práctica de cuantas estime pertinentes para la más acertada decisión del asunto", tal y como establece el artículo 61 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa³⁸⁸.

Si, como se ha podido observar, en estos órdenes jurisdiccionales acabados de mencionar y a pesar de la distinta naturaleza de los intereses en juego -en relación con el proceso penal- y de la vigencia del principio dispositivo se admite una cierta iniciativa probatoria del órgano jurisdiccional, con más razón aún parece ésta indicada en el orden que a nosotros nos ocupa en este trabajo. Sin embargo, tal y como ya anunciábamos en líneas anteriores, esta facultad de proponer o, mejor

³⁸⁵ "La garantía procesal penal y el principio acusatorio", cit., p. 983

³⁸⁶ En cuanto a los problemas que esta facultad plantea en la práctica, v. MONTERO AROCA, Juan, Introducción al proceso laboral, 4ª edición, Bosch, Barcelona, 1997, pp. 170 y 171.

³⁸⁷ Texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril

³⁸⁸ Para un estudio más amplio de estas facultades contenidas en el art. 61 de la LJCA, v. CORDÓN MORENO, Faustino, El Proceso Contencioso Administrativo. Conforme a la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, Aranzadi, Pamplona, 1999, pp. 170 y ss.; LESMES SERRANO, Carlos, "Prueba", en Jurisdicción Contencioso-Administrativa (Comentarios a la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa), (dirigidos por Enrique Arnaldo Alcubilla y Rafael Fernández Valverde), El Consultor, Madrid, 1998, pp. 765 y ss.

dicho, de ordenar pruebas *ex officio iudicis* ha de estar sujeta a ciertos límites que pasamos a estudiar inmediatamente³⁸⁹.

El *primero* de estos límites es el que deriva, precisamente, de la vigencia en nuestro ordenamiento procesal penal del principio acusatorio, por lo que es el que nos interesa en mayor medida, y consiste en que al órgano jurisdiccional no le está permitido introducir nuevos hechos en el proceso, a través de la vía del artículo 729, 2º. De nada serviría que se estableciese la separación entre la función acusadora y enjuiciadora si, a renglón seguido se permitiese al juez penal ordenar la práctica de nuevos medios de prueba que supusiesen la entrada de nuevos hechos esenciales en el proceso. Por ello, el primer límite ha de consistir en que aquella prueba que se ordene practicar de oficio verse sobre hechos que hubiesen sido con anterioridad introducidos en el proceso por las partes. En definitiva, la prueba de oficio ha de recaer sobre aquellos "hechos que hayan sido objeto de los escritos de calificación", que es lo que, con muy buen criterio, exige la Ley de Enjuiciamiento Criminal en el tan citado artículo 729,2º. La Ley es tan clara al respecto que no se entiende por qué, a pesar de la dicción literal del precepto, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha pretendido, también en este tema, ver una vulneración del principio acusatorio por el mero hecho de que el juez penal de instancia mande a practicar de oficio nuevas diligencias de prueba. En otro lugar de este trabajo³⁹⁰ afirmábamos en relación con el artículo 733 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que el legislador decimonónico le hubiese ahorrado muchos errores a la jurisprudencia y también a la doctrina, si no hubiese querido ver en el artículo 733 una excepción al principio acusatorio³⁹¹. En aquel lugar podría

³⁸⁹ Para el estudio de estos límites seguimos en gran medida a PICÓ I JUNOY, "Reflexiones...", cit., por lo convincente de sus explicaciones.

³⁹⁰ V. *supra*, II)1.2.2

³⁹¹ En el mismo sentido se expresaba GÓMEZ ORBANEJA, Prólogo a La cosa juzgada penal, cit., p. III.

explicarse el error haciendo referencia a una –a nuestro juicio– imperfección de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pero es que en el caso de la atribución de cierta iniciativa probatoria al juez penal, la Ley es impecable en relación con la garantía del principio acusatorio, por lo que, una vez más lo afirmamos, no acertamos a entender qué fundamento pudo tener ese giro jurisprudencial contrario al contenido literal del artículo 729, 2º.

Sí nos parece conveniente hacer una aclaración en cuanto a lo manifestado en el párrafo anterior: hablábamos allí de la prohibición de que el órgano jurisdiccional introduzca nuevos hechos por la vía de ordenar la práctica de nuevas pruebas, pero lo que está claro es que el juez, antes de dicha práctica, no puede saber cuál va a ser el resultado de ésta, por lo que es justo reconocer la posibilidad de que la práctica de nuevos medios de prueba revele la existencia de nuevos hechos constitutivos de delito y que podrían dar pie, por sí mismos, a un nuevo proceso penal. Aquí lo correcto sería proceder a la suspensión del juicio oral *ex* artículo 746, 6º si las partes lo solicitan, o que, en caso contrario, el Presidente ordene "deducir el correspondiente tanto de culpa", tal y como establece en la actualidad el artículo 52.1g) de la Ley del Jurado³⁹². En consecuencia, sólo se vulneraría el principio acusatorio si los nuevos hechos que hubiesen sido objeto de revelación a raíz de la prueba de oficio fueran introducidos por el juez en el proceso, y por lo tanto, también en la sentencia sin que, previamente, ninguna de las partes acusadoras los hubiesen asumido en sus escritos³⁹³.

³⁹² De igual parecer es PICÓ I JUNOY, *La imparcialidad judicial...*, cit., p. 106.

³⁹³ Obsérvese que aquí sí han de ser asumidos los nuevos hechos por alguna de las partes acusadoras, precisamente porque se trata de nuevos hechos (en el sentido estricto o técnico que hemos estudiado), los cuales sólo podrán ser introducidos en el proceso por las partes para que no se vulnere el principio acusatorio, pero no sucede lo mismo cuando lo que se propone por el juez es, meramente, un cambio de calificación jurídica, sin que los hechos sufran alteración sustancial alguna. Aquí, como ya se ha dicho en otros lugares, el órgano jurisdiccional sólo tendrá el deber de poner el cambio

Por último, en relación con este primer límite que hemos estudiado, como ya se dijo anteriormente y también ha sido objeto de reflexión en la doctrina³⁹⁴, el juez no sabe *a priori* a quién va a beneficiar la prueba que se vaya a practicar de oficio, luego difícilmente podrá decirse que tal decisión le convierta en juez parcial.

El *segundo límite* que hay que tener en cuenta es aquél que establece la necesidad de que la fuente de prueba conste ya en autos, es decir, que no sea el órgano jurisdiccional, a través, por ejemplo, de la aplicación al caso de su ciencia privada, el que traiga al proceso el material probatorio, sino que éste se hubiese dado a conocer en el juicio ya con anterioridad al momento en que el juez decida ordenar la práctica de la prueba *ex officio*. Ha de advertirse que hablamos de juicio en sentido estricto, sin incluir, por supuesto, toda aquella actividad que haya tenido lugar antes de la celebración del juicio oral, ya que de no ser esto así, podría resultar que el órgano jurisdiccional competente para el enjuiciamiento estudiase todo el material instructorio y llegase al plenario con una actitud preconcebida en relación con el caso de que se trate.

En realidad, esto que decimos no va más allá de lo que sólo sería estricto cumplimiento de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y, concretamente, como ya hemos comentado con anterioridad, de su artículo 741. Desgraciadamente, no decimos nada nuevo al afirmar que no es esto lo que sucede muchas veces en la práctica de nuestro proceso penal y parece curioso destacar que esta patología, si así se quiere llamarla, también se da en procesos como el alemán, a pesar de que en él sea el Ministerio Fiscal quien ha asumido la dirección de la fase de

de calificación en conocimiento de las partes con el fin de que puedan defenderse y contradecir la nueva calificación, pero la no asunción por ellas de la "tesis" no debe vincular al tribunal, como sucede en la jurisprudencia del TS.

³⁹⁴ PICÓ I JUNOY, "Reflexiones...", cit., en Justicia, 1996-1, p. 157; GISBERT GISBERT, Antonio, "El artículo 729,2º...", cit., p. 406

investigación³⁹⁵. Por eso nos parece totalmente conveniente la alternativa elegida por el legislador italiano del año 1988, el cual, para evitar este problema, establece que las actas de la investigación permanecerán bajo la custodia del Ministerio Fiscal, sin que el órgano jurisdiccional pueda tener conocimiento de ellas³⁹⁶.

De lo que se trata con el establecimiento de este segundo límite a la iniciativa probatoria del juez penal es precisamente de la distinción entre fuentes y medios de prueba³⁹⁷. Así, como muy acertadamente dijera ya Sentís Melendo, "[e]l juez ha de tener siempre, al ejercitar sus poderes, bien presente esa distinción: *averiguar* lo han debido hacer las partes con anterioridad al proceso y se refiere a las *fuentes de prueba*; *esclarecer*, como manifestación de *verificar*, puede hacerse en el proceso y se refiere a los medios de prueba"³⁹⁸. No se trata, como mantiene el citado autor, de que el juez competente para el enjuiciamiento investigue o traiga al proceso las fuentes de prueba, sino de que, una vez éstas en el proceso, ordene de oficio la práctica de un medio de prueba que por cualquier motivo no solicitaron las partes.

Por último y no por ello de menor importancia, el *tercer límite* que ha de fijársele a la prueba de oficio es tan consustancial a la idea del proceso que casi resulta obvio enunciarlo. Se trata, como ya se podrá imaginar, de la exigencia de garantizar el principio de contradicción que en este caso ha de incluir también la posibilidad de contraprobar. Por ello es importante hacer aquí alusión al momento procesal adecuado para que se ordene la práctica de prueba de oficio. Como se ha afirmado en la doctrina³⁹⁹, hay

³⁹⁵ PERRON, Walter, *Das Beweisantragsrecht...*, cit., pp. 27 y 47 y ss

³⁹⁶ STILE, "Strafverfahrensreform...", cit., p. 441 y art. 433 *Cpp*

³⁹⁷ V. para esta distinción LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, Tomás, *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, Colex, Madrid, 1991, pp. 99 y ss.

³⁹⁸ SENTÍS MELENDO, Santiago, "Los poderes del juez. (Lo que el juez «puede» o «podrá»)", cit., p. 126

³⁹⁹ PICÓ I JUNOY, "Reflexiones...", cit., p. 178

dos momentos posibles: el primero, al menos en el tiempo, sería aquél en que se admiten o rechazan las pruebas que han propuesto las partes en sus escritos de calificación. Si bien este momento ofrece la ventaja de evitar la suspensión del juicio, hay que reconocer, por otro lado, que es poco probable que el juez, desde ese momento pueda apreciar qué otras pruebas va a ser necesario que se practiquen una vez llegado el juicio a su fase probatoria; por ello, el segundo momento, en nuestra opinión más adecuado al carácter dinámico y espontáneo al que ha de tenderse en el juicio oral del proceso penal, es aquél en que se esté practicando la prueba, incluso aunque ésta haya concluido, pues es aquí donde parece más probable que al órgano jurisdiccional se le haya suscitado alguna duda que le impida formar su correcta convicción en relación con los hechos que han sido objeto del proceso. Por este motivo, en la práctica, si no se quiere causar indefensión, habrá de procederse con frecuencia a suspender el juicio oral, según lo establecido en el artículo 746,6º, para así dar a las partes la posibilidad de solicitar y practicar nuevas pruebas que pudieran refutar la que se ordenó de oficio.

Tras todo lo dicho y siempre que se respeten los límites que acabamos de establecer, hay que concluir que la atribución al juez penal de cierta iniciativa probatoria es una opción que, además de hallarse literalmente prevista en la Ley de Enjuiciamiento de 1882, es perfectamente acorde con la Constitución y debe seguir manteniéndose en nuestro proceso penal. Hay sentencias recientes del Tribunal Supremo que avalan esta opinión que aquí propugnamos⁴⁰⁰, si bien es cierto, por un lado, que no se expresan con la misma contundencia⁴⁰¹ que lo hacían antes del cambio de tendencia que

⁴⁰⁰ SSTS de 26 de febrero de 1998 (RA: 1.196); de 24 de marzo de 1999 (RA: 2.052)

⁴⁰¹ STS de 22 de enero de 1992 (RA: 294): "el Tribunal no necesitaba contar con el asentimiento de las partes por la recepción de la prueba y no estaba obligado a escuchar el parecer de las mismas sobre su decisión, que se fundamenta en el llamado «principio de oficialidad» y en su reconocimiento en el art. 729.2.º LECrim."; STS de

tuvo lugar en diciembre de 1993 y, por otro lado, que todavía se dan supuestos de sentencias contrarias a dicha iniciativa⁴⁰², por lo que cabe concluir que en la actualidad no hay una línea uniforme en la jurisprudencia en relación con este tema de la prueba de oficio⁴⁰³.

24 de enero de 1992 (RA: 444): "el Tribunal debe agotar las posibilidades de búsqueda de la verdad, incluso por la vía del art. 729,2.º LECrim."; STS de 13 de abril de 1992 (RA: 2.967): "el Tribunal no está limitado en el transcurso del mismo en cuanto a las diligencias de prueba que puede practicar para la comprobación de los hechos, según lo dispuesto en el art. 729, 2.º LECrim."; STS de 7 de octubre de 1992 (RA: 7.811), que se expresa de la siguiente manera: "[I]a aclaración de esta participación hubiera requerido el interrogatorio de los policías, que, si bien no fueron propuestos por las partes, hubieran podido ser citados de oficio por el Tribunal a quo con apoyo en el art. 729, 2.º LECrim. En la medida en la que el Tribunal a quo no indagó exhaustivamente las condiciones del reconocimiento, su convicción no fue adoptada mediante un procedimiento adecuado a las exigencias que rigen en casos en los que sólo existe un testigo y no hay ningún otro rastro objetivo del delito" (FJ 1º).

⁴⁰² STS de 4 de noviembre de 1996 (RA: 8.045), donde se afirma que: "[E]n relación con la facultad reconocida al Tribunal por el artículo 729.2.º, de la LECrim, esta Sala, en reciente Sentencia de 23 septiembre 1995 (RJ 1995\6756), con expresa cita y remisión a las precedentes 2706/1993, de 1 diciembre (RJ 1993\9225) y 2709/1993, de 1 diciembre (RJ 1993\9226), ha sentado *la mejor doctrina* (la cursiva es nuestra) al respecto acerca de su significación y alcance en aras de atemperar aquella potestad a los principios constitucionales"; STS de 11 de noviembre de 1998 (RA: 10.339) la cual, si bien no casa la de instancia, afirma que si la prueba incriminatoria hubiese sido introducida a tenor del art. 729,2º, -que es precisamente el supuesto que aquí nos ocupasí hubiese podido vulnerarse el principio acusatorio, porque el órgano hubiese suplido el vacío o la pasividad de la acusación, convirtiéndose en parte acusadora, "según la interpretación del artículo 729,2º LECrim a la luz del Texto constitucional" (FJ 1º); STS de 7 de abril de 1999 (RA: 2.304)

⁴⁰³ Para una exposición de las distintas tendencias habidas en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, v. la Sentencia de 11 de mayo de 1999 (RA: 4.973), donde también se hace referencia a la línea jurisprudencial que defiende la validez del art. 729,2º, siempre que el acuerdo del tribunal de proceder a practicar prueba de oficio tenga "sólo como designio la comprobación de los hechos. Es decir, se dirige no a probar la existencia sino a comprobar (contraste o verificación) si la prueba sobre ellos, es o no fiable desde el ángulo del artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Por el contrario, la prueba que sea manifiestamente de cargo, es inconstitucional y vulnera los principios de imparcialidad objetiva del Tribunal y observancia del acusatorio." (FJ 13º). Según SAAVEDRA RUIZ, "La iniciativa del Tribunal...", cit., pp. 36 y ss., la distinción "entre probar y comprobar ... denota ya cierta artificiosidad de planteamiento".

2.1.5. Prohibición de *reformatio in peius*

Como punto de partida y sin perjuicio de precisiones que iremos haciendo posteriormente, la interdicción de reforma peyorativa, con carácter general, puede definirse según afirma el Tribunal Supremo en su Sentencia de 21 de febrero de 1995⁴⁰⁴, como la prohibición de agravar el fallo en perjuicio del recurrente cuando su oponente ni recurre ni se adhiere al recurso. Este concepto general es válido para los distintos órdenes jurisdiccionales, pero, también a causa de esta nota de generalidad, es susceptible de diversas matizaciones⁴⁰⁵ cuando lo aplicamos al proceso penal, debidas, como siempre, al valor superior de los intereses sobre los que versa este último.

Ya el propio Tribunal Constitucional, en su Sentencia 15/1987, de 11 de febrero, adelanta una primera precisión al afirmar que en la Ley no hay previsión alguna "respecto de la posibilidad de reformar la posición jurídica del apelante cuando éste no sea precisamente el condenado en la primera instancia"⁴⁰⁶. Y es que esto no podía ser de otra manera, ya que, si bien en el proceso civil esta restricción no tendría razón de ser debido a la vigencia en el mismo del principio dispositivo, en el proceso penal no puede suceder lo mismo, pues lo que normalmente está en juego es el derecho a la libertad de la persona que ha sido condenada a una pena privativa de dicho derecho. Por lo tanto, como muy acertadamente expresa Roxin⁴⁰⁷, no existe prohibición de reforma a mejor (*Verbesserungsverbot*) de la situación del condenado, ya que, tal y como determina el § 301 de la

⁴⁰⁴ RA: 1.69

⁴⁰⁵ Para dichas matizaciones, v. también ORTELLS RAMOS, Derecho Jurisdiccional, (3ª ed.), cit., p. 429.

⁴⁰⁶ Justo lo contrario es lo que sucede en Alemania, donde el § 301 StPO establece expresamente y con carácter general en materia de recursos que cualquier medio de impugnación que interponga el Ministerio Fiscal tendrá como efecto que la resolución recurrida también podrá ser modificada o revocada en beneficio del inculpado.

⁴⁰⁷ Strafverfahrensrecht, cit., p. 389, (§ 51, marg. 29)

Strafprozessordnung, la sentencia que ha sido impugnada por el Ministerio Fiscal con el fin de pedir que se imponga una pena superior, podrá, ello no obstante, ser modificada en beneficio del inculpado. La conclusión que cabe extraer a este respecto es que, a diferencia de lo que sucede en el proceso civil, el órgano jurisdiccional no queda vinculado por el contenido de la defensa (salvo en supuestos excepcionales derivados de la vigencia en nuestro ordenamiento de la institución de la conformidad, pero esta vinculación, como ya veremos⁴⁰⁸, responde a otros motivos), lo cual, por otro lado, no deja de ser totalmente lógico, pues, como también tendremos ocasión de analizar, es el mismo criterio que rige la primera instancia del proceso penal⁴⁰⁹.

Otra cosa es lo que suceda en relación con la determinación de las cantidades que hayan de satisfacerse para indemnizar los daños y perjuicios que hayan podido generar los hechos objeto del proceso. A este respecto hay que decir que aquí serán de aplicación los principios propios del proceso civil⁴¹⁰, pues, en definitiva, se trata de dilucidar la posible responsabilidad civil que haya podido derivar de la comisión de una infracción penal. Caso contrario no tendría sentido la posibilidad prevista en el artículo 111 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de reservar la acción civil para su ejercicio en un proceso, también civil, posterior.

Por lo que se refiere al fundamento en el proceso penal⁴¹¹ de la prohibición que ahora nos ocupa, hemos de hacer alusión al artículo 902 de

⁴⁰⁸ V. en el capítulo III), 2.4

⁴⁰⁹ ORTELLS, ob. y lug. ult. cit.

⁴¹⁰ V. I) 4.2

⁴¹¹ Para el proceso civil, v. art. 465.4 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, donde ya se prevé expresamente en sede del recurso de apelación que "[l]a sentencia no podrá perjudicar al apelante, salvo que el perjuicio provenga de estimar la impugnación de la resolución de que se trate, formulada por el inicialmente apelado", lo cual supone una novedad respecto de la regulación anterior, donde la prohibición de reforma peyorativa sólo encontraba fundamento en las doctrinas científica y jurisprudencial.

la Ley de Enjuiciamiento Criminal⁴¹² que, con no demasiada claridad, establece lo siguiente:

Si la Sala casa la resolución objeto del recurso a virtud de algún motivo fundado en la infracción de la ley, dictará a continuación, sin más limitación que la de imponer pena superior a la señalada en la sentencia casada o la que correspondería conforme a las peticiones del recurrente en el caso de que se solicitase pena mayor⁴¹³.

Sin embargo, con ello no hemos adelantado demasiado pues, lógicamente, este precepto trae causa a su vez del verdadero fundamento de la exclusión de *reformatio in peius*. En este sentido, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia de nuestros tribunales, se han barajado distintos fundamentos para explicar el origen de esta prohibición, así: el de entender que se trata de una manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva, pues se garantiza el acceso a los recursos de forma que nadie que haya sido condenado deje de interponerlos por el temor a ser castigado con más gravedad en segunda instancia⁴¹⁴, de la congruencia procesal en segunda instancia⁴¹⁵, del principio acusatorio⁴¹⁶ o, también, del derecho a ser informado de la acusación y a contradecirla⁴¹⁷.

En cuanto al primero de los posibles fundamentos aducidos, nos parece que, por un lado, peca de exceso, y por otro, de defecto.

⁴¹² A estas alturas es obvio decir que, si bien este artículo se halla en sede de casación, lo en él establecido ha de regir también respecto del recurso de apelación. Así también la STC 15/1987, de 11 de febrero y VARELA GÓMEZ, Bernardino J., El recurso de apelación penal, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 358.

⁴¹³ V. SSTS de 2 de marzo de 2000 (RA: 59); 27 de marzo de 2000 (RA: 75); 10 de abril de 2000 (RA: 92) y 16 de mayo de 2000 (RA: 122) y los votos particulares que en todas ellas formula el Magistrado Sr. Mendizábal Allende.

⁴¹⁴ STC 143/1988, de 12 de julio, que habla de "elemento disuasorio al ejercicio del derecho a los recursos establecidos en la ley", si bien es cierto que la sentencia trae causa de un proceso civil. También ROXIN, ob. y lug. ult. cit., se expresa en el mismo sentido.

⁴¹⁵ V., entre otras muchas, STC 279/1994, de 17 de octubre

⁴¹⁶ ORTELLS, ob. y lug. ult. cit. También la STC 15/1987, de 11 de febrero, hace referencia a la necesidad de garantizar el principio acusatorio para que se pueda alcanzar una mayor independencia del órgano jurisdiccional.

⁴¹⁷ STC 15/1987, de 11 de febrero

Así, por lo que se refiere al exceso, la alusión a que la prohibición de reforma a peor sea manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva es tan genérica que con ello creemos que no se dice nada, pues parece que la vulneración de cualquier garantía va a poder, siempre y en última instancia, ser reconducida a una infracción del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24.1 de nuestra Constitución.

Y en cuanto al defecto, si se afirma que, de no regir la interdicción que aquí analizamos, se introduciría un elemento disuasorio al ejercicio del derecho a los recursos, se estaría mirando el supuesto desde una sola perspectiva: la del recurrente que ha sido condenado por la sentencia que ahora se impugna. Sin embargo, si se observa la cuestión desde el punto de vista de la acusación, como ya se ha dicho líneas más arriba, aquí la prohibición no puede regir de igual forma que lo hace en el ámbito del proceso civil, pues la resolución que ha sido objeto de recurso podrá, en su caso, ser modificada en beneficio del condenado, aun en el caso de que éste no haya recurrido ni se haya adherido al recurso, ya que al órgano jurisdiccional –tampoco al de segunda instancia- no le vinculan las peticiones mantenidas por la defensa ni la pasividad de ésta a la hora de interponer el correspondiente recurso o de adherirse a él. Por lo tanto, creemos que este primer fundamento de la prohibición que se aduce puede ofrecer una razón más de la existencia de la misma, pero, en el ámbito del proceso penal⁴¹⁸, no llega a explicarla en su totalidad por todo lo que hemos dicho anteriormente.

En nuestra opinión, el verdadero fundamento de la interdicción de reforma a peor reside en la vigencia en nuestro ordenamiento procesal

⁴¹⁸ En cambio, en el proceso civil y a consecuencia de los distintos principios informadores del mismo, sí puede mantenerse que la prohibición de reforma a peor evita en todos los casos que el posible empeoramiento de la situación del recurrente tras la interposición por él mismo del correspondiente recurso juegue como elemento disuasorio a la hora de decidir si lo interpone, o no. V. muy claramente en este sentido STC 12 de julio de 1988 (RA: 143).

penal del principio acusatorio⁴¹⁹ y de la garantía de la correlación entre acusación y sentencia que deriva de aquél; lo que sucede es que, igual que ocurre en primera instancia, se asocian erróneamente a aquel principio otras garantías -como el derecho a ser informado de la acusación o el principio de contradicción- que, en verdad, no derivan de él, sino del derecho de defensa. Por eso, también aquí, se hace referencia a una especie de *conglomerado* de fundamentos⁴²⁰ de la prohibición de *reformatio in peius* que, a nuestro juicio, no tiene razón de ser.

En definitiva, creemos que la imposibilidad de empeorar la situación de la que parte el condenado recurrente único es una de las garantías implícitas en el principio acusatorio y trae causa de éste, por lo que ha de afirmarse también su inclusión entre las garantías consagradas en el artículo 24.2 de la Constitución, concretamente en la relativa al derecho a un proceso [...] con todas las garantías que, como tiene afirmado reiteradamente el Tribunal Constitucional, incluye también el derecho a ser juzgado por un órgano imparcial⁴²¹.

Partiendo de esta conclusión a la que hemos llegado en relación con el fundamento, hemos de ocuparnos ahora del contenido o alcance de la prohibición, donde a su vez nos plantearemos dos cuestiones: en primer lugar, si la interdicción afecta a todas las resoluciones que se dicten a lo largo de un proceso o sólo a las sentencias y, en segundo término, si se refiere sólo a la pena o también a la calificación jurídica, responsabilidad civil e indemnizaciones.

⁴¹⁹ Así también ORTELLS, Derecho Jurisdiccional cit., (3ª ed.), p. 429

⁴²⁰ VARELA GÓMEZ, El recurso..., cit., pp. 356 y ss.; LORCA NAVARRETE, Antonio María, "Sobre la prohibición de la «reformatio in peius»", en LA LEY 1989-3, pp. 1.156 y 1.157

⁴²¹ V. II)1.2.5, donde, siguiendo a GIMENO, Derecho Procesal Penal, cit., p. 78, nos manifestábamos a favor de la consagración constitucional del principio acusatorio dentro del derecho a un proceso con todas las garantías, concretamente, aquella referida a la imparcialidad del órgano jurisdiccional.

En cuanto a lo *primero*, si bien el artículo 902 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal habla expresamente de sentencia, hay que tener en cuenta que, como ya se ha comentado, dicho precepto ha sido objeto de interpretación extensiva por la jurisprudencia, no sólo por lo que se refiere a su aplicación al recurso de apelación, sino también en el sentido de entender que la norma en realidad se refiere a resoluciones en sentido amplio y no sólo a sentencias. Sin embargo, el hecho de que en Alemania, con carácter general, suceda justamente lo contrario, es decir, que la prohibición de reforma a peor rija sólo para las sentencias⁴²², nos hace plantearnos a qué puede deberse esta diferencia de tratamiento y, en su caso, cuál de las dos opciones es la más correcta. Acaso la regulación que - a diferencia de lo que sucede en España- se le ha dado a este tema en Alemania contribuya al entendimiento de que la prohibición de *reformatio in peius* sólo rija cuando así lo haya previsto el legislador específicamente, pues la *Strafprozessordnung* en sus §§ 331, 358 II y 373 II, establece la citada restricción para los recursos de apelación, casación e, incluso, revisión⁴²³, respectivamente, por lo que, tal y como argumenta la doctrina alemana más autorizada, cabría entender que sólo el legislador es quien ha de decidir en qué casos ha de contar el recurrente con el beneficio de la prohibición de *reformatio in peius*⁴²⁴. Por lo tanto, vemos que si bien la normativa alemana ofrecería un bastión –aunque no sea definitivo- en el que apoyarnos para afirmar la no vigencia de la interdicción respecto a los autos, en el derecho español sucede justamente lo contrario, por lo que, puestos a interpretar extensivamente, se hace fácil ampliar la aplicación de la prohibición a cualquier tipo de resolución que traiga causa de un recurso

⁴²² KLEINKNECHT, StPO, cit., § 331, marginal 3

⁴²³ Nos referimos a la llamada *Wiederaufnahme*, que viene a ser el equivalente al proceso de revisión español, y no a la *Revision* alemana, pues, como es sabido, con este último nombre se denomina en aquel país al equivalente a nuestra casación.

⁴²⁴ KLEINKNECHT, StPO, cit., Vorbemerkungen zu § 304 (marginal 5)

previo. Además, es la propia doctrina alemana la que, posteriormente y por vía interpretativa, tiene que echar mano de las excepciones, manteniendo la existencia de determinados autos que sí quedan sujetos a la restricción⁴²⁵, aunque ello no esté establecido expresamente en la Ordenanza procesal penal. Por lo demás y coincidiendo con la postura mantenida a este respecto por el Tribunal Constitucional⁴²⁶, no vemos razón alguna que pudiese motivar la inaplicación de la prohibición que aquí estudiamos a las resoluciones judiciales que adopten la forma de auto, pues, en definitiva, de lo que se trata, es de contribuir también en esta vía de los recursos, a garantizar la imparcialidad del órgano jurisdiccional a través de la vigencia del principio acusatorio, del cual, como se ha dicho, trae causa la interdicción de reforma peyorativa.

Y en relación con lo planteado *en segundo lugar*, hemos de resolver distintas cuestiones. La **primera** de ellas es la de dilucidar si la prohibición abarca los posibles cambios de calificación jurídica que pudiese llevar a cabo el tribunal que conoce del recurso. En realidad, este problema ha sido ya objeto de nuestro estudio y no sólo ha aflorado ya en diversas ocasiones, sino que seguirá haciéndolo a lo largo del trabajo. Por este motivo, sólo hemos de aplicar todo lo dicho hasta ahora a la fase de impugnación, teniendo en cuenta las especialidades propias de ésta. Pues bien, precisamente una de esas especialidades deriva de la imposibilidad de reforma a peor, por lo que, en coherencia con las ideas mantenidas hasta este momento, cabe que el órgano de segunda instancia proceda a una

⁴²⁵ KLEINKNECHT, ob. y lug. ult. cit. y todos los autores allí citados.

⁴²⁶ SSTC 203/1989, de 4 de diciembre; 35/1997, de 25 de febrero; 3.662/1997, de 5 de mayo, en la que se aprecia la vulneración de la prohibición de *reformatio in peius* en relación con la parte acusadora, que recurre un auto de sobreseimiento provisional y la Audiencia Provincial resuelve acordar el sobreseimiento libre. Este sería, por ejemplo, uno de los supuestos en que, también en Alemania se aceptaría la vigencia de la prohibición aunque se trate de un auto, ya que el de sobreseimiento libre tiene carácter definitivo y genera el efecto de cosa juzgada material, que son precisamente los dos presupuestos establecidos por la doctrina alemana para que, excepcionalmente, pueda aplicarse la prohibición también en relación con autos.

modificación de la calificación jurídica de los hechos siempre que: 1º) en aras del derecho a ser informado de la acusación se dé conocimiento de la alteración al recurrente con el objeto de que éste pueda contradecirla y, 2º) si el condenado es el único recurrente, dicho cambio de calificación no conlleve un aumento de la pena o un cambio del tipo de pena que le suponga perjuicio, por ejemplo: pasar de pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores a otra privativa de libertad, aunque ésta última sea de inferior duración. Obvio es decir a estas alturas que el cambio de calificación no puede suponer en ningún caso ni la introducción de nuevos hechos en el sentido técnico que hemos estudiado, ni la alteración esencial de los que constituyeron el objeto del juicio en primera instancia⁴²⁷.

Ahora bien, sin perjuicio de todo lo dicho, conviene que tengamos en cuenta la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional que exceptúa la vigencia de la prohibición de reforma peyorativa cuando se esté ante "normas de orden público que deba aplicar el Juez con independencia de lo solicitado por las partes"⁴²⁸.

Hasta aquí hemos visto el supuesto de que sólo haya impugnado el condenado por la sentencia de instancia, pero si alguna de las acusaciones

⁴²⁷ A la misma conclusión llega también en Alemania ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, cit., p. 389, (§ 51, marg. 30), donde el autor plantea el ejemplo de una condena en primera instancia por delito de hurto, que es calificado en segunda de robo sin que aumentase la pena de multa impuesta desde un principio. Sin embargo, en relación con el delito continuado, KLEINKNECHT, *StPO*, cit., § 331, marg. 10, citando jurisprudencia, llega a una solución distinta de la mantenida por los Tribunales de nuestro país. Así, mantiene que cabe el aumento de la pena cuando en la sentencia de instancia se ha condenado sólo por un delito independiente de un conjunto perteneciente a un delito continuado y en segunda instancia se aprecia la existencia del nexo de continuidad. Lo contrario sucede en nuestro país, donde el Tribunal Constitucional tiene afirmado que no se puede sustituir la condena por delito continuado por la de varios delitos, aun cuando la pena resultante fuese inferior (no obstante, obsérvese que el supuesto de hecho en uno y otro caso es justamente a la inversa).

⁴²⁸ STC 279/1994, de 17 de octubre. V. también SSTC 15/1987, de 11 de febrero y 70/1999, de 26 de abril, que introduce determinadas matizaciones a esta prevalencia del orden público.

recurre con carácter independiente, o bien se adhiere al recurso ya interpuesto, entonces el "margen de maniobrabilidad" del órgano que conoce del recurso es más amplio, en el sentido de que no sólo podrá, siempre desde el respeto de los hechos, cambiar la calificación jurídica, sino que también le será posible aumentar la pena dentro del marco punitivo correspondiente.

La **segunda** cuestión que debemos plantearnos es la relativa a si la prohibición de *reformatio in peius* abarca la responsabilidad civil derivada del delito, o no. En cuanto a este tema, la jurisprudencia española y alemana han llegado también a conclusiones opuestas, entendiendo la de nuestro país que la interdicción también se extiende al ámbito de las indemnizaciones⁴²⁹, mientras que en Alemania se mantiene justamente lo contrario⁴³⁰. Sin embargo, conviene tener en cuenta que los puntos de partida son muy distintos en los dos países, pues la figura del *Adhäsionsverfahren*, como ya hemos tenido ocasión de afirmar⁴³¹, no tiene apenas virtualidad en el proceso penal alemán, mientras que, en España, la acumulación de la pretensión civil al proceso penal es lo que más frecuentemente se da en la práctica. Por consiguiente, nos parece que este es un motivo de peso para entender que la prohibición debe abarcar también la imposibilidad de reformar a peor lo acordado en relación con las indemnizaciones, eso sí, con la puntualización que haremos más adelante. Y creemos que esto no podía ser de otra manera, pues si la propia Ley de Enjuiciamiento Criminal prevé la posibilidad de no acumular la pretensión civil al proceso penal, sino de reservarla para un proceso civil posterior, es

⁴²⁹ STS de 8 de abril de 1996 (RA: 2.850), SSTC 15/1987, de 11 de febrero, 202/1988, de 31 de octubre, 25/1994, de 27 de enero, 56/1999, de 12 de abril, entre otras muchas.

⁴³⁰ FEZER, Gerhard, *Strafprozeßrecht II*, cit., p. 221, margs. 75 y 76

⁴³¹ V. I) 4.1 y bibliografía allí citada

obvio que en éste también va a aplicarse, caso de llegarse a la segunda instancia, la prohibición que aquí estudiamos.

Llegados a este punto, conviene llevar a cabo la precisión que anteriormente anunciábamos, pues creemos que con respecto a la pretensión civil acumulada al proceso penal, ha de regir la interdicción, pero tal y como lo hace en el ámbito del proceso civil, es decir, no sólo en beneficio del condenado, sino, además, de la parte acusadora que haya asumido en la instancia también el papel de actor civil⁴³². Está claro que para la determinación de la existencia de los hechos constitutivos de delito o falta de los cuales trae causa la responsabilidad civil que pudiera afirmarse, se han aplicado los distintos principios que rigen el proceso penal: los referidos a la valoración de la prueba, al objeto del proceso, a la adquisición del material fáctico y probatorio, etc. En consecuencia y por mucho que estemos ante una pretensión civil, ésta se "beneficiará" en parte de la aplicación de los principios propios del proceso penal, ya que, como es obvio, no se puede llegar a lo que podríamos denominar como dos conclusiones distintas en cuanto a un mismo hecho. O expresado con más claridad: no puede decirse que un hecho ha sucedido para el proceso penal, pero no para el proceso civil, porque el primero se rige por el principio de verdad material y el segundo por el de verdad formal. De cualquier forma, con esto no estamos afirmando nada nuevo, pues del propio artículo 111 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se desprende, si bien no expresamente, lo aquí mantenido.

Tras lo dicho puede apreciarse que no siempre es posible la aplicación de la totalidad de los principios que rigen el proceso civil a las pretensiones

⁴³² En el mismo sentido se expresa la STC 15/1987, de 11 de febrero, FJ 1º: "...siendo el objeto de litigio el monto de una indemnización que también habría podido dilucidarse en un proceso civil, son las reglas propias de este proceso (y por tanto también la de la prohibición absoluta de la *reformatio in peius*) las que han de aplicarse a su caso".

del mismo carácter que se acumulen al proceso penal. Somos conscientes de ello, pero precisamente en relación con la prohibición de *reformatio in peius* no se plantea este problema, motivo por el cual, como ya anunciábamos, creemos que aquélla ha de beneficiar también al actor civil cuando éste es recurrente único, pues si el responsable civil no interpone recurso independiente o se adhiere al ya interpuesto se entiende que está consintiendo lo resuelto en primera instancia en relación con la responsabilidad civil, aspecto éste sobre el cual ha de regir el principio dispositivo que informa el proceso civil.

Por último y ya ciñéndonos únicamente al ámbito de la determinación de responsabilidad penal, nos planteamos a continuación cuáles han de ser los elementos en relación con los cuales ha de realizarse la comparación a efectos de poder averiguar si se da una posible vulneración de la prohibición de reforma peyorativa. De todo lo dicho con anterioridad se desprende que han de distinguirse dos supuestos: 1º) que haya un único recurrente, y 2º) que alguna parte acusadora haya, a su vez, recurrido, o bien se haya adherido al recurso del condenado en la instancia.

En el primer supuesto aludido, el ámbito del juicio de segunda instancia encuentra su límite "superior" en lo resuelto por la sentencia que ahora se esté recurriendo, salvo la excepción que hace referencia a la necesaria aplicación de normas de orden público, a la cual ya hemos aludido en líneas anteriores. Este límite deriva precisamente de la prohibición de *reformatio in peius* pues, como tiene declarado el Tribunal Constitucional⁴³³, ésta prevalece incluso sobre el principio de estricta sumisión del juez a la ley, debido a que el condenado ha de tener la seguridad jurídica de que la sentencia que está recurriendo no será alterada en su perjuicio si no media recurso de parte contraria. Sin embargo, por

⁴³³ STS de 11 de marzo de 1999 (RA: 1.698); SSTC 153/1990, de 15 de octubre, 70/1999, de 26 de abril

debajo de dicho límite, el órgano jurisdiccional podrá llegar incluso a la libre absolución del condenado recurrente, pues, insistimos, no queda vinculado por la posición mantenida por la defensa de éste.

En el segundo caso, es decir, cuando también la acusación haya interpuesto recurso o se haya adherido al ya pendiente, se desvanece la prohibición de reforma peyorativa, por lo que el tribunal de segunda instancia no podrá excederse en su resolución más allá de lo pedido por la acusación. Por lo tanto, puede observarse cómo en el primer caso el elemento de comparación era la resolución recurrida, mientras que en este segundo supuesto lo es la petición de parte acusadora, eso sí, como siempre en el proceso penal, ha de entenderse que tal vinculación se refiere a los hechos y no a la calificación jurídica ni a peticiones concretas de pena. Y lo mismo sucederá si es la acusación la que figura como única recurrente.

Una última cuestión que cabe plantearnos es la relativa a la posibilidad de renunciar al beneficio que deriva de la vigencia de la prohibición de *reformatio in peius*. No hemos encontrado ninguna referencia a este supuesto en nuestro país, pero en la jurisprudencia y doctrina alemanas sí se ha planteado, manteniéndose allí que tal renuncia abre la posibilidad de empeorar la situación del condenado que a su vez haya sido recurrente único⁴³⁴. Sin embargo, no podemos estar de acuerdo con esta solución. Si bien es cierto que hay instituciones procesales que nos llevan a exceptuar la vigencia de determinados principios que rigen el proceso penal, no lo es menos que aquéllas se justifican en criterios de oportunidad que justifican la opción. Como es sabido, nos estamos refiriendo al supuesto de la conformidad, institución de cuya conveniencia o inconveniencia no viene a cuento hablar ahora, pero es que en este otro caso de renuncia a los beneficios de la prohibición de reforma peyorativa y

⁴³⁴ ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, cit., p. 389, (§51, marg. 29) y jurisprudencia allí citada

salvo que se nos escape, no encontramos justificación alguna para que se le atribuya ningún tipo de efectos a tal renuncia, luego no nos parece acertada la solución que la jurisprudencia y doctrina alemanas dan al problema.

2.2. Delimitación negativa: distinción respecto del derecho de defensa (remisión)

Tal y como claramente se desprende de todo lo dicho hasta ahora, uno de los motivos por que el principio acusatorio se ha visto excesivamente ensanchado es el que deriva de haber querido ver en él garantías que, en realidad, forman parte del derecho de defensa, como son el derecho a ser informado de la acusación o el principio de contradicción⁴³⁵. Sin embargo, creemos que al hilo del desarrollo de este capítulo, ya hemos ido tratando críticamente esta ampliación, por lo que, a la hora de delimitar negativamente el principio acusatorio y para no caer en redundancias, nos parece más acertado remitir a lo ya dicho a lo largo de este capítulo.

⁴³⁵ V., para el estudio y delimitación de todas estas garantías, PLANCHADELL GARGALLO, El derecho fundamental a ser informado de la acusación, cit.

CAPÍTULO III: Análisis de la garantía de correlación entre acusación y sentencia en el proceso penal español

Planteamiento: el principio acusatorio y la garantía de la correlación entre acusación y sentencia en el proceso penal español

Una vez sentadas en los capítulos precedentes las bases dogmáticas de este trabajo, a lo largo de éste que aquí comienza procederemos a aplicar todas las conclusiones allí alcanzadas a los supuestos concretos que se plantean en la práctica. Será precisamente esta labor la que nos permita constatar la corrección, o no, de las formulaciones avanzadas en líneas anteriores. Además, con esta tarea que podríamos denominar como de subsunción, también tendremos ocasión de demostrar la importancia no sólo teórica del estudio de las instituciones tratadas hasta este momento, pues somos conscientes de que las conclusiones a que lleguemos acerca del objeto del proceso y del principio acusatorio desembocarán necesariamente en consecuencias de gran importancia práctica.

1. Especial referencia al juicio de faltas (remisión parcial)

Tal y como adelantábamos ya en el capítulo anterior⁴³⁶, al cual nos remitimos en relación con el tema objeto de este epígrafe, la regulación dada por el legislador al juicio de faltas es la que, en nuestra opinión, más problemas plantea de cara a una interpretación respetuosa con los postulados y garantías incluidos en el principio acusatorio⁴³⁷, por lo que, con independencia de la conocida jurisprudencia sentada por nuestro

⁴³⁶ V. II) 2.1.2

⁴³⁷ Del mismo parecer, GIMENO SENDRA, *Derecho Procesal Penal*, cit., p. 83; ORTELLS RAMOS, "Principio acusatorio, poderes oficiales...", cit., p. 778, donde el autor mantiene que "conviene llamar la atención sobre que la mayor parte de la jurisprudencia constitucional se ha formado respecto a cuestiones suscitadas en juicios de faltas. Ello revela que el más fuerte déficit de ajuste de las normas ordinarias a los principios acusatorio y de contradicción, se produce en ese tipo de procedimiento y no en los procedimientos por delitos".

Tribunal Constitucional⁴³⁸ tendente a salvar la constitucionalidad de estos preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, desde ahora manifestamos nuestro parecer en el sentido de propugnar aquí la reforma de esta materia con el fin de adecuarla a las exigencias del principio acusatorio.

Y es que, si bien es cierto, que el Tribunal Constitucional había roto con una doctrina jurisprudencial sentada por el Tribunal Supremo en la que se mantenía la vigencia del principio inquisitivo en el juicio de faltas, a raíz de la Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, el Tribunal Constitucional, con el fin de salvar a toda costa la constitucionalidad del artículo 969, 2º de la Ley⁴³⁹, parece dar un giro en su doctrina, si bien sigue partiendo de la vigencia del principio acusatorio en el juicio de faltas, pero afirmando que ésta debe matizarse *"en razón de las características peculiares del mismo, debiendo compatibilizarse con los principios de oralidad, concentración y rapidez"*⁴⁴⁰. Sin embargo, a pesar de estas declaraciones, seguimos pensando que lo más adecuado hubiese sido declarar la inconstitucionalidad de la regulación que venimos comentando⁴⁴¹, ya que, cuando se dé el caso de la inasistencia del Ministerio Fiscal a los juicios para cuya incoación sea necesaria la denuncia previa del ofendido o perjudicado, no será posible garantizar en todo caso la imparcialidad del juez, pues no nos parece que, humanamente,

⁴³⁸ SSTC 16/1994, de 24 de febrero y 115/1994, de 14 de abril

⁴³⁹ El art. 969, 2º LECr. se expresa como sigue: *"El Fiscal asistirá a los juicios sobre faltas siempre que a ellos sea citado con arreglo al artículo 962. Sin embargo, el fiscal General del Estado impartirá instrucciones sobre los supuestos en los que, en atención al interés público, los fiscales podrían dejar de asistir al juicio, cuando la persecución de la falta exija la denuncia del ofendido o perjudicado. En estos casos la denuncia tendrá valor de acusación, sin perjuicio de entender, si el denunciante no califica el hecho denunciado o no señala la pena con que deba ser castigado, que remite ambos extremos al criterio del Juez, salvo que el Fiscal formule por escrito sus pretensiones"*.

⁴⁴⁰ STC 56/1994, de 24 de febrero, FJ 4º

⁴⁴¹ V. en este sentido el voto particular formulado por el Magistrado Gimeno Sendra a la STC 56/1994, de 24 de febrero. Así también ARMENTA DEU, Principio acusatorio y derecho penal, Bosch, Barcelona, 1995, p. 56

a éste le sea posible mantenerse en todo momento *supra partes* si es precisamente él quien ha de proceder a calificar los hechos y a señalar la pena que corresponda.

Es cierto que, tal y como hemos repetido hasta la saciedad, estos dos extremos citados no son los que vinculan al órgano jurisdiccional, sino solamente los hechos que introduzcan las partes; también lo es que en el supuesto previsto en el artículo 969, 2º que comentamos, los hechos son introducidos en el proceso por el denunciante, al menos como *notitia criminis*. Aun así, creemos que hay que tener en cuenta que la mente no siempre funciona cual si de una operación matemática se tratase, por lo que, de hecho, surgirán muchas situaciones en que sea excesivo pedirle al juez de instrucción o de paz que conserve la imparcialidad que la vigencia del principio acusatorio se propone garantizar si, por otro lado, ha sido precisamente ese mismo juez el que no sólo habrá tenido que calificar los hechos, sino también –en el caso de que no haya habido acusación alguna personada- suplir el papel de ésta, por ejemplo, formulando las preguntas al acusado, así como a los posibles testigos y peritos que hayan intervenido en el juicio.

Otras críticas que han de formularse a la jurisprudencia constitucional son las que derivan de la siguiente afirmación, contenida en la Sentencia 21/1993, de 18 de enero:

"El principio acusatorio reconocido en el art. 24.2 de nuestro texto constitucional rige también en el juicio de faltas. Ahora bien, dicho principio, en el ámbito de este proceso, no tiene otra finalidad que evitar que el Juez juzgue y condene sin previa acusación formulada por quien tenga legitimación para hacerlo".

Sin embargo, la pregunta que nos surge inmediatamente, tras la lectura de este pasaje de la sentencia, es la de si es que acaso, en el ámbito de otros procesos, el principio acusatorio exige cosa distinta de lo aquí

dicho, es decir, de *"evitar que el juez juzgue o condene sin previa acusación formulada"*. Obviamente, tras todo lo mantenido a lo largo de este trabajo, la respuesta a este interrogante ha de ser necesariamente negativa, pero, como es sabido, también es verdad que se han querido ver incluidas en el principio acusatorio garantías que, en rigor, no pertenecen a él. En cualquier caso, lo que nos parece importante destacar es que, con la actual regulación del juicio de faltas en España, no se rinde tributo, en nuestra opinión, a dicha garantía que consiste en la separación de las funciones de acusación y enjuiciamiento.

Cuando en el capítulo anterior de este trabajo estudiábamos esta garantía, hacíamos referencia a la construcción, si se quiere, un tanto artificial a que responde el proceso penal actual, debido a una especie de desdoblamiento, con base en el cual un órgano público asume sólo la función jurisdiccional, mientras el otro pasa a ser el competente para el ejercicio de la acusación pública. Pues bien, sólo hace falta tener en cuenta el acontecimiento histórico –al menos desde el punto de vista del proceso penal- que supuso dicho desdoblamiento, a partir del cual es cuando se empieza a hablar del proceso acusatorio formal o mixto, para darnos cuenta de la gravedad que supone el hecho de la inasistencia del Ministerio Fiscal a un proceso en el que no siempre estará personado querellante particular alguno. En este sentido, poco importa, en nuestra opinión, que los hechos objeto de enjuiciamiento sean de poca envergadura, o no. Obsérvese si no cómo incluso en los juicios por faltas privadas -hasta que éstas fueron suprimidas en nuestro país a raíz de la entrada en vigor del Código Penal de 1995- el acusador privado debía concurrir en todo caso, a pesar de que el legislador entendía que en éstos no puede estar personado el Ministerio Fiscal (artículo 963 de la Ley). Con ello ha de quedar claro que el argumento aducido por el Tribunal Constitucional relativo a la poca entidad y escaso número de infracciones penales a que afecta la regulación

contenida en el artículo 969.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal carece, a nuestro juicio, de solidez, ya que, por ínfima que sea la índole de los hechos a enjuiciar, ello no justifica la reunión en un solo órgano de las funciones de acusación y enjuiciamiento, como de hecho sucede en la actual regulación de nuestro juicio de faltas⁴⁴².

Por estos motivos citados, creemos que, una vez confirmada –como así hace también la jurisprudencia de nuestro país- la vigencia del principio acusatorio en el juicio de faltas, el siguiente paso a dar consistiría en erradicar de la Ley de Enjuiciamiento la posibilidad de inasistencia del Ministerio Fiscal al juicio de faltas actualmente prevista en el artículo 969.2 que venimos comentando. Hecho esto, creemos que no habría inconveniente en afirmar el respeto que la regulación relativa al juicio de faltas guarda por las exigencias que derivan del principio acusatorio.

2. Correlación entre acusación y sentencia. Problemas que se plantean en nuestro proceso penal

Antes de entrar a estudiar las cuestiones que se plantean en cuanto a esta garantía incluida, al menos en parte, en el principio acusatorio y denominada correlación entre acusación y sentencia, conviene recordar que ya en otro lugar de este trabajo nos inclinábamos por hacer una determinada precisión terminológica en relación con este tema que ahora nos proponemos abordar. Sin perjuicio de la remisión que ya desde aquí hacemos a aquellas líneas⁴⁴³ y conscientes de la no utilización por la doctrina procesalista de la terminología que allí proponíamos, advertiremos que a lo largo de los epígrafes que siguen no sólo se estudiarán supuestos de los que incluíamos en la garantía de la vinculación del órgano jurisdiccional al objeto normativo del proceso. También centraremos

⁴⁴² En el mismo sentido, ARMENTA DEU, Principio acusatorio y derecho penal, cit., pp. 54-58

⁴⁴³ V. II) 2.1.3

nuestra atención en casos propios de la correlación entre acusación y sentencia en el sentido estricto que ya hemos defendido y que, según nuestra propuesta terminológica, no plantearían en verdad problemas en relación con el principio acusatorio y la imparcialidad que éste pretende garantizar, sino que se trataría, si acaso, de supuestos en que se podría generar indefensión si no se ha tenido en cuenta el derecho de la parte a ser informada de la acusación, a contradecirla y, en su caso, a contraprobar.

2.1. Formulación de nuevas calificaciones jurídicas por el órgano jurisdiccional

Vamos a ocuparnos aquí de aquellos supuestos en que, sin llegar a producirse una modificación del objeto del proceso en el sentido técnico o estricto que hemos estudiado, sí se opera una formulación de nuevas calificaciones jurídicas, ya sea porque de la práctica de la prueba que ha tenido lugar en el juicio oral se han constatado determinadas circunstancias fácticas de entidad meramente accidental y que por lo tanto no afectan a lo que es el núcleo de los hechos objeto del proceso, o bien porque, el cambio de calificación se da sin modificación fáctica alguna, por lo que el problema se reduce en este último caso a una cuestión de mera valoración jurídica de unos hechos que permanecen inalterados.

Cuando, durante el desarrollo del juicio oral, se dé la circunstancia de que hayan de formularse nuevas calificaciones jurídicas de los mismos hechos que han constituido el objeto del proceso, habrá de analizarse si dicha alteración en las calificaciones iniciales se ha llevado a cabo con el debido respeto a la garantía de la correlación entre acusación y sentencia.

Hay que tener en cuenta que éste es uno de los casos en que, si de verdad sólo se está procediendo a un cambio de calificación jurídica, es decir, sin alteración alguna de la esencia o núcleo de los hechos –o, en definitiva, de aquello que hemos denominado como hecho en sentido

normativo-, dicho cambio no va a afectar en nada al principio acusatorio, pues los hechos permanecen inalterados. Hasta aquí, la cuestión, así formulada en abstracto, carece de complicación alguna. Las dificultades empiezan precisamente cuando bajamos al terreno de lo concreto y nos proponemos determinar cuándo un cambio de calificación deja de serlo y pasa a convertirse en una alteración sustancial de los hechos iniciales o en un supuesto de introducción de nuevos hechos esenciales en el proceso. En definitiva, cuándo dejamos de estar ante un mero cambio de calificación jurídica para encontrarnos frente a una alteración del objeto del proceso en el sentido técnico que aquí nos interesa y que, en su caso, afectaría o podría llevar aparejada -ahora sí- una vulneración del principio acusatorio⁴⁴⁴.

Como ya se habrá podido observar, muchos de los supuestos que vamos a analizar en este apartado suponen la entrada en el proceso de nuevos hechos, pero en ningún caso se trata de hechos esenciales, sino meramente accidentales o adjetivos, que *por sí solos no podrían conformar el objeto de un proceso independiente*. Pues bien, este último criterio acabado de citar nos servirá de gran ayuda a la hora de delimitar cuándo nos hallamos ante un mero cambio de calificación jurídica y cuándo ante un verdadero cambio o ampliación del objeto originario del proceso. Así, si el nuevo sustrato fáctico que se pretende incluir en el juicio y, posteriormente, en la sentencia está dotado –digámoslo así- de *autonomía*, entonces habremos de concluir que nos hallamos ante un supuesto de entrada de nuevos hechos (esenciales) en el proceso, del cual nos

⁴⁴⁴ Ahora bien, desde este momento hemos de advertir que dicha vulneración acabada de citar solamente tendrá lugar si la alteración de hechos o la introducción de otros nuevos ha sido llevada a cabo por el propio órgano jurisdiccional, pues es fácilmente comprensible que si son las partes las que, por ejemplo, en sus conclusiones definitivas, modifican de modo esencial el material fáctico que constituye el objeto del proceso, no por ello el juez o tribunal enjuiciador deja de ser imparcial, ya que han sido las propias partes las que han alterado o ampliado los hechos objeto de acusación. Otra cosa es que, según el caso, pueda haberse generado indefensión a la parte que se haya visto afectada por el cambio, pero, como ya estudiaremos, tampoco esto último ha de suceder necesariamente.

ocuparemos más adelante⁴⁴⁵. De lo contrario, es decir, cuando no nos sea posible afirmar la existencia de autonomía, estaremos sólo ante un cambio de calificación jurídica o ante una alteración no esencial del objeto del proceso.

Una de las consecuencias prácticas más importantes que cabe extraer de la averiguación de si estamos ante un supuesto u otro es que en el primero de los enunciados, al órgano jurisdiccional le estará absolutamente prohibido introducir los nuevos hechos en el proceso sin incurrir en una vulneración del principio acusatorio; todo lo más podrá, tal y como se expresa la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado en su artículo 52.1 g) 2º, ordenar que se deduzca *"el correspondiente tanto de culpa"*. Por lo tanto, en este caso nos hallaremos ante una verdadera vinculación del órgano jurisdiccional a los hechos (esenciales o normativos) que fueron introducidos por las partes en el proceso.

Por el contrario, cuando las circunstancias o elementos fácticos que el juez se proponga incluir en su sentencia no cumplan un fin distinto que el de resolver con carácter exhaustivo sobre el objeto del proceso que las partes le han presentado, entonces el órgano jurisdiccional no sólo podrá decidir sobre tales circunstancias nuevas, sino que, además, la valoración de las mismas en su sentencia constituirá un deber para él, de acuerdo con el principio de legalidad y también con lo preceptuado en el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

A estas alturas es obvio decir que no se trata de que el propio juez introduzca en el juicio estos nuevos elementos fácticos de carácter adjetivo, sino que los mismos habrán de haber resultado bien de la alegación de hechos formulados por las partes, o bien de la actividad probatoria que haya tenido lugar durante el juicio. Pero, cumplido este requisito, el órgano jurisdiccional puede y *debe* valorar tales circunstancias en su sentencia,

⁴⁴⁵ 2.2

siempre, por supuesto, que haya habido posibilidad de contradicción y que no se genere indefensión a ninguna de las partes.

Hechas estas advertencias, pasamos ya sin más dilación al estudio de la materia objeto de este epígrafe, donde, como se podrá comprobar, nos valdremos de un método más casuístico, entre otros motivos, también para saber si las conclusiones teóricas a las que llegábamos en los capítulos anteriores conservan su valor cuando se aplican a supuestos concretos.

De forma parecida se expresa Gómez Colomer, el cual mantiene que "la única posibilidad de identificar perfectamente el hecho es tomar casuísticamente todos y cada uno de los tipos de la legislación penal, y describir los elementos esenciales de la acción material que los conforman"⁴⁴⁶.

Sin perjuicio de la razón que pueda llevar el citado autor, no queremos renunciar a formular un criterio general que sirva para solucionar los distintos supuestos problemáticos que se puedan dar en la práctica, si bien es cierto que somos conscientes de lo compleja que puede resultar esta tarea. Sin embargo, y por otro lado, también creemos que la idea de resolver caso por caso, partiendo de los distintos tipos penales, puede resultar finalmente una tarea no tanto ardua -lo cual, si llevase en todo caso a buen puerto, está claro que no supondría problema alguno-, como, en algunos casos, estéril, pues de tanta concreción es posible que no siempre puedan aplicarse las conclusiones alcanzadas a los nuevos supuestos de hecho que se den en la práctica, siempre tan rica en relación con la aportación de nuevos detalles fácticos.

Sin embargo, y como ya adelantábamos en líneas anteriores, sí nos parece conveniente valernos de una cierta casuística con el objeto de constatar la corrección de las conclusiones alcanzadas.

⁴⁴⁶ Derecho Jurisdiccional, cit., t. III, p. 106

2.1.1. La formulación de nuevas calificaciones jurídicas por el órgano jurisdiccional en el proceso ordinario por delitos graves

La regulación que recibe el tema objeto de nuestra atención en este proceso es la más antigua y, podríamos decir también, problemática, pues creemos poder afirmar que en ella tiene origen el mal entendimiento que ha existido en nuestro proceso penal en relación con el principio acusatorio⁴⁴⁷. Como es bien sabido, estamos haciendo referencia a la norma contenida en el artículo 733 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que se expresa como sigue:

Si juzgando por el resultado de las pruebas entendiase el Tribunal que el hecho justiciable ha sido calificado con manifiesto error, podrá el Presidente emplear la siguiente fórmula:

"Sin que sea visto prejuzgar el fallo definitivo sobre las conclusiones de la acusación y la defensa, el Tribunal desea que el Fiscal y los defensores del procesado (o los defensores de las partes cuando fuesen varias) le ilustren acerca de si el hecho justiciable constituye el delito de ... o si existe la circunstancia eximente de responsabilidad a que se refiere el núm. ... del artículo ... del Código Penal".

Esta facultad excepcional, de que el Tribunal usará con moderación, no se extiende a las causas por delitos que sólo pueden perseguirse a instancia de parte, ni tampoco es aplicable a los errores que hayan podido cometerse en los escritos de calificación, así respecto a la apreciación de las circunstancias atenuantes y agravantes, como en cuanto a la participación de cada uno de los procesados en la ejecución del delito público que sea materia de juicio.

Si el Fiscal o cualquiera de los defensores de las partes indicaren que no están suficientemente preparados para discutir la cuestión propuesta por el Presidente, se suspenderá la sesión hasta el siguiente día.

⁴⁴⁷ Esta circunstancia, que tiene mucho que ver con el hecho de que la regulación del proceso ordinario por delito goce del carácter de derecho supletorio, nos llevará, cuando tratemos el proceso abreviado y aquél que tiene lugar ante el Tribunal del Jurado, a obligadas remisiones internas a este epígrafe que ahora tratamos, ya que la gran mayoría de las cuestiones que se traten aquí van a ser también de aplicación en los demás procesos acabados de citar.

Además, la norma contenida en este precepto que comentamos, ha de ser puesta en relación con el artículo 851, 4^o⁴⁴⁸, el cual, al hilo de la regulación del recurso de casación penal, ha contribuido a dar al principio acusatorio y a la correlación entre acusación y sentencia un contenido, en nuestra opinión, equivocado. El citado precepto dice así:

"Podrá también interponerse el recurso de casación por la misma causa [está haciendo referencia al quebrantamiento de forma]:

[...]

4º Cuando se pene un delito más grave que el que haya sido objeto de la acusación, y el Tribunal no hubiere procedido previamente como determina el artículo 733."

No nos parece exagerado afirmar que la literalidad del artículo 733 ya no tiene nada que ver con la interpretación que la jurisprudencia lleva a cabo del mismo⁴⁴⁹, debido en gran medida a la promulgación y entrada en vigor de la Constitución española de 1978. Este hito, por un lado, dio lugar a reformas significativas en la fase de instrucción de nuestro proceso penal, como fue la promulgada por la Ley 53/1978, de 4 de diciembre⁴⁵⁰, cuya característica esencial consistió en llevar el derecho de defensa a la fase de instrucción⁴⁵¹, la cual hasta ese momento estaba informada por el principio inquisitivo; por otro lado, la entrada en vigor de nuestra Ley Fundamental trajo también consigo ulteriores doctrinas jurisprudenciales del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo⁴⁵², los cuales han dado a

⁴⁴⁸ Para la fundamentación histórica de estos dos preceptos, v. GIMENO SENDRA, *Derecho Procesal Penal*, cit., p. 85.

⁴⁴⁹ En el mismo sentido se expresa ALMAGRO NOSETE, José, "El objeto del proceso penal abreviado", en *El nuevo Proceso Penal. Estudios sobre la Ley Orgánica 7/1988*, (con Moreno Catena, Cortés Domínguez y Gimeno Sendra), Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, p. 136, afirmando que la virtualidad del precepto que nos ocupa "ha sido reducida y prácticamente anulada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo".

⁴⁵⁰ Ley esta que, si bien es de fecha anterior a la propia Constitución, se hace imposible negar su vinculación con ella.

⁴⁵¹ V. sobre todo el contenido del art. 118 de la LECr.

⁴⁵² En el mismo sentido se expresa la STS de 4 de noviembre de 1986 (RA: 6.241).

determinados preceptos de dudosa constitucionalidad incluidos en nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal una interpretación respetuosa con los derechos y garantías consagrados en la Constitución, concretamente, y por lo que a nosotros nos interesa, en el artículo 24 de la misma.

Es necesario recordar una vez más que, en rigor, el precepto contenido en el artículo 733 no tiene por objeto la regulación del principio acusatorio, ya que las posibles modificaciones que la citada norma prevé no son de carácter esencial, sino que comprenden meros cambios de calificaciones jurídicas o alteraciones de aspectos fácticos de carácter puramente accidental, que dejan intacto el núcleo esencial del hecho objeto del proceso. Por lo tanto, lo único que se pretende salvaguardar con esta previsión es el derecho a ser informado de la acusación para, a su vez, poder cumplir con los postulados del principio de contradicción. Además de esto, conviene recordar que, a pesar de lo que a primera vista pudiera pensarse, en algunos supuestos no sólo bastará con poder contradecir la nueva tesis propuesta por el tribunal, sino que habrá casos en que pueda surgir la necesidad de practicar alguna nueva prueba. Y es que, si bien hemos dicho que en ocasiones se trata de meros cambios en la calificación jurídica, también aludíamos a supuestos en que podían introducirse alteraciones fácticas no sustanciales, las cuales podrán requerir para una defensa apropiada la práctica de nueva prueba.

Pero pasemos ya a ver cuáles son los supuestos en que el órgano jurisdiccional deberá hacer previo uso del llamado "*planteamiento de la tesis*" del artículo 733 para poder introducir en su sentencia las modificaciones que, tras la práctica de la prueba, crea necesario llevar a cabo.

2.1.1.1. Apreciación de oficio de circunstancias agravantes

Una de las cuestiones en que quizá resulte más patente lo afirmado en el epígrafe anterior es la relativa a la apreciación por el órgano jurisdiccional de circunstancias agravantes. Antes de la entrada en vigor de la Constitución e incluso algunos años después, según reiterada doctrina jurisprudencial de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, no era necesario que el juez o tribunal plantease la tesis del artículo 733 para poder apreciar en su sentencia la concurrencia de alguna circunstancia agravante de carácter genérico⁴⁵³, pues se entendía que tal forma de proceder sólo se exigía en los casos de circunstancias agravantes específicas o que diesen lugar a subtipos penales agravados⁴⁵⁴. Esta solución se entiende si se pone en relación con lo establecido en el artículo 851,4º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que habla de "*cuando se pene un delito más grave...*"⁴⁵⁵. Por este motivo, como la apreciación de una circunstancia agravante genérica no supone, al menos literalmente hablando, un delito

⁴⁵³ V., entre otras muchas, las SSTs de 23 de junio de 1979 (RA: 2.768) y de 3 de abril de 1982 (RA: 2.071), que afirma claramente: "es doctrina Jurisprudencial muy reiterada que en los supuestos de que, aún sin proposición, de los hechos declarados probados en la sentencia, aparecieren todos los requisitos exigidos para la estimación de determinada circunstancia modificativa de la responsabilidad, el Tribunal sentenciador, de oficio, viene facultado a aplicar estas circunstancias accidentales sin necesidad de plantear la tesis del art. 733 de la L. E. Crim."

⁴⁵⁴ STS de 20 de marzo de 1990 (RA: 2.573), que resume muy claramente esta evolución, afirmando que "a diferencia de lo que ocurría en el ámbito jurisprudencial con anterioridad a la entrada en vigor de la Constitución en el que únicamente se exigía que el Tribunal tuviese que acudir a lo dispuesto en el artículo 733 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para poder apreciar la concurrencia de agravantes específicas o creadoras de subtipos penales que no hubiesen sido objeto de acusación, pero no así para las genéricas que podían ser apreciadas libremente en aplicación de lo dispuesto en el párrafo segundo mentado artículo, con posterioridad a la publicación del Texto Constitucional y en aplicación de lo dispuesto en el artículo 24 que conectando el principio acusatorio con el de interdicción de toda posibilidad de indefensión, se extendió, por este Tribunal, la necesidad de plantear la tesis del precitado artículo 733 a las agravantes genéricas..." (*sic*).

⁴⁵⁵ De la misma manera lo explica ORTELLS RAMOS, "Correlación entre acusación...", cit., p. 534.

más grave, el Tribunal Supremo entendió en su día que no era necesario el planteamiento de la tesis del artículo 733⁴⁵⁶.

Sin embargo, en la actualidad y sobre todo a partir de una Sentencia del Tribunal Supremo del año 1986⁴⁵⁷ que ha sido ratificada en múltiples ocasiones posteriores, el citado Tribunal exige como requisito previo a la apreciación de circunstancias agravantes –ya sean genéricas o específicas– no pedidas por la acusación, el planteamiento de la tesis a que se refiere el artículo 733 de nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal⁴⁵⁸.

Por lo que respecta a la regulación alemana, en un primer momento podría parecer que el § 265 II de la *Strafprozessordnung* también atribuye un tratamiento distinto a este tema de la apreciación de oficio de circunstancias agravantes, según éstas sean de carácter genérico o específico, ya que habla expresamente de "circunstancias especialmente previstas en el Código penal...". Sin embargo, creemos que esta redacción citada responde a una causa muy distinta, cual es la de no haber previsto el Código penal alemán, a diferencia de lo que sucede en el nuestro, circunstancia agravante de carácter genérico alguna, por lo cual, como se comprenderá, resulta obvia la alusión al carácter especial de las agravantes.

Sin duda alguna, la solución acogida por nuestra jurisprudencia postconstitucional es la que nos parece más acertada, ya que, tras la entrada en vigor de nuestra Carta Magna y según establece su propia Disposición Derogatoria 3ª -"*[a]simismo quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en esta Constitución*"-, sólo cabe entender que el

⁴⁵⁶ Obsérvese sin embargo, tal y como señala ORTELLS RAMOS, "Correlación entre acusación...", cit., p. 536 al comentar la nueva línea jurisprudencial seguida por el TS tras la entrada en vigor de la Constitución y la necesaria interpretación de nuestra LECr. de acuerdo con los principios y garantías previstos en aquélla, que la inclusión de una agravante, a efectos prácticos de duración de la pena, puede traer consigo consecuencias más graves para el acusado que si se pena por un delito más grave.

⁴⁵⁷ STS de 4 de noviembre de 1986 (RA: 6.241)

⁴⁵⁸ Sin embargo, también hay Sentencias, como la de 16 de julio de 1990 (RA: 6.714), en que se parte de la afirmación de que las agravantes habrán de ser siempre solicitadas de forma clara por la acusación.

párrafo 3º del tan citado artículo 733 ha quedado abrogado en relación con la apreciación de circunstancias agravantes. Además de esto, también el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse sobre esta cuestión⁴⁵⁹, ratificándose en la doctrina sentada previamente por el Tribunal Supremo y sin necesidad de declarar la inconstitucionalidad del precepto, ya que al ser éste preconstitucional, dicha declaración está de más, pues, tal y como sucedió en este caso, el órgano jurisdiccional lo que habrá de hacer es inaplicar automáticamente el precepto.

Sin embargo, y a pesar de lo dicho hasta aquí, existen algunas sentencias⁴⁶⁰ que parecen entender –en nuestra opinión incorrectamente– que el párrafo tercero del artículo 733 se refiere a que, ni siquiera planteando el Tribunal a las partes la posible apreciación de una circunstancia agravante, le será a éste lícita su inclusión en la sentencia que dicte. Esta segunda interpretación que, a simple vista, nos podría parecer más garantista y por eso quizá también más atractiva, atenta contra el deber del órgano jurisdiccional de enjuiciar de forma exhaustiva los hechos que las partes le sometan. Por este motivo es de aplaudir que nuestra jurisprudencia al menos no haya acogido esta última vía interpretativa como doctrina general.

Una vez constatado el acierto de la doctrina del Tribunal Supremo que hemos citado en primer lugar en cuanto a este tema, hemos de señalar también que, a nuestro juicio y en contra de lo afirmado tanto por el Tribunal Supremo⁴⁶¹ como por el Tribunal Constitucional⁴⁶², la posibilidad de apreciación de oficio de circunstancias agravantes, no se trata en

⁴⁵⁹ STC 205/1989, de 11 de diciembre

⁴⁶⁰ SSTs de 17 de junio de 1989 (RA:5.147); 19 de diciembre de 1989 (RA: 9.629); 5 de marzo de 1990 (RA: 2.390). En el mismo sentido en cuanto a esta línea jurisprudencial citada en segundo lugar, v. ORTELLS RAMOS, "Correlación entre acusación...", cit., p. 541, que califica esta opción de "interpretación subjetivista del art. 733".

⁴⁶¹ A modo de ejemplo, v. STS de 27 de noviembre de 1991 (RA: 8.695).

⁴⁶² STC 205/1989, de 11 de diciembre, FJ 2º

realidad de un problema en que se pudiera ver vulnerado el principio acusatorio⁴⁶³. Insistimos en que, como consecuencia del deber de conocimiento exhaustivo que pesa sobre el órgano jurisdiccional y que trae también consigo la característica de la indivisibilidad, propia del objeto del proceso penal, aquél debe conocer y resolver sobre la totalidad del objeto del proceso que las partes le hayan planteado y si de la práctica de la prueba se desprende la concurrencia de alguna circunstancia agravante, el juez, previa información a las partes, habrá de incluirla en su resolución.

Ya en su momento⁴⁶⁴ hacíamos alusión a una serie de elementos fácticos, o hechos si se quiere, de carácter meramente adjetivo o accidental. Pues bien, llegados ahora a un plano más concreto, nos inclinamos por entender que en el caso de las circunstancias agravantes, y aquí hay que precisar que nos referimos tanto a las genéricas, a las específicas, como a aquellas cuya afirmación traiga consigo la existencia de un subtipo agravado, nos hallamos ante lo que denominábamos como un elemento fáctico de carácter adjetivo, que, recordemos lo ya dicho, eran precisamente aquéllos que podían ser traídos por el órgano jurisdiccional a la sentencia sin que con ello se vea afectado el principio acusatorio. Por lo tanto, es importante matizar lo siguiente: este tipo de hecho puede ser introducido por el juez en su sentencia, pero no en el proceso, al cual habrá tenido que llegar a través de la correspondiente alegación que al respecto hayan efectuado las partes o por la existencia de alguna fuente de prueba en este sentido.

⁴⁶³ V. sin embargo también la STS de 26 de noviembre de 1999 (RA: 8.722) en la que se aprecia la existencia de un subtipo agravado (cantidad de notoria importancia en el delito de tráfico de drogas), sin que, a nuestro juicio correctamente, se haga alusión alguna al principio acusatorio, lo cual puede considerarse como excepcional en el marco de la doctrina seguida habitualmente por el Tribunal Supremo en relación con este tema.

⁴⁶⁴ V. I) 2.2.1.2

Por este motivo entendemos que si el juez o tribunal resuelve apreciar la concurrencia de una circunstancia agravante no alegada por las partes, no se estará infringiendo en modo alguno el principio acusatorio, pues con esta forma de proceder el órgano jurisdiccional no incurre en parcialidad, sino que se limita a cumplir su deber de sumisión a la ley. Por ello, con el planteamiento de la tesis del artículo 733, lo que se pretende es evitar que el acusado se encuentre con que el juez, en su sentencia, aprecie circunstancias que, además de desfavorables, le sean sorprendidas a causa de su no inclusión en los escritos de acusación. En consecuencia, nada tiene que ver el citado precepto con el principio acusatorio, sino con la prohibición de indefensión y con el derecho a ser informado de la acusación.

En el § 265 II de la Ordenanza Procesal Penal alemana también se contiene la solución que aquí propugnamos, al establecerse que "habrá de procederse de la misma manera (se refiere a lo establecido en el párrafo I del mismo parágrafo, es decir y según nuestra terminología, al planteamiento de la tesis) cuando del juicio resulten circunstancias previstas especialmente en el Código penal que aumenten la pena...". Ni la literalidad de este precepto citado, ni tampoco los comentarios sobre el mismo hacen alusión alguna al principio acusatorio, sino que aquél sólo es relacionado con la necesidad de evitar acusaciones sorprendidas⁴⁶⁵.

Por consiguiente, hemos de concluir afirmando que las circunstancias agravantes, por sí solas, no tienen autonomía, que es el criterio que, a nuestro juicio, resulta decisivo para saber si nos hallamos ante un mero cambio de calificación jurídica o si, por el contrario, se trata

⁴⁶⁵ Antes al contrario, KLEINKNECHT, StPO, cit., § 155, marg. 1, señala que el principio acusatorio se ve complementado con los deberes del tribunal de tratamiento exhaustivo de la acusación, pero también con el de no excederse de aquélla; ROXIN, Strafverfahrensrecht, cit., p. 354, (§ 46, marg. 6), afirma que el tribunal tiene el derecho y el deber de examinar de oficio el hecho desde todos los puntos de vista jurídicos.

de un nuevo objeto del proceso; pues bien, como decíamos, las circunstancias agravantes no tienen autonomía para dar lugar por sí solas a un nuevo proceso, ya que van indisolublemente unidas al hecho principal por el que se procede, de forma tal que, si el juez no las incluye en su decisión, ya luego no podrá procederse por ellas. Y este es el motivo fundamental por el que mantenemos que, si del juicio se desprende la concurrencia de alguna agravante, no se trata entonces de cuestionarnos si al órgano jurisdiccional le está permitido introducirla en su sentencia o no, pues tal inclusión constituye un deber inherente al ejercicio de la potestad jurisdiccional que detenta.

Tras la crítica parcial que hemos hecho a la jurisprudencia en relación con este tema, es posible que se haya planteado el siguiente interrogante: ¿y qué más da, a efectos prácticos –los cuales, en definitiva, son los que nos interesan-, si lo que se vulnera es el principio acusatorio o, por el contrario y como aquí hemos propugnado, el derecho de defensa? Pues bien, si fijamos la atención en los efectos que tal distinción pudiera acarrear en relación con una posible y ulterior impugnación, es cierto que la diferenciación carecería de sentido alguno, al menos actualmente, ya que la jurisprudencia, tanto del Tribunal Supremo como del Tribunal Constitucional, reconduce todo el problema a que, efectivamente, se hubiera causado indefensión a raíz de la falta de correlación que pueda darse entre la acusación y la sentencia. No se hace referencia, por lo tanto, a si el órgano jurisdiccional ha incurrido en parcialidad, sino que directamente se lleva el problema por la vía de la indefensión. En este sentido, como ya adelantábamos, la distinción efectuada por nosotros con tanta insistencia, carecería de finalidad alguna.

Pero si abordamos la cuestión teniendo en cuenta un momento previo y desde la perspectiva de si al órgano jurisdiccional, de oficio, y por lo tanto sin que las partes lo hayan previsto en sus escritos de calificaciones,

le está permitido introducir dichos elementos fácticos en la resolución que dicte, observamos que desde este ángulo es cuando cobra importancia la diferenciación que aquí postulamos. Así, si al juez o tribunal no le estuviese autorizada tal inclusión, entonces, aun cumpliendo con las exigencias que derivan del derecho a ser informado de la acusación y que pretenden evitar posibles indefensiones, se habría producido en cualquier caso una infracción del derecho al juez imparcial. Sin embargo, no es este el caso cuando, como aquí, se trata de la apreciación de oficio de circunstancias agravantes cuya concurrencia se ha puesto de relieve a lo largo de la celebración del juicio oral.

2.1.1.2. Apreciación de oficio de circunstancias eximentes y atenuantes

Antes de entrar en el estudio de esta cuestión, conviene tener siempre presente el carácter excepcional que presenta la institución de la conformidad en relación con el principio acusatorio y la correlación entre acusación y sentencia. Por ello, sirva esta advertencia como mero recordatorio de los matices que, derivados del carácter excepcional de la citada institución, conviene realizar en relación con algunas de las afirmaciones que a partir de ahora formularemos. Todo ello, claro está, sin perjuicio del tratamiento específico que de tal institución llevaremos a cabo más adelante, aunque sólo en tanto en cuanto ésta pueda estar relacionada con el tema objeto de este trabajo.

En este epígrafe hemos de proceder a plantearnos dos problemas fácilmente diferenciables. Por un lado, el que surge cuando cualquiera de las partes, ya sean las acusadoras o las acusadas, han alegado la concurrencia en los hechos objeto de enjuiciamiento de una circunstancia eximente o atenuante y el órgano jurisdiccional no la aprecia en su sentencia. Y por otro lado, nos preguntaremos si es necesario que las partes en el proceso afirmen previamente la existencia de las circunstancias que

aquí estudiamos para que el juez o tribunal pueda introducirlas en la sentencia que dicte o si, por el contrario, cabe su apreciación de oficio y *ex novo*.

En cuanto a la solución de la *primera cuestión* planteada, ésta no ofrece en realidad grandes problemas. Como es sabido, el deber de congruencia en el ámbito del proceso penal presenta diferencias respecto a lo que rige en el proceso civil, en concreto y por lo que en este momento nos interesa, en relación con la determinación del límite inferior del deber de correlación. La divergencia consiste, precisamente, en la no existencia de tal límite, ya que el órgano jurisdiccional no queda vinculado por las alegaciones de la defensa, ni tampoco por aquéllas de contenido favorable que haya podido mantener la acusación⁴⁶⁶, por lo que, si entiende que de la práctica de la prueba no se desprende la concurrencia de las circunstancias, eximentes o atenuantes, alegadas por las partes, no sólo es que pueda, sino que incluso, a tenor del artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, es su deber fallar en consecuencia. Sin embargo, y si bien es cierto que hay sentencias del Tribunal Supremo que se expresan en el sentido que acabamos de indicar, no lo es menos que éste no es siempre el caso y un buen exponente de ello es la Sentencia de 18 de febrero de 1999⁴⁶⁷, que se expresa como sigue:

"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

⁴⁶⁶ STS de 19 de diciembre de 1989 (RA:9.629): "nada obsta para que el Tribunal pueda estimar que no concurren las circunstancias atenuantes que hubieren sido alegadas por cualquiera de las partes e imponga la procedente al no concurrir las invocadas circunstancias modificativas de la responsabilidad".

⁴⁶⁷ RA: 1.175, FJ 2º

*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*⁴⁶⁸.

Esta concepción del acusatorio como principio del cual deriva tan estricta correlación entre acusación y sentencia nos parece claramente insostenible. El citado principio lo que pretende evitar es la confusión entre la función enjuiciadora y la acusadora en el sentido de que el órgano jurisdiccional sentenciador no se convierta a la vez en órgano de la acusación. Pues bien, la sentencia que ahora es objeto de nuestra crítica, a fuerza de desbordar el verdadero contenido del principio acusatorio, consigue precisamente un efecto equiparable, aunque a la inversa, a aquél que en verdad se pretende evitar, ya que esta errónea concepción del principio acusatorio y de su garantía de correlación entre acusación y sentencia trae consigo la confusión entre las dos funciones que antes citábamos, pero no porque se produzca un acercamiento desde el juez o tribunal a la acusación, sino porque, antes al contrario, se atribuyen a la acusación funciones que en realidad son de carácter puramente jurisdiccional⁴⁶⁹.

⁴⁶⁸ Lo mantenido en esta sentencia recuerda bastante a las consecuencias que se atribuyen en el ámbito del proceso civil a la admisión por una de las partes de hechos que a ella misma perjudican. Por ese motivo tales hechos dejan de ser controvertidos, por lo que quedan excluidos del objeto de la prueba. Creemos que esta no puede ser la solución correcta para el proceso penal, debido a la diferencia de principios que rigen en éste. En la misma línea censurable parece expresarse también la STS de 28 de diciembre de 2000 (RA: 257), en la cual se mantiene que se ha vulnerado el principio acusatorio porque el Fiscal había solicitado en sus escritos la aplicación de una eximente incompleta y el órgano jurisdiccional de la instancia sólo apreció la concurrencia de una atenuante incompleta. Sin embargo, creemos que el único problema en este último caso viene dado porque el tribunal no hizo uso de la posibilidad prevista en el art. 733 LECr., por lo que el cambio puede haber generado indefensión.

⁴⁶⁹ Está de acuerdo con lo aquí dicho la STS de 19 de diciembre de 1989 (RA: 9.629), según la cual, "ni los principios de acusación y de congruencia ni el absoluto repudio de la indefensión, justifican el encorsetamiento de la resolución judicial hasta el punto de tener que ceñirse absolutamente a los términos de la acusación, lo que

Además, otra forma de comprender que esta vinculación tan estricta no puede ser correcta es la de observar el problema desde el ángulo contrario al que ahora nos ocupa, es decir, que en vez de prestar atención a las circunstancias eximentes o atenuantes, nos centremos en las agravantes con el fin de determinar si el órgano jurisdiccional ha de apreciar necesariamente en su sentencia las que las partes hayan alegado. De esta forma queda también claro que el juez o tribunal no puede quedar vinculado, por ejemplo, por la petición de alguna agravante que hayan hecho las partes, pues, obviamente, dicha circunstancia sólo podrá ser apreciada en la sentencia si el órgano decisor ha adquirido la necesaria convicción al respecto tras la correspondiente práctica de la prueba.

Un problema distinto lo constituiría el que en la sentencia no se hubiera hecho alusión alguna a circunstancias atenuantes o eximentes que hubiesen sido solicitadas por las partes y éstas procedan a su impugnación a través de la vía que concede el artículo 851,3º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que se refiere a la posibilidad de interponer recurso de casación por quebrantamiento de forma "*cuando no se resuelva en ella (la sentencia) sobre todos los puntos que hayan sido objeto de la acusación y defensa*". Pero esta posibilidad, como ya decíamos, constituye una cuestión distinta, pues aquí en realidad estaríamos ante una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24.1 de la Constitución, debido a la falta de resolución sobre el aspecto concreto. Se trata por lo tanto de una omisión de resolución, mientras que lo que nosotros nos estamos planteando en estas líneas es la cuestión relativa no ya a la resolución -da igual el sentido de ésta- sobre una circunstancia eximente o atenuante alegada por las partes, sino, dando incluso un paso

equivaldría, prácticamente, a atribuir facultades decisorias a un órgano distinto de aquél al que vienen atribuidas por la Ley."

más, a la necesidad de su estimación en todo caso, por el mero hecho de haber sido alegadas.

La *segunda cuestión* que planteábamos, recordemos, consistía en estudiar si el juez, de oficio, podía apreciar circunstancias eximentes y/o atenuantes que no hubieran sido alegadas por las partes, pero cuya concurrencia se desprendiera de la actividad probatoria practicada en el juicio.

Así, lo primero que debemos tener en cuenta es lo prescrito en el artículo 733 en relación con la apreciación de tales circunstancias. Por lo allí dicho y en cuanto a las eximentes, no se plantea problema alguno, pues se trata precisamente de uno de los supuestos previstos de forma expresa en la norma citada. Por lo tanto, debe concluirse al respecto, que el órgano jurisdiccional podrá declarar de oficio en su sentencia la existencia de circunstancias eximentes⁴⁷⁰. Ahora bien, para ello y como requisito previo, habrá de informar a las partes de su intención de aplicar la eximente no alegada por ellas⁴⁷¹. Así, como el principio de contradicción debe ser preservado en las dos direcciones, es decir, tanto en relación con la defensa como en cuanto a la acusación⁴⁷², el artículo 733, muy acertadamente⁴⁷³,

⁴⁷⁰ En este sentido también GARBERÍ LLOBREGAT, José, "Formación y contenidos del 'objeto del veredicto' en la nueva Ley Orgánica del Tribunal del Jurado", en LA LEY 1996-3, p. 1.433; asimismo la SAP de Santa Cruz de Tenerife de 5 de marzo de 2001 (Ref. LA LEY-Canarias: 3.684), en la que se aprecia de oficio la eximente de legítima defensa, si bien sólo de forma incompleta.

⁴⁷¹ Además, el art. 790.3 de la LECr. nos ofrece un argumento más a favor de la solución que aquí mantenemos, ya que en él, como bien indica ASECIO MELLADO, Principio acusatorio..., cit., p. 130, se plasma la necesidad de abrir el juicio oral, precisamente para garantizar la contradicción, en los casos en que eventualmente sean de aplicación eximentes que puedan traer consigo la imposición de alguna medida de seguridad. Pues bien, si para ello ha establecido nuestra LECr. en el marco del proceso abreviado dicha necesidad de apertura del juicio oral, creemos que tanto más necesario será -entre otras cosas porque comporta un esfuerzo mucho menor desde la perspectiva del principio de economía procesal- proceder a la ilustración por parte del órgano jurisdiccional haciendo uso de la vía prevista en el art. 733, si bien en contra del contenido literal del citado precepto.

⁴⁷² En este sentido se expresan también, entre otras muchas, las SSTC 4/1982, de 8 de febrero y 193/1991, de 14 de octubre.

garantiza también este carácter que podríamos denominar *bidireccional* del aforismo *audiatur et altera pars*.

Una cuestión que, en cierta manera, matizaría lo acabado de decir es la que podría derivarse de la desafortunada doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo consistente en la necesidad de que las partes asuman previamente como propia la nueva tesis propuesta por el tribunal. Sin embargo, si bien esta doctrina es clara en cuanto a la asunción por las partes de las nuevas tesis calificadoras, no hemos encontrado ninguna sentencia que exija que las partes asuman la circunstancia eximente planteada por el órgano jurisdiccional. A pesar de ello, creemos que tal exigencia ha de entenderse totalmente superflua, pues recorta el contenido de la potestad jurisdiccional hasta límites inaceptables en el sentido de que el tribunal, en contra de la convicción a que ha llegado en virtud de lo actuado durante el juicio, se vería obligado a dejar de lado la aplicación de una norma de derecho material que ha propuesto a través de la vía del planteamiento de la tesis del artículo 733 y de cuya necesaria aplicación al supuesto de hecho está convencido.

Y por lo que se refiere a las circunstancias atenuantes, aquí la cuestión ha de resolverse por vía interpretativa, ya que, al contrario de lo que vimos sucedía en relación con las eximentes, la posibilidad de apreciación de oficio no está prevista expresamente en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Aun así, creemos que tal posibilidad no ofrece mayores problemas, pues, tal y como afirma el Tribunal Supremo en su Sentencia de 27 de enero de 1999⁴⁷⁴, *"las atenuantes pueden ser estimadas aunque ninguna parte lo haya solicitado, pues sería absurdo que, por no*

⁴⁷³ Así también lo entienden GÓMEZ ORBANEJA, Comentarios..., cit., p. 294; ORTEGO PÉREZ, Francisco y PICÓ I JUNOY, Joan, "Ámbito de la discrecionalidad judicial en la determinación de la responsabilidad penal", en Revista Jurídica de Cataluña, 1995-3, p. 51; SERRANO HOYO, Gregorio, La prohibición de indefensión..., cit., pp. 225 y 226.

⁴⁷⁴ RA: 483

estar mencionadas en el art. 733 LECrim, se pensara que deben tener un régimen más severo que las eximentes". Hasta aquí estamos totalmente de acuerdo con esta sentencia. Sin embargo, también se afirma en ella que, para la apreciación de circunstancias atenuantes de oficio, no es necesario proponer éstas a las partes por la vía del artículo 733.

Hemos de expresar nuestra discrepancia con respecto a esto último, pues las circunstancias atenuantes son, al igual que las agravantes y las eximentes, elementos fácticos de carácter accidental. Por lo tanto, si bien no pertenecen al núcleo esencial del hecho -luego podrán ser introducidos por el órgano jurisdiccional en la sentencia aunque las partes no los hayan alegado sin que por ello haya infracción del principio acusatorio- sí es necesaria la comunicación a las partes de tal inclusión en la sentencia, salvo que, aun sin tal comunicación, pueda entenderse que aquéllas hayan tenido oportunidad de contradicción suficiente durante la celebración del juicio. Consecuentemente, en nuestra opinión, la apreciación de oficio de circunstancias atenuantes también debe ser precedida por el planteamiento jurisdiccional de la tesis del artículo 733. Somos conscientes de que esta opinión sólo es sostenible llevando a cabo una interpretación *contra legem* del citado precepto, pues, como es sabido, el mismo mantiene expresamente su no aplicabilidad a los errores que puedan contenerse en los escritos de calificación respecto, entre otros, a la apreciación de circunstancias atenuantes y agravantes. Sin embargo, si es que la interpretación *contra legem* fuera susceptible de graduación, más contrario a la ley nos parece aún que el Tribunal Supremo viniese entendiendo hasta la entrada en vigor de la Constitución de 1978 que el tribunal podía apreciar circunstancias agravantes genéricas sin necesidad siquiera de acudir a la vía que ofrece el artículo 733. Creemos que esta no podía ser en ningún caso la voluntad del legislador y ello se desprende de la propia coherencia interna del citado precepto, al afirmar que el mismo no se

aplicará a *"las causas por delitos que sólo puedan perseguirse a instancia de parte"*. Pues bien, si la propia Ley establece la inaplicabilidad del 733 a este tipo de delitos, esto significará que los supuestos excluidos del ámbito de aplicación del 733 no podrán ser apreciados en ningún caso de oficio, sino que habrán de ser siempre introducidos en la sentencia si ha habido al respecto instancia de parte. Lo dicho se entenderá fácilmente si se reflexiona acerca de la naturaleza de tales tipos delictivos.

En nuestra opinión, esta es la única interpretación del precepto acorde con la lógica, ya que no cabe entender que la no aplicación del planteamiento de la tesis jurisdiccional a determinados supuestos, sobre todo el relativo a los delitos que sólo son perseguibles a instancia de parte, signifique que el órgano jurisdiccional pueda apreciar tales aspectos de oficio, sin siquiera informar a las partes sobre tales cambios. Esto último carecería de toda lógica, pues no es posible que en los delitos perseguibles de oficio, respecto a los cuales se entiende que el Estado está dotado de mayores poderes para su eficaz persecución, el tribunal se vea obligado a proponer su nueva tesis calificadora a las partes, mientras que en aquéllos sólo perseguibles a instancia de parte, el cambio de calificación por parte del órgano jurisdiccional proceda sin necesidad de comunicación alguna.

En cuanto a las vías de impugnación en estos supuestos, hay que tener en cuenta que contra la sentencia que aprecie indebidamente circunstancias eximentes o atenuantes no cabe interponer el recurso de casación por quebrantamiento de forma previsto en el artículo 851,4º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pues a causa de esta apreciación, supuestamente indebida, no se está penando un delito más grave. Por lo tanto, sólo cabría recurrir bien por la vía de infracción de ley del artículo 849,1º, por aplicación indebida del precepto material en que esté contenida la circunstancia eximente o atenuante de que se trate, o bien, tal y como

mantiene Ortells⁴⁷⁵, en caso de infracción de precepto constitucional, por la vía prevista en el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial⁴⁷⁶.

2.1.1.3. Apreciación de oficio de nuevas formas de participación. Especial referencia al encubrimiento

El mismo problema interpretativo al que aludíamos en el epígrafe anterior vuelve a plantearse con respecto a la apreciación por el órgano jurisdiccional de nuevas formas de participación, pues el artículo 733 también excluye expresamente la posibilidad de que el tribunal, previo planteamiento de la tesis, pueda incluir en la sentencia formas de participación distintas de las previstas por las partes en sus escritos de calificación. Siendo ello así, si acudimos a la jurisprudencia de nuestros Tribunales recaída en relación con este tema, podremos constatar fácilmente cómo, también en cuanto a esta cuestión, la aplicación que se ha hecho del precepto es precisamente la contraria a la que de su propia dicción literal cabría desprenderse.

Según ésta última y aplicando los criterios de la interpretación lógica, creemos que el legislador originariamente quería decir que el órgano jurisdiccional no puede introducir de oficio nuevas formas de participación en la sentencia, ni siquiera aunque previamente proceda a comunicárselo a las partes por la vía prevista en el artículo 733⁴⁷⁷. Sin embargo, como ya hemos adelantado, otra ha sido la interpretación que la jurisprudencia ha llevado a cabo al aplicar el precepto, pues en realidad, lo que mantiene el Tribunal Supremo es que no se podrá elevar de oficio el

⁴⁷⁵ "Principio acusatorio, poderes oficiales...", cit., p. 787

⁴⁷⁶ V. más adelante, 3

⁴⁷⁷ Lo mismo mantiene GÓMEZ ORBANEJA, Comentarios..., cit., t. II, p. 289, el cual afirma también, que "[e]n la práctica, y desde el comienzo mismo, ha sido aplicada en un sentido completamente inverso".

grado de participación de los enjuiciados si ello no se da a conocer antes a las partes, concretamente, a través del planteamiento de la tesis.

Estas últimas líneas resumen la doctrina general del Alto Tribunal en relación con el tema objeto de este epígrafe. De ella pueden extraerse las siguientes conclusiones:

1ª) cuando el órgano enjuiciador pretenda apreciar en la sentencia una forma de participación que implique mayor pena en comparación con la prevista por las partes en sus escritos de calificación, tendrá la obligación de emplear la fórmula contenida en el artículo 733;

2ª) en los demás casos, es decir, cuando el cambio del grado de participación dé lugar a una pena de menor gravedad o mantenga la pedida por la acusación, entiende el Tribunal Supremo que no hará falta que el tribunal acuda a la vía del artículo 733.

Esta doctrina -clara consecuencia del mal entendimiento del principio acusatorio al cual ha dado pie la interpretación conjunta de los artículos 733 y 851,4º de nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal⁴⁷⁸- así aplicada puede dar lugar a situaciones de indefensión. Si acudimos a los artículos 28, 29 y 61 a 63 del Código penal, podremos determinar cuáles son los supuestos concretos en que el órgano jurisdiccional habrá de comunicar el cambio, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Así, la lectura de los citados artículos nos lleva a concluir que tal comunicación a las partes sólo será necesaria cuando se pase de la complicidad prevista en

⁴⁷⁸ Este mal entendimiento, a su vez, tiene origen en lo que, coloquialmente, podríamos denominar como un "constante parcheo" de los textos legales históricos relativos al enjuiciamiento criminal, ya que, en realidad, el art. 851,4º no es otra cosa que el precepto contenido en el art. 868,3º de la Compilación General de 1879 que en su momento fue encargada por el Gobierno a la Comisión General de Codificación y que, posteriormente, sirvió de base a nuestra actual Ley de Enjuiciamiento Criminal. Al citado artículo se le incrustó el siguiente añadido: "si el Tribunal no hubiere procedido previamente como determina el artículo 733". V. también GÓMEZ ORBANEJA, ob. y lug. ult. cit. y, en relación a las referencias de legislación histórica, del mismo autor (con Herce Quemada), Derecho Procesal Penal, 9ª ed., Artes gráficas y ediciones, Madrid, 1981, p. 19.

los escritos de calificaciones a cualquier otro tipo de autoría o participación de los incluidos en el artículo 28 del citado Código material, ya que, según el 63 del mismo texto legal "*[a] los cómplices de un delito consumado o intentado se les impondrá la pena inferior en grado a la fijada por la Ley para los autores del mismo delito*". En todos los demás casos del artículo 28 se responderá en calidad de autor (artículo 62 del Código penal).

Como íbamos diciendo, esta doctrina jurisprudencial seguida por el Tribunal Supremo puede dar lugar a situaciones de indefensión, pues, como fácilmente se imaginará y a modo de ejemplo, no es lo mismo defenderse cuando se es acusado como autor inmediato que cuando se afirma la intervención en los hechos como inductor o, incluso y aunque aquí la pena a aplicar sea inferior, como cómplice⁴⁷⁹. En cada uno de estos casos los actos típicos de ejecución del delito serán materialmente distintos y, por ello, un cambio inesperado de uno a otro sería susceptible de generar indefensión, con independencia de que la nueva pena a aplicar resulte ser inferior.

El error, en nuestra opinión, se debe a dos motivos: en primer lugar y como ya viene siendo habitual, por relacionar el contenido de los citados artículos 733 y 851,4º con las exigencias que derivan del principio acusatorio, y ello a pesar de la frecuencia con que en nuestra doctrina científica se ha reiterado que, en realidad, la regulación contenida en tales preceptos trae causa de la necesaria protección del principio de contradicción y del derecho, lógicamente previo, a ser informado de la

⁴⁷⁹ V. la STS de 29 de abril de 1996 (RA: 4545), que afirma: "Si la sentencia condena al señor G. Y. como cómplice de la apropiación indebida -lo que genera una menor responsabilidad- no es posible hablar con rigor de infracción del Principio Acusatorio". Es verdad que no es posible hablar de tal infracción del principio acusatorio, pero sí lo sería de una posible indefensión, debido a las diferencias que se pudieran dar en los actos típicos de ejecución del delito. Además, se observa una vez más cómo el Supremo se basa en que la apreciación de complicidad en vez de autoría implica una pena inferior para extraer de esta sola circunstancia la imposibilidad de que el principio acusatorio se haya visto vulnerado.

acusación⁴⁸⁰. En este sentido, ha de entenderse que el artículo 733, a pesar de la "*facultad excepcional*" que brinda al tribunal de plantear una nueva calificación jurídica, parte de la inalterabilidad por aquél del hecho esencial por el que se está procediendo. Por este motivo, hay que tener en cuenta que a través de la vía que ofrece esta norma sólo van a poder modificarse o introducirse nuevas circunstancias fácticas o hechos, sí, pero siempre y cuando éstos sean de carácter meramente adjetivo o accidental. En consecuencia, esta norma no puede constituir excepción alguna al principio acusatorio, entre otras cosas también porque así lo establece el propio legislador en la Exposición de Motivos de la Ley al afirmar que la posibilidad prevista en el artículo 733 "*no altera en rigor la virtualidad del principio acusatorio*".

En segundo lugar, pensamos que el error de interpretación que venimos analizando puede deberse también a lo que podríamos denominar como una falta de coordinación entre el contenido y la finalidad de los dos artículos que venimos citando. En efecto, como ya hemos tenido ocasión de indicar anteriormente⁴⁸¹, ambos fueron previstos para necesidades distintas, no obstante lo cual, posteriormente, el legislador procedió a establecer una conexión entre ellos, sin tener en cuenta las interpretaciones erróneas a que esto podría –y de hecho puede todavía hoy día– dar lugar. Así, en cuanto a la finalidad que el legislador perseguía con el artículo 733, ésta queda clara si acudimos a lo dicho en la Exposición de Motivos de la propia Ley de Enjuiciamiento Criminal en relación con el tan citado precepto. Y respecto al 851,4º, Gimeno Sendra⁴⁸² ha expresado ya muy acertadamente que la existencia del citado precepto se explica en razón del temor que podría

⁴⁸⁰ V., entre otros, GIMENO, Derecho Procesal Penal cit., p. 158; ORTELLS RAMOS, Derecho Jurisdiccional III, (3ª ed.), cit., p. 408; ASECIO MELLADO, Principio acusatorio..., cit., p. 127

⁴⁸¹ V. npp 480

⁴⁸² Derecho Procesal Penal cit., p. 85

originar –y de hecho originaba- en los jurados la posibilidad de que el tribunal impusiese al acusado una pena excesiva si ellos pronunciaban un veredicto de culpabilidad. Por ello, para evitar veredictos absolutorios basados en dicho temor, se introduce el texto del actual artículo 851,4º en la Compilación general de 1879, aunque, obviamente, sin la alusión final al artículo 733, la cual fue introducida posteriormente y con poco acierto por la Ley de Enjuiciamiento Criminal aún vigente, como ya dijimos antes. El propio Gómez Orbaneja tuvo ocasión de denunciar muy claramente las graves consecuencias a que da lugar esta decisión del legislador de relacionar entre sí los dos preceptos, afirmando que "la garantía que [el artículo] 733 ofrece a ésta [se estaba refiriendo a la defensa] queda, en vez de extendida, sumamente limitada. Absolutamente inaplicada la que ofrece a la acusación"⁴⁸³.

Por lo tanto y como ya tuvimos oportunidad de estudiar⁴⁸⁴, creemos que el paso de una modalidad de autoría a otra, a un distinto grado de participación o a la inversa no supone más que la introducción en el proceso y, en definitiva, en la sentencia, de detalles fácticos de carácter meramente accidental, por lo que ningún problema habrá en que el órgano jurisdiccional los introduzca en la resolución que dicte, eso sí, y no nos cansaremos de repetirlo, siempre y cuando se brinde previamente a las partes la posibilidad de contradecir y, en su caso, de contraprobar. Discrepando de la jurisprudencia de nuestros tribunales que venimos citando, creemos que esto debe ser así, incluso cuando el cambio que introduzca el tribunal suponga la imposición de una pena más leve.

⁴⁸³ GÓMEZ ORBANEJA, Comentarios..., t. II, cit., pp. 289-290, donde, además, el autor continúa afirmando que hay otra consecuencia aún más grave "que se deriva de la conexión de esos dos preceptos. Habiendo visto el legislador el punto de gravitación del sistema acusatorio donde no está, en la calificación jurídica y no en el hecho calificado, [...] no impide que al acusado por el hecho A se le puede condenar por el hecho B".

⁴⁸⁴ V. en el capítulo I) 2.2.1.2.2

Esta es también, como no podía ser de otra manera, la solución que la doctrina alemana adopta en cuanto a este tema⁴⁸⁵, si bien de la lectura del § 265 de la Ordenanza Procesal Penal pudiera haberse entendido lo contrario, ya que en él no se hace referencia por ningún lado a los cambios que el tribunal pueda efectuar en relación con las formas de autoría y participación. Sin embargo, creemos que esta circunstancia responde simplemente a un enfoque distinto del problema, pues la posibilidad de pasar, por ejemplo, de la autoría a una forma de participación encuentra su cauce en el derecho alemán a través del § 265 I y, concretamente, por la vía del cambio de punto de vista jurídico. Pero para ver esta cuestión claramente explicada no tenemos más que acudir a un fragmento de Gómez Orbaneja en el cual el citado autor se está refiriendo a dos teorías contrarias que se mantienen en la doctrina del derecho penal en relación con la participación. Pues bien, al hilo de esto afirma que, "[e]n rigor, no se le condena *a tenor* del art. 407, sino *conforme* a este artículo, *a tenor* del 13 y del 50 y sigs., lo cual quiere decir que el acto del partícipe es natural y también *típicamente* diferente: no cae bajo la norma represiva principal, sino bajo la secundaria que extiende el campo de aplicación de la primera"⁴⁸⁶.

Hasta aquí la cuestión no parece presentar mayor problema, ya que, como decíamos, y utilizando la terminología acuñada por nuestra jurisprudencia, es fácil constatar la homogeneidad que existe entre las distintas formas de autoría y participación si nos fijamos en el elemento relativo al bien jurídico protegido. Sin embargo, el problema se complica cuando pasamos al estudio del paso de cualquier forma de autoría o participación al encubrimiento; y más aún, creemos, tras la entrada en vigor del Código penal de 1995, el cual, como es sabido y a diferencia de lo que

⁴⁸⁵ KLEINKNECHT, StPO, cit., § 265, marg. 5 y toda la jurisprudencia que allí se cita; ROXIN, Strafverfahrensrecht, cit., § 20, p. 125

⁴⁸⁶ Comentarios, cit., t. II, p. 306

sucedía hasta ese momento, ha optado por regular tal figura como un delito autónomo. Pues bien, como ya se habrá podido imaginar, la dificultad surge si intentamos buscar la nota de homogeneidad entre la actividad que se encubre y la encubridora. Obvio es decir que para ello no podremos fijarnos en los actos típicos de ejecución del delito, pues éstos no van a tener afinidad alguna entre sí. Pero es que si, tal y como hacíamos en los casos en que se pretendía el paso de una forma de participación a otra, de ésta a la autoría o a la inversa, ponemos la atención en el bien jurídico protegido, tampoco vamos a encontrar solución al problema, pues el legislador ha optado por incluir el de encubrimiento entre los delitos contra la Administración de Justicia y éste será, por lo tanto, el bien jurídico protegido, mientras que la actividad encubierta, por su lado, habrá podido tener como objetivo la lesión de cualquier otro tipo de bien jurídico.

Ante estas circunstancias, creemos que, salvo contadas excepciones⁴⁸⁷, ha de concluirse en relación con el delito de encubrimiento que no se puede predicar de éste la nota de homogeneidad con respecto a la actividad delictiva que pretende ocultarse. Si hasta 1995 podía pensarse que el Código penal, al prever esta figura delictiva en su Parte General, daba argumentos –aunque esto tampoco estaría demasiado claro– para poder mantener la identidad de bien jurídico, y por consiguiente la posibilidad de que el órgano jurisdiccional pasase de la autoría o cualquier otra forma de participación al encubrimiento, en la actualidad, creemos que esta postura

⁴⁸⁷ Aquí pueden entenderse incluidas todas aquellas figuras delictivas que, por sí mismas, es decir, sin relacionarlas con el encubrimiento, atentan contra la Administración de Justicia (Libro II, Título XX del Código penal). No obstante, sólo hay que dar una ojeada a los delitos incluidos en el citado Título para darnos cuenta de que, aun así, no siempre será este el caso: v., por ejemplo, el art. 455 que regula la realización arbitraria del propio derecho ó el 468 y ss., relativos al quebrantamiento de condena. En definitiva, se trata de un caso más en el que se puede constatar el desacierto de cierta línea jurisprudencial que afirma la existencia de homogeneidad de bien jurídico cuando ambos tipos se hallan regulados en un mismo Título del Código penal. V. por ejemplo, la SAP de Barcelona, de 2 de noviembre de 1998 (ARP: 5.714).

es insostenible⁴⁸⁸. Por ello, cuando a lo largo del juicio oral se descubre que en vez de unos hechos constitutivos de un delito de homicidio o asesinato, lo que el acusado hizo había sido encubrir tales hechos, el órgano jurisdiccional no puede cambiar de calificación so pena de vulnerar el principio acusatorio.

Es cierto que la solución que aquí propugnamos puede no convencer demasiado si se observa desde la perspectiva de la cosa juzgada⁴⁸⁹, pero esto no nos parece suficiente, pues, sencillamente, creemos que no hay base para entender que, por ejemplo, de un delito de homicidio se pueda pasar a otro de encubrimiento, ya que no hay nada en común ni entre las dos actividades ni tampoco entre los bienes jurídicos contra los que se atenta. En definitiva, aquí sí entendemos que, se mire por donde se mire, se estaría produciendo una vulneración del principio acusatorio si el tribunal, aun informando a las partes sobre el cambio de calificación, pasase de una figura delictiva a la otra; y ello no por el cambio de calificación en sí, sino porque éste conlleva también la introducción o modificación de los hechos en su núcleo esencial y por lo tanto también del objeto del proceso introducido por las partes. Por ello, al tratarse de dos hechos distintos, lo que habría que hacer en este caso sería, o bien formular un escrito de acusación, si bien esta posibilidad no está prevista en nuestro ordenamiento, o suspender el juicio oral por la vía del artículo 746.6 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En este trabajo nos planteamos esta cuestión relativa a la posibilidad de pasar de la autoría o de cualquier forma de participación al

⁴⁸⁸ A la misma conclusión llega GÓMEZ ORBANEJA, Comentarios..., cit., t. II, p. 312.

⁴⁸⁹ En este sentido puede que no convenza demasiado el hecho de que se absuelva de una acusación por el delito de robo, pero sin embargo, seguidamente, vuelva a abrirse un nuevo proceso en el que se enjuicien unos hechos que pudieran ser constitutivos del delito de encubrimiento, pero con el matiz de que la actividad que fue objeto del encubrimiento que ahora se enjuicia fue precisamente la del delito de robo, del cual se absolvió en el proceso anterior.

encubrimiento; nos la planteamos, repetimos, en un epígrafe como éste, que se ocupa de la apreciación de oficio de distintas formas de participación. Sin embargo, reconocemos que esta opción sistemática puede responder a una cierta inercia histórica que trae causa de la regulación que el anterior Código penal de 1973 daba a la figura del encubrimiento, a la cual incluía en la Parte General del mismo. Quizá nos hayamos dejado llevar por este motivo al tomar la decisión de efectuar en este lugar el estudio del encubrimiento. Sin ánimo de querer adentrarnos demasiado en cuestiones de derecho material, nos parece honrado admitir que, actualmente y con base en la solución por la que optó el legislador en el Código penal de 1995 de entender el encubrimiento como un delito autónomo, hubiese sido más correcto incluir el estudio de un posible cambio de calificación a esta figura en otro lugar de este trabajo: concretamente dentro del análisis de la posibilidad de entrada de nuevos hechos en el proceso⁴⁹⁰.

Sin embargo, no por falta de coherencia en el pensamiento, sino más bien por brindar al posible lector una mayor facilidad en la búsqueda de aquellos temas que, en concreto, le puedan interesar, es por lo que, finalmente, hemos elegido esta forma expositiva.

2.1.1.4. Tentativa / frustración y consumación. Apreciación de distintos grados de ejecución

Pasamos ahora a ocuparnos de los supuestos en que, formulada acusación por algún delito en grado de tentativa o de frustración, el órgano jurisdiccional acaba condenando por la comisión del mismo delito, pero consumado, o, a la inversa, es decir: se ha acusado por delito consumado y la sentencia aprecia solamente tentativa o frustración.

Como era de esperar, la evolución experimentada por la jurisprudencia en cuanto a este tema desde tiempos anteriores a la entrada

⁴⁹⁰ V. *infra*, 2.

en vigor de la Constitución de 1978 hasta la actualidad, sigue la misma línea que veíamos también en cuanto a los problemas estudiados en epígrafes anteriores. En este sentido, antes de que el Tribunal Constitucional recondujera la doctrina jurisprudencial vigente hasta su creación, el Tribunal Supremo mantenía con carácter de doctrina general que no era necesario recurrir a la vía que ofrece el artículo 733 para condenar por delito consumado cuando la acusación había sido por tentativa, ya que, puesto dicho precepto en relación con lo contenido en el artículo 851,4º, se entendía que el planteamiento de la tesis por el órgano jurisdiccional *"sólo resulta indispensable cuando se trate de delito distinto del calificado y no de simples apreciaciones sobre el estadio del «iter criminis»...*"⁴⁹¹.

Dicho esto, resulta casi obvio añadir la no exigencia por parte de esta doctrina jurisprudencial del empleo de la vía contenida en el artículo 733 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal cuando la situación era justo la inversa, es decir, se condena por delito intentado o frustrado cuando la acusación había sido formulada por ese mismo delito, pero en grado de consumación. A pesar de que esto, a primera vista, podría parecer correcto, ya que, al fin y al cabo, dicha modificación conduce a la imposición de menor pena, no deberíamos olvidar lo siguiente: si bien es cierto que este cambio efectuado por la sentencia no genera ningún tipo de problema en relación con el principio acusatorio, no sucede lo mismo, al menos no necesariamente, con respecto al derecho de defensa, que podría verse vulnerado, concretamente, en su manifestación de derecho a ser informado de la acusación. Por este motivo precisamente, hay que brindar a las partes, también –por qué no- a las que mantienen la acusación, la posibilidad de

⁴⁹¹ STS de 23 de junio de 1979 (RA: 2.768), en la que se había acusado por un delito de robo con violencia en las personas en grado de tentativa y se condenó por el mismo delito, pero consumado. En la misma línea se expresa también la de 30 de junio de 1980 (RA: 3.071).

contradecir esta nueva tesis planteada por el tribunal, ya que es justo entender que el acusado puede tener interés en probar que no cometió el delito, ni siquiera en grado de tentativa.

Esta era la doctrina general del Tribunal Supremo hasta el momento en que entró en vigor la Constitución. En cuanto a la actual, hemos de destacar un cambio importante que ha tenido lugar a raíz de la vigencia del texto constitucional y de la interpretación conforme al mismo de todo nuestro ordenamiento. Se trata de la interpretación de los artículos 733 y 851,4º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal conforme a la prohibición de indefensión consagrada en el artículo 24.1 de nuestra Constitución. Por lo tanto, si el órgano jurisdiccional, tras la práctica de la prueba celebrada en el juicio oral, entiende que hay elementos suficientes como para condenar por un delito consumado, a pesar de que la acusación había sido formulada en grado de tentativa o frustración, ha de proceder por la vía prevista en el artículo 733 a plantear esta nueva tesis a las partes y brindarles la posibilidad de contradecirla, salvo que en el desarrollo del juicio oral haya existido claramente dicha posibilidad.

Hasta aquí esta doctrina nos parece impecable. El problema, como viene siendo habitual, se presenta cuando el Tribunal Supremo basa la necesidad de acudir a la vía del artículo 733 en exigencias del principio acusatorio, cuando, en realidad, aquélla encuentra su fundamento verdadero en el derecho a ser informado de la acusación como requisito previo para poder contradecirla.

En definitiva, la nueva jurisprudencia de nuestros Tribunales en relación con el tema que nos ocupa puede encontrarse sintéticamente explicada en la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 1997⁴⁹², donde se mantiene que no hay vulneración del principio acusatorio, porque se pasa de una acusación por delito consumado de violación a la condena

⁴⁹² (RA: 4.044)

por tentativa y no puede haber indefensión, ya que no hay exasperación penológica. Y prosigue afirmando que "[t]an sólo en el caso inverso, que hubieran acusado las partes actoras de un delito de violación en grado de tentativa y la Sala de instancia, sin plantear la tesis prevista en el artículo 733 de la LECrim pudiera señalarse una vulneración del principio acusatorio, pero no a la inversa".

Por lo tanto, del texto que acabamos de citar pueden extraerse las siguientes conclusiones:

1ª) el principio acusatorio no se ve vulnerado en aquellos supuestos en que la acusación recoge la consumación del delito y el órgano jurisdiccional condena por ese mismo delito, pero en grado de tentativa o frustración. La razón fundamental que parece esgrimir el Tribunal Supremo para explicar esta primera conclusión es que no tiene lugar una *exasperación penológica*; y

2ª) en el caso inverso sí podría verse afectado el principio acusatorio⁴⁹³. Sin embargo -siempre según el Tribunal Supremo- ello se obviaría si el tribunal hiciese uso de la facultad prevista en el artículo 733 de la Ley de Enjuiciamiento.

Sin ánimo de parecer reiterativos, hemos de manifestar una vez más nuestro desacuerdo con tal doctrina jurisprudencial. Tal y como podrá deducirse de todo lo dicho a lo largo de este trabajo, en ninguno de los dos supuestos antes numerados cabe siquiera plantearse una posible vulneración del principio acusatorio, pues, tanto en el primero como en el segundo, el único requisito que hay que tener en cuenta a la hora de que el órgano jurisdiccional lleve a cabo el cambio del grado de ejecución del

⁴⁹³ Así se manifiesta el TS en su Sentencia de 15 de diciembre de 2000 (RA: 763), afirmando que "al cambiar el grado de perfeccionamiento del delito en contra de la acusada la sentencia no respetó el principio acusatorio". Y ello a pesar de que en el escrito de acusación el Ministerio Fiscal había calificado los hechos como constitutivos de un delito consumado de robo, si bien luego, en las conclusiones definitivas, acusa por el mismo delito, pero en grado de tentativa.

delito es el relativo a la garantía del principio de contradicción. Pues bien, éste, como es bien sabido, ha de preservarse tanto frente a la defensa como a la acusación, motivo éste por el cual, en nuestra opinión, debería quedar clara la necesidad de que el tribunal informase también a las partes de los posibles cambios que pretenda efectuar con respecto a los escritos de acusación, aunque éstos no impliquen, según terminología del Tribunal Supremo, *exasperación penológica* alguna⁴⁹⁴.

Hasta aquí la referencia a los cambios que suponen una rebaja de la pena, pero es que en el supuesto contrario, el de agravación, tampoco cabe que nos planteemos la posibilidad de que se esté infringiendo el principio acusatorio⁴⁹⁵, pues los nuevos elementos fácticos que el órgano jurisdiccional incluye en la sentencia son de carácter meramente adjetivo o accidental. Y esto es así hasta el punto de que en muchas ocasiones su acaecimiento depende de auténticas casualidades⁴⁹⁶. Por lo tanto, estos nuevos hechos no esenciales contribuyen al examen y enjuiciamiento exhaustivo del objeto del proceso, y por ello, su inclusión en la sentencia por parte del tribunal constituye un auténtico deber para éste, eso sí, dando siempre a las partes la posibilidad de contradecirlos. Todo esto se entenderá fácilmente si tenemos en cuenta que, si de verdad estuviese en juego el principio acusatorio en estos casos, ni siquiera a través del planteamiento de la tesis podría obviarse la vulneración del citado principio, ya que ello no subsanaría la parcialidad en que estaría inmerso el órgano jurisdiccional

⁴⁹⁴ No es ésta la línea que parece seguir nuestra jurisprudencia, como se puede ver en las SSTS de 18 de marzo de 1997 (RA: 1.947) y la ya citada de 14 de mayo de 1997 (RA: 4.044). Sin embargo y con más propiedad, v. la STS de 1 de octubre de 1994 (RA: 7.599).

⁴⁹⁵ Otra parece ser la opinión de la Sala 2ª del TS, la cual siempre reconduce estos supuestos por el cauce del principio acusatorio. Así, por ejemplo, las SSTS de 30 de octubre de 1989 (RA: 7.780) y de 15 y 20 de febrero de 1991 (RA: 1.064 y 1.304, respectivamente).

⁴⁹⁶ En un sentido similar, aunque haciendo alusión a un problema diferente, parece expresarse también GÓMEZ ORBANEJA, *Comentarios...*, cit., t. II, p. 300.

si se dedicase a introducir de oficio nuevos hechos, esta vez de carácter esencial, en el proceso.

Además, la solución que aquí propugnamos es también la adoptada en un ordenamiento como el alemán que, como se habrá podido percibir ya a estas alturas, constituye un faro que nos ha iluminado mucho el tratamiento y comprensión de todos los problemas que están siendo objeto de planteamiento en este trabajo. La jurisprudencia⁴⁹⁷ y doctrina alemanas⁴⁹⁸ han encauzado la solución de esta posibilidad de apreciación de nuevos grados de ejecución por la vía abierta en el § 265 de la *Strafprozessordnung*, que impone al tribunal la denominada *Hinweispflicht*, que viene a ser el equivalente al planteamiento de la tesis de nuestro artículo 733, lo que pasa es que allí sí ha sido objeto de un enfoque correcto, ya que lo conciben como un auténtico deber⁴⁹⁹ y no como la mera facultad excepcional de que habla nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Hasta ahora nos hemos planteado el problema desde un punto de vista que podríamos denominar como intraprocesal; es decir, entendiendo siempre que en la realidad extraprocesal no se ha originado ningún tipo de modificación en cuanto a los hechos que están siendo objeto de enjuiciamiento, sino que lo único que ha sucedido para que el tribunal se plantee el cambio en el grado de ejecución es una apreciación distinta de los hechos en relación con la forma en que venían detallados en los escritos de acusación. Sin embargo, como se podrá imaginar, también puede darse el caso de que sea fuera del proceso donde se produzca alguna

⁴⁹⁷ BGHSt 2, 250

⁴⁹⁸ KLEINKNECHT, StPO, cit., § 265, margs. 5 y 6; SCHLÜCHTER, Ellen, Systematischer Kommentar zur Strafprozeßordnung und zum GVG, Luchterhand, 1995, § 265, marg. 6 (p. 881); GOLLWITZER, Walter, LR-Großkommentar, cit., § 265, marg. 26.

⁴⁹⁹ V. por todos ROXIN, Strafverfahrensrecht, cit., pp. 311 y 312, (§ 42, marg. 23), donde el autor afirma que el § 265 de la StPO supone una concreción del *Anspruch auf rechtliches Gehör* o derecho a ser oído consagrado en el artículo 103 I de la Ley Fundamental de Bonn.

circunstancia nueva que dé lugar a una modificación de las calificaciones o, más concretamente, en el grado de ejecución de los hechos. Así, por ejemplo, cuando se está ventilando un proceso que tiene por objeto unos hechos que han sido calificados como un delito de asesinato en grado de tentativa acabada o frustración y durante el curso del mismo acaece la muerte del sujeto pasivo del delito. En este supuesto, para entender que nos hallamos ante un mismo hecho en sentido jurídico procesal, quizá sea más fácil enfocar el caso desde la perspectiva de la cosa juzgada. De esta forma vemos que resulta insostenible mantener que, habiendo recaído sentencia condenatoria por un delito de asesinato frustrado, pueda volver a incoarse un nuevo proceso que tenga por objeto la consumación del mismo delito cuando la muerte tuvo lugar una vez acabado el proceso⁵⁰⁰. Y de la misma manera, si la víctima muere pendiente el proceso y este nuevo hecho –por supuesto esencial desde un punto de vista material, porque se trata de una muerte, pero a pesar de ello y a efectos procesales, no puede ser más que un hecho de carácter adjetivo o accidental por los motivos que venimos explicando- se deduce de la actividad probatoria desarrollada en el juicio oral, habrá de ser tenido en cuenta, incluso de oficio, en la sentencia a dictar, sin que por ello, al menos en nuestra opinión, se esté infringiendo el

⁵⁰⁰ De la misma opinión, GÓMEZ ORBANEJA, Comentarios..., cit., t. II, p. 311: "... debe entenderse que cuando la consumación y la terminación del delito no coinciden en el tiempo, entran también en la unidad procesal del hecho (sea a efectos de la litispendencia, de la cosa juzgada, o de la correlación entre acusación y sentencia), todos los actos del hecho criminal". En contra, ROXIN, Strafverfahrensrecht, cit., § 50, p. 330, que, para el caso concreto del acaecimiento de la muerte con posterioridad a la firmeza de la sentencia, al que aquí nos estamos refiriendo, defiende la necesidad de admitir una acusación complementaria o *Vervollständigungsklage*, si bien reconoce que esta opinión no es pacífica en el seno de la doctrina científica de su país. Así también ACHENBACH, Hans, "Strafprozessuale Ergänzungsklage und materielle Rechtskraft", en ZStW 1975, t. 87, pp. 75 y 76, que defiende tanto la necesidad de admitir esta *Vervollständigungsklage*, como también la de una *Berichtigungsklage* o acusación correctora para los casos en que, desde un principio hubiese datos erróneos sobre los cuales finalmente se asentó la sentencia. Ambos casos quedan circunscritos por el autor en lo que él denomina *Ergänzungsklage*, la cual ha de admitirse en los casos en que se den, según él "dos constelaciones procesales muy distintas" entre sí.

principio acusatorio y tampoco la garantía de correlación entre acusación y sentencia, siempre y cuando se haya brindado oportunidad al acusado para contradecir la nueva tesis calificadora.

En síntesis, creemos que, con independencia de que el cambio que se produzca en el grado de ejecución de los hechos traiga consigo un aumento de la pena, o no, si aquél resulta de la actividad desplegada en el juicio oral, ha de ser previsto incluso de oficio por el órgano jurisdiccional en su sentencia. Sin embargo, tanto en un caso como en el otro, es decir, tanto cuando se pasa de tentativa a consumación como a la inversa, ha de respetarse la debida contradicción, brindándose a las partes la posibilidad de defenderse ante esta nueva apreciación del tribunal, el cual con ello no hace más que cumplir con su deber de enjuiciar los hechos que las partes someten a su decisión atendiendo al carácter indivisible de los mismos.

2.1.1.5. Apreciación de dolo o imprudencia

Según la doctrina mayoritaria de nuestro Tribunal Supremo, los delitos dolosos constituyen modalidades delictivas de carácter heterogéneo respecto a los culposos, y a la inversa⁵⁰¹. El citado Tribunal llega a esta conclusión basándose en el argumento de la necesaria garantía del derecho de defensa y, llegado a ese punto, da un paso más afirmando que el cambio de un delito doloso a otro igual, pero en su modalidad culposa vulnera el principio acusatorio, así como el supuesto contrario⁵⁰².

⁵⁰¹ Esta doctrina constantemente invocada por el TS presenta algunas excepciones aisladas, según recuerda el propio Tribunal en muchas de sus resoluciones, como por ejemplo, la de 20 de mayo de 1996 (RA: 3.838): "En el desarrollo de esta premisa la jurisprudencia ha establecido mayoritariamente que los tipos dolosos y los culposos no son homogéneos (confr. SSTS 22 marzo 1991 [RJ 1991\2340]; 1 julio 1993 [RJ 1993\5605]; 16 febrero 1994 [RJ 1994\929]; 3 noviembre 1994; 20 septiembre 1994 [RJ 1994\7013]; 23 octubre 1995 [RJ 1995\7730] y de 9 febrero 1996 [RJ 1996\819]). Excepcionalmente la Sala había decidido lo contrario en la STS 7 marzo 1989 (RJ 1989\2506) y repitió este punto de vista aisladamente en la STS 28 enero 1992 (RJ 1992\482) y en pocas otras decisiones".

⁵⁰² V. la STS de 25 de abril de 2001 (RA: 2.099), en que se mantiene que hay

Estamos de acuerdo con esta jurisprudencia en el sentido de mantener que el cambio de una modalidad a otra sin más, es decir sin dar posibilidad de contradicción, podría generar indefensión en muchos casos, pero yendo más allá, creemos que el derecho de defensa quedaría incólume si el órgano jurisdiccional, antes de incluir dicha modificación en su sentencia, informase a las partes de tal intención por la vía prevista a tal efecto y que tantas veces ha sido citada en este trabajo. Además, este procedimiento habrá de emplearse tanto cuando se pase de la imprudencia al dolo como cuando el cambio tenga lugar en sentido contrario, pues, como afirma el propio Tribunal Supremo, "*[q]uien es acusado de un delito doloso dirige, en su caso, su defensa a demostrar la inexistencia del mismo y si después resulta condenado por el mismo delito en su modalidad culposa, resultó, sin duda, indefenso porque nada pudo argumentar en este orden de cosas*"⁵⁰³.

Por estos motivos creemos que la tesis correcta es la que sigue excepcionalmente el Tribunal Supremo y que mantiene la homogeneidad entre delitos dolosos y culposos. Para ello, esta jurisprudencia minoritaria, y hasta casi podríamos decir que aislada, argumenta acertadamente que la única diferencia entre ambas modalidades de delito tiene lugar en el plano de lo intencional⁵⁰⁴, mientras que "*la conducta objetiva en el delito doloso y en el delito culposo es idéntica*"⁵⁰⁵. Por lo tanto, según todo lo que hemos defendido hasta ahora, difícilmente podrá afirmarse la posibilidad de que el principio acusatorio se vea vulnerado por el hecho de que el órgano

heterogeneidad porque se acusa por un delito de lesiones y se condena por una falta imprudente con resultado de lesiones. Sin embargo, a continuación se añade que tal heterogeneidad no es relevante, ya que la nueva tesis calificadora es menos grave.

⁵⁰³ STS de 22 de marzo de 1991 (RA: 2.340)

⁵⁰⁴ También aquí conviene tener en cuenta las afirmaciones de GÓMEZ ORBANEJA, Comentarios..., cit., t. II, p.298, que señalaba lo que sigue: "[d]ebe advertirse que el mismo resultado es aceptado también por quienes, por el contrario, centran la identidad procesal del hecho en una base puramente psicológica".

⁵⁰⁵ STS de 7 de marzo de 1989 (RA: 2.506) y de 28 de enero de 1992 (RA: 482)

jurisdiccional cambie de una forma de culpabilidad a otra, pues el objeto normativo del proceso no se ha visto en ningún caso alterado esencialmente. Y en lo que toca al derecho de defensa, tampoco éste queda descuidado en estas sentencias que venimos comentando en último lugar, pues también en ellas se alude a la posibilidad real y efectiva que tuvieron las partes de contradecir la nueva versión calificadora finalmente acogida en la sentencia⁵⁰⁶.

En síntesis, creemos que una vez más nos hallamos ante meras alteraciones accidentales de los hechos que no afectan al principio acusatorio, por lo que nada obsta para que el órgano jurisdiccional acoja de oficio tales cambios en la sentencia que vaya a dictar, dando, como hemos repetido hasta la saciedad, previamente a las partes la posibilidad de contradecir y, eventualmente, también de contraprobar lo que crean conveniente⁵⁰⁷.

Esta es también la solución que tanto la doctrina como la jurisprudencia alemanas⁵⁰⁸ han dado a este problema, encauzando su tratamiento a través de la vía prevista en el § 265 I de la *Strafprozessordnung*.

2.1.1.6. Concurso de delitos. Especial referencia al delito que concurre con otro permanente y al delito complejo.

Dentro de este epígrafe relativo al estudio de las cuestiones que suscita la institución del concurso de delitos, creemos conveniente llevar a cabo la siguiente advertencia: es posible que las conclusiones a las que aquí se llegue puedan parecer un tanto "matemáticas", lo cual parece chocar de

⁵⁰⁶ V. FJ 4º de la citada STS de 7 de marzo de 1989 (RA: 2.506)

⁵⁰⁷ A la misma solución llegan también GÓMEZ ORBANEJA, Comentarios..., cit., t. II, p. 298; ASECIO MELLADO, Principio acusatorio..., cit., p. 110.

⁵⁰⁸ KLEINKNECHT, StPO, cit., § 265, margs. 2 y 6; GOLLWITZER, Walter, LR-Großkommentar, cit., § 264, marg. 51; SCHLÜCHTER, Ellen, Systematischer Kommentar..., cit., § 265, marg. 6, así como la jurisprudencia allí reseñada.

frente con la esencia de la ciencia del derecho (procesal). Sin embargo, nuestra intención es la de dejar sentados unos criterios que sean de una validez lo más generalizada posible, como por lo demás también viene siendo la tónica con respecto al resto del trabajo, si bien es cierto que en este epígrafe es posible que todo ello resulte más palpable. El fin que perseguimos con esta forma de proceder no es otro que el de dotar a la materia objeto de este trabajo del mayor grado de seguridad jurídica posible y ello tanto en relación con las partes del proceso como también con el resto de sujetos del mismo, pues cuanto más generales sean las conclusiones a que lleguemos y más huyamos del tan manido recurso de resolver según el caso concreto⁵⁰⁹, mayor certeza tendrán aquéllos si en algún momento llega a plantearse un problema de este tipo.

En este sentido, habrá de entenderse en principio⁵¹⁰ que en los supuestos de concurso real de delitos no podrá afirmarse la existencia de un solo hecho en sentido procesal, mientras que, cuando el concurso de delitos es ideal, sí podremos concluir que nos hallamos, también desde el punto de vista procesal, ante un solo hecho⁵¹¹. O expresado de forma más concreta: si durante la celebración del juicio oral se descubre que, además del hecho que ya venía siendo objeto de enjuiciamiento, el acusado también llevó a cabo otro que, junto con el primero, da lugar a un supuesto de concurso real, el órgano jurisdiccional no podrá incluir este nuevo hecho en su

⁵⁰⁹ Así WOLTER, Jürgen, "Tatidentität und Tatumgestaltung im Strafprozeß", en GA 1986, pp. 147 y 148, afirma en relación con el concepto de hecho en sentido procesal que no se puede dar una fórmula abstracta de vigencia generalizada.

⁵¹⁰ Sólo podemos mantener que en principio esto es así por las diferentes opiniones y teorías que existen en el derecho penal material en relación con los concursos de delitos. Somos conscientes de que esta diversidad puede conseguir empañar la regla general que mantenemos a lo largo de este epígrafe, pero este eventual problema puede solucionarse aplicando el criterio que hemos calificado de decisivo y que consiste en analizar si los distintos hechos tienen virtualidad propia para conformar el objeto de otro proceso independiente, v., en este mismo capítulo, 2.1.

⁵¹¹ A la misma conclusión llegan GÓMEZ ORBANEJA, Comentarios..., cit., t. II, pp. 307 y ss.; GUTIÉRREZ DE CABIEDES, "Correlación entre acusación y sentencia", cit., pp. 529-531

sentencia, ni siquiera aunque previamente posibilitase la defensa. En caso contrario, se produciría una vulneración del principio acusatorio, ya que el órgano juzgador estaría introduciendo de oficio nuevos hechos en el proceso, lo cual, entendemos, daría lugar a la pérdida de su necesaria imparcialidad. Y es que no se trata aquí de meras circunstancias fácticas accidentales o adjetivas que se limiten a adornar el hecho por el que originariamente se estaba procediendo, sino de verdaderos hechos en el sentido técnico o normativo al que hemos ido refiriéndonos repetidamente a lo largo de este trabajo.

Por el contrario, si durante el juicio oral se tiene conocimiento de alguna circunstancia fáctica nueva que se halle en relación de concurso ideal con el hecho por el que se había formulado la acusación, en este caso el órgano jurisdiccional sí va a poder introducir tal circunstancia de oficio, aunque las partes no hagan suya esta inclusión⁵¹². Eso sí, para ello, el tribunal deberá previamente haber posibilitado la defensa frente a estos nuevos datos. Una vez cumplido este último requisito, no cabe entender que el órgano jurisdiccional haya actuado vulnerando el principio acusatorio, pues, en definitiva, lo único que está haciendo es cumplir con su deber de enjuiciar el hecho que se le somete a su decisión desde todos los puntos de vista jurídicos posibles⁵¹³.

A esta conclusión llegamos tras aplicar a las dos modalidades de concurso aludidas el criterio que ya hemos formulado en otras ocasiones a lo largo de este trabajo, es decir, el del carácter autónomo o no de los

⁵¹² En contra, como es sabido, la lamentable doctrina del TS, según la cual las partes han de hacer suya la tesis propuesta por el órgano jurisdiccional para que éste pueda incluirla en su sentencia.

⁵¹³ En definitiva, nos hallamos ante una manifestación del carácter indivisible del objeto del proceso penal a que alude ASENSIO MELLADO, Principio acusatorio..., cit., p. 46, el cual afirma que "los Jueces y Tribunales se encuentran influidos por el principio de búsqueda de la verdad material, el cual significa tanto como obligación de aquéllos de agotar el objeto del proceso penal en todas las vertientes posibles en que sea necesario para su total esclarecimiento".

hechos en cuestión, de forma que éstos, por sí mismos o independientemente considerados, tengan aptitud para conformar el objeto de un nuevo proceso. Así vemos cómo, en los casos de concurso real lo normal va a ser que cada uno de los hechos dé lugar a un proceso distinto, mientras que ello, al menos así ha de entenderse en nuestra opinión, no va a ser posible cuando nos hallemos ante supuestos de concurso ideal⁵¹⁴.

Un claro ejemplo de la inseguridad jurídica que pretendemos evitar a través de las soluciones que aquí proponemos puede ser el que nos ofrece la jurisprudencia alemana y que brevemente comentamos. Así, si bien es cierto que el *Bundesgerichtshof* ha mantenido como regla general que cuando se da un concurso real de delitos éste excluye la existencia de un solo hecho en sentido procesal⁵¹⁵, aquí vamos a referirnos en concreto a dos

⁵¹⁴ En contra de lo que acabamos de afirmar se manifiesta CORTÉS DOMÍNGUEZ, La cosa juzgada penal, cit., pp. 140-142. Si bien el autor parte de entender que “existiendo identidad al menos parcial de los hechos típicos de ejecución existe identidad de hechos, no cabe duda que procesalmente estaremos ante el mismo hecho”, a continuación y precisamente con base en los supuestos de concurso ideal, formula una excepción a esta regla general: “Sin embargo, en este punto la solución, nos parece, tiene que ser distinta...; el problema en el concurso ideal se presenta de otra manera, pues en él estamos ante dos hechos distintos”. El citado autor mantiene que, por ejemplo, en el caso de que, como consecuencia de un mismo disparo, resulte muerta una persona y lesionada otra, debe entenderse que estamos ante dos hechos distintos, aunque ambos resulten de una misma acción (el disparo), ya que también son distintos los bienes jurídicos lesionados. A este respecto, creemos que esta solución puede ser tan válida como aquella por la que optamos nosotros cuando mantenemos que nos hallamos ante un solo hecho. Sin embargo, no estamos de acuerdo con las conclusiones que, seguidamente, se extraen de la citada afirmación. Así, para Cortés y en relación con la cosa juzgada, una vez firme la sentencia en la que se resolvía sobre el delito de homicidio y como no podía ser de otra manera, podrá volverse a iniciar un nuevo proceso que tenga por objeto el enjuiciamiento de las lesiones. Sin embargo, a efectos de correlación entre acusación y sentencia, el autor al que venimos refiriéndonos, mantiene que la solución ha de ser distinta, pues bastaría con que el tribunal formulase el planteamiento de la tesis del art. 733 para evitar producir indefensión a la parte acusada. No sabemos bien si a esta conclusión se llega porque el autor, en un sentido distinto al mantenido por nosotros, no es partidario de la necesidad de mantener un concepto o criterio unitario de acción o si, por el contrario, ello se debe a la equiparación -frente a la cual nosotros también ya hemos sido suficientemente críticos- entre principio acusatorio y prohibición de indefensión.

⁵¹⁵ V. ROXIN, Strafverfahrensrecht, cit., p. 140, (§ 20, marg. 11) y jurisprudencia allí citada.

resoluciones del Alto Tribunal alemán: en la primera de ellas⁵¹⁶ se afirma la existencia de un solo hecho en sentido procesal en un supuesto en que el acusado originó un accidente de tráfico y posteriormente se dio a la fuga; la segunda⁵¹⁷ versa sobre un caso en el que un intento de aborto conduce al nacimiento prematuro de un niño con vida, al cual, acto seguido se le da muerte. En este segundo supuesto el Tribunal Supremo alemán sí afirmó la existencia de dos hechos en sentido procesal.

No podemos estar de acuerdo con el resultado a que se llega en estas dos sentencias, pues en ambas se parte de la base de que nos hallamos ante supuestos de delitos en concurso real⁵¹⁸, por lo que creemos sería más conveniente afirmar en cada uno de ellos la existencia de dos hechos también desde el punto de vista procesal. En el primer caso enunciado, el Tribunal Supremo alemán basa su decisión de optar por la existencia de un solo hecho en lo que denomina como *Einheitlichkeit des historischen Vorgangs* (unidad de acontecimiento histórico). Sin embargo, estos términos son tan vagos que no creemos puedan ser utilizados para construir categorías que se caractericen por estar dotadas de un mínimo de generalidad y abstracción, las cuales, en definitiva, no hacen sino redundar en beneficio de la seguridad jurídica. De hecho y sin ir más lejos, ¿qué motivo impediría entender que en el segundo supuesto, relativo a la tentativa de aborto con posterior homicidio, también nos encontrásemos ante la citada unidad de acontecimiento histórico?

Por lo que se refiere al concurso medial, nos hallamos aquí ante hechos procesalmente independientes: por ejemplo, se falsifica un

⁵¹⁶ BGHSt 23, 141

⁵¹⁷ BGHSt 13, 21

⁵¹⁸ Al menos así lo entendió el Tribunal Supremo alemán en BGHSt 13, 21, si bien es cierto que en nuestro ordenamiento no está tan claro que, en un caso como el enunciado en segundo lugar, pueda mantenerse la existencia de un concurso real de delitos, pero éstas son ya cuestiones de índole material en las cuales no nos podemos adentrar en un trabajo como éste.

documento y, a continuación, se estafa a un grupo de personas utilizando el mismo. En estos casos hay que entender que la solución ha de ser la misma que la enunciada para el concurso real, por mucho que el Código penal en su artículo 77.1, alternativa 2ª asimile el tratamiento de esta figura al del concurso ideal, pues tal asimilación sólo obedece a motivos de cuantificación de la pena⁵¹⁹.

Dicho esto, pasamos a ocuparnos de otro problema interesante y de difícil solución, que se nos plantea cuando nos encontramos ante un hecho constitutivo de un delito, el cual, a su vez, concurre con otro de naturaleza permanente⁵²⁰: ¿estamos aquí ante un único hecho en sentido procesal o, por el contrario, se trata de dos hechos independientes?

Para resolver este interrogante vamos a aplicar un método inductivo, partiendo, por lo tanto, de un caso extraído de la jurisprudencia alemana, al cual ya nos hemos referido en otra parte de este trabajo⁵²¹ y que, por todo lo que se explicará, nos parece muy instructivo a efectos de rechazar un posible ensanchamiento excesivo de la unidad de hecho en sentido procesal. Pero recordemos, *grosso modo*, en qué consistía el supuesto de hecho⁵²²: en los años 1974 y 1976 unos sujetos son condenados por la comisión de un delito de pertenencia a banda armada en concurso ideal con otros de resistencia a la autoridad, falsificación de documentos y tenencia ilícita de armas. Firme la sentencia condenatoria, se inicia otro proceso en

⁵¹⁹ GARCÍA ALBERO, Ramón, Comentarios al Nuevo Código Penal (dirigidos por Quintero Olivares), Aranzadi, Pamplona, 1996, p. 424

⁵²⁰ Por supuesto, nos referimos al caso de que entre ambos acontecimientos se dé al menos una identidad parcial, es decir, que el hecho constitutivo del delito que no es permanente tenga lugar dentro de la "franja temporal" a lo largo de la cual se extiende el permanente.

⁵²¹ V. *supra*, I) 1.1

⁵²² Para una mayor exactitud en relación con el caso que se esboza, v. FEZER, Gerhard, "§§129, 129 a StGB und der strafprozessuale Tatbegriff. Ein Beitrag zur Wehrlosigkeit der Dogmatik", en Rechtsdogmatik und Rechtspolitik, Duncker & Humblot, Berlin, 1990, pp. 125 y ss; GRÜNWARD, Gerald, "Der Verbrauch der Strafklage bei Verurteilungen nach den §§129, 129 a StGB", en Festschrift für Paul Bockelmann, Beck, München, 1979, pp. 738 y ss.

el cual vuelven a ser acusados, pero esta vez por haber cometido tres delitos de asesinato consumados y otros seis en grado de tentativa. Tras este nuevo enjuiciamiento vuelve a recaer sentencia de condena, contra la cual se formula ante el Tribunal Supremo alemán recurso basado en la violación del artículo 103 III del *Grundgesetz*, el cual establece que nadie puede ser juzgado dos veces por los mismos hechos. El Alto Tribunal desestima el recurso⁵²³, tras lo cual todavía se plantea la correspondiente queja (*Beschwerde*) ante el Tribunal Constitucional alemán, negando éste también que con la sentencia objeto de impugnación se haya producido transgresión alguna de la prohibición del *ne bis in idem*⁵²⁴.

Desde ahora, y sin perjuicio de todo lo que diremos a continuación, hemos de adelantar que estamos de acuerdo con el resultado al que llega la jurisprudencia alemana en relación con el caso expuesto. Sin embargo, no podemos decir lo mismo en cuanto a los fundamentos en que se trata de basar la solución, los cuales nos parecen altamente criticables⁵²⁵.

Creemos que el problema que se da en casos como el que acabamos de enunciar así como en otros similares es que, tanto en la doctrina⁵²⁶ como en la jurisprudencia germanas⁵²⁷, se entiende –si bien es cierto que esta

⁵²³ BGHSt 29, 288

⁵²⁴ BVerfGE 56, 22, en la que el Tribunal, para salvar la constitucionalidad de la resolución, mantiene –en nuestra opinión de forma demasiado forzada- que, si bien cuando hay una unidad de acción fáctica (o natural, podríamos decir) necesariamente habremos de hablar de la existencia de un único acontecimiento o hecho en sentido procesal, no sucede lo mismo cuando la unidad de acción es de carácter meramente legal (o jurídico, es decir, una ficción), como es el caso, por ejemplo, del delito permanente, por lo que hay que concluir –según el BVerfG- que nos hallamos ante dos hechos independientes.

⁵²⁵ V. en un sentido similar también FEZER, Gerhard, "§§ 129, 129 a StGB...", cit., p. 127

⁵²⁶ ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, cit., (21ª ed.), p. 123, (§ 20); GRÜNWARD, Gerald, "Der Verbrauch der Strafklage...", cit., p. 740; FEZER, "§§ 129, 129 a StGB...", cit., pp. 128 y 129. Por lo que se refiere a la doctrina de nuestro país, GARCÍA ALBERO, Ramón, *Comentarios al Nuevo Código Penal (dir. Quintero Olivares)*, cit., pp. 425 y ss.

⁵²⁷ Precisamente las sentencias citadas en las npp. 524 y 525 son un claro exponente de ello.

postura tampoco es pacífica⁵²⁸ - que basta con que entre ambos hechos se dé lo que denominan como una identidad parcial, es decir, sólo un fragmento temporal en el que ambas acciones coincidan, para poder afirmar la existencia de concurso ideal⁵²⁹. Así, en nuestro caso, en el momento en que se llevan a cabo los hechos constitutivos del delito de asesinato múltiple, los autores de los mismos estaban a su vez incurriendo en el de pertenencia a banda armada. Por lo tanto, a causa de esta identidad parcial debe concluirse que nos hallamos, según la postura recién expuesta, ante un concurso ideal de delitos.

No podemos estar de acuerdo con esta conclusión y nuestro disenso se entenderá fácilmente si atendemos a lo siguiente: si somos coherentes con la postura que hemos mantenido ya en este mismo epígrafe, relativa a entender que si hay concurso ideal de delitos estaremos ante un único hecho en sentido procesal, mientras que en el caso del concurso real habremos de afirmar la existencia de dos o más hechos, las consecuencias que se derivan de entender que en el supuesto arriba enunciado existe un concurso ideal son, a nuestro juicio, inadmisibles. Y, precisamente, esto es lo que lleva a la jurisprudencia alemana en las sentencias citadas a formular una interpretación excesivamente forzada, pues creemos que todo ello podía haberse evitado si se acepta que, en realidad, estamos ante un concurso real y, por consiguiente, ante dos hechos independientes desde el punto de vista procesal⁵³⁰.

⁵²⁸ GÖSSEL, Karl Heinz, JR 1982, 111; PUPPE, Ingeborg, JR 1986, 205, así como también en la jurisprudencia, OLG Karlsruhe NJW 1977, 2.222

⁵²⁹ Parece que, obviamente, también habrá de darse un cierto nexo causal entre el delito permanente y aquél otro con el que concurre y no tratarse de acontecimientos totalmente faltos de conexión.

⁵³⁰ Creemos que la opción entre concurso ideal o real no se trata sólo de una cuestión meramente formal o terminológica, sino que si somos capaces de sentar una regla general y aplicarla lo más rigurosamente posible, también lograremos dotar al sistema de una mayor seguridad jurídica y, sobre todo, no se dará la necesidad de impartir justicia según el caso concreto, basándonos incluso en criterios de oportunidad política, como da la sensación que ocurre en la resolución del caso de los terroristas

Sin embargo, aquí no termina nuestro razonamiento, pues lo realmente importante del mismo surge cuando prestamos atención a las consecuencias concretas que se derivan de la opción por una u otra solución. En este sentido debemos plantearnos lo que ocurre con la garantía de la correlación entre acusación y sentencia según nos decidamos por el concurso ideal o por el real. Pero no sólo eso, sino que, como siempre, hemos de dar todavía un paso más y fijarnos en la cosa juzgada, a pesar de que éste no sea el objeto central de nuestro estudio. Y es que la toma en consideración de esta segunda institución procesal nos obliga necesariamente a la sana labor de ponderar a la hora de elaborar el concepto de hecho en sentido procesal, pues, si bien para el principio acusatorio y la correlación entre acusación y sentencia, a mayor restricción del objeto del proceso, mayor garantía para el acusado de que el órgano jurisdiccional no va a incluir de oficio nuevos hechos en su sentencia, también es cierto que una excesiva restricción no es ni mucho menos beneficiosa para los efectos de la cosa juzgada, que quedarían demasiado limitados, lo que haría posible volver a proceder contra la misma persona por hechos que, de otra manera, hubieran quedado incluidos bajo la prohibición del *ne bis in idem*. Volvemos a insistir, por lo tanto, en la necesidad de que la concepción del objeto del proceso que adoptemos no sea ni excesivamente amplia ni tampoco excesivamente restrictiva⁵³¹.

Veamos entonces qué sucede en uno y otro caso. Así, si nos adscribiésemos al criterio mayoritario en Alemania, el cual defiende la existencia del concurso ideal, habríamos de llegar a la conclusión de que la

alemanes enunciado en el texto.

⁵³¹ FEZER, "§§ 129, 129 a StGB ...", cit., p. 130, donde el autor mantiene que "entre el deber judicial de conocimiento exhaustivo (=Kognitionspflicht) y el efecto de cosa juzgada existe una relación interna: el tribunal tiene el derecho y el deber de investigar exhaustivamente el hecho que ha sido delimitado por el Ministerio Fiscal. Visto así, el acusado *ha de esperarse cualquier cosa*. Como compensación, después de la firmeza de la sentencia quedará totalmente protegido".

garantía de la correlación entre acusación y sentencia quedaría visiblemente mermada, pues el órgano jurisdiccional podrá incluir de oficio en su sentencia cualquier hecho, con la única condición de que se hubiese perpetrado dentro de los límites temporales hasta los cuales abarca el delito permanente. Así, en nuestro caso, si el delito de pertenencia a banda armada empezó a cometerse en verano de 1971 y alcanzó hasta junio de 1972, los hechos que se hubiesen cometido durante ese lapso de tiempo podrán y *deberán* ser incluidos de oficio en la sentencia que recaiga. Por lo que se refiere a la cosa juzgada y consecuentemente con lo anterior, si acabamos de decir que el tribunal, de oficio, tiene el deber de enjuiciar exhaustivamente el hecho, una vez firme la sentencia, también debemos entender que, si de verdad estamos ante un concurso *ideal*, no podría volver a procederse por hechos que no fueron objeto de la primera sentencia, pero que sí quedaban incluidos en lo que se ha denominado en la doctrina alemana como *Verklammerungstheorie* y en la española como *efecto abrazadera* del concurso ideal⁵³². Se podrán observar los graves problemas de justicia material a los que da lugar esta opción, debido al espectro excesivamente amplio que comprende el citado efecto. Pues bien, estos problemas son los que llevan a la necesidad de echar mano de argumentos *ad hoc*, para justificar lo que nunca debió siquiera plantearse. Y precisamente esto es lo que hace la jurisprudencia alemana que estamos comentando al abrir la posibilidad de un nuevo enjuiciamiento –y por lo tanto permitir una fisura en la esencia misma de la institución de la cosa juzgada- de aquellos hechos constitutivos de un delito que tenga atribuida pena más grave que aquella prevista para el delito permanente con el cual concurre⁵³³.

⁵³² Para una clara exposición del citado efecto, v. GARCÍA ALBERO, Ramón, Comentarios al Nuevo Código Penal, cit., pp. 425 y ss.

⁵³³ FEZER, "§§ 129, 129 a StGB ...", cit., p. 129, el cual también, como nosotros, mantiene que las características y gravedad del tipo con el cual se establece la

Sin embargo, creemos que el problema no está en el hecho de que en estas sentencias se haya optado por entender que estamos ante un concurso ideal de delitos, pues ésta es una opción que puede convencer más o menos. Lo grave es que, una vez se ha optado por el concurso ideal, si se es coherente, habría que admitir también todas las consecuencias que exponíamos en el párrafo anterior y no abrir la puerta a excepciones más o menos válidas. No se nos escapa que, precisamente, resoluciones jurisdiccionales como las que aquí criticamos pueden ser la respuesta a todo un trasfondo político y social, pero esto no puede constituir justificación alguna, sino más bien todo lo contrario.

Por todo lo dicho, no vemos inconveniente en entender que, en realidad, nos hallamos ante un supuesto de concurso real de delitos⁵³⁴. Así, desde la perspectiva de la correlación entre acusación y sentencia, son poco probables los problemas que se puedan plantear, ya que si, a lo largo del juicio oral se tiene conocimiento de la perpetración de otros hechos que hasta ese momento no habían sido objeto del proceso, podrán incluirse en el mismo a través de las vías previstas al efecto en nuestra legislación procesal⁵³⁵, con lo cual no se produciría transgresión alguna del principio acusatorio, o, en el caso de que lo anterior no fuese posible –ciertamente extraño, pues si existe conexión con el objeto originario del proceso debería procederse a la acumulación-, los nuevos hechos podrían constituir

existencia de concurso ideal, obviamente, no tienen nada que ver a la hora de decidir si estamos ante un único hecho o, por el contrario, ante dos; o, en definitiva, si procede un segundo enjuiciamiento, o no.

⁵³⁴ A la misma conclusión parece llegar TAMARIT SUMALLA, José María, Comentarios al Nuevo Código Penal, cit., p. 2.092 al mantener que "[l]a consumación del delito de asociación ilícita no requiere que el delito perseguido por los asociados llegue a cometerse, ni siquiera que se haya iniciado la fase ejecutiva del mismo. En el caso que así suceda, los hechos se calificarán como concurso de delitos con relación medio-fin (art. 77.1)". Como se ve, este autor defiende para estos casos la existencia de un concurso medial de delitos, el cual, en esencia, no deja de ser "un concurso real asimilado a efectos penológicos a las reglas del concurso ideal de delitos", v. GARCÍA ALBERO, Ramón, Comentarios al Nuevo Código Penal, cit., p. 424.

⁵³⁵ V. *infra*, 2.2

el objeto de un nuevo proceso independiente. Esto último podría atentar contra el principio de economía procesal, pero aun así, esta infracción nos parecería de menor entidad que los problemas a que aludíamos en relación con el concurso ideal de delitos.

También desde la perspectiva de la cosa juzgada se evitan los graves inconvenientes a que daba lugar el concurso ideal, pues al partir de la existencia de uno de carácter real, ha de entenderse también que estamos ante dos hechos procesalmente independientes, con virtualidad propia, por lo tanto, para constituir por sí mismos el objeto de un nuevo proceso penal. Con ello la cosa juzgada no sufriría ningún tipo de fisura, quedando también indemne el postulado de la justicia material, ya que queda abierta la posibilidad de volver a proceder por los nuevos hechos.

Asimismo, la postura que defendemos aquí es coherente con todo lo ya manifestado a lo largo de este trabajo en relación con los elementos fácticos de carácter meramente accidental o adjetivo y aquéllos de naturaleza esencial. Estos últimos constituyen el objeto del proceso en sentido estricto o normativo, mientras que los primeros no tienen carácter independiente, sino que van inescindiblemente unidos al núcleo esencial del hecho. En el caso concreto a que nos hemos referido durante este epígrafe, huelga decir que los hechos que dan lugar al nuevo proceso - constitutivos, recordamos, de tres asesinatos consumados y otros seis intentados- no pueden calificarse de meramente adjetivos del delito de pertenencia a banda armada o sin virtualidad propia para conformar el objeto de un nuevo proceso.

Hasta aquí nos hemos venido refiriendo en concreto a los casos en que, junto a un delito de asociación ilícita del artículo 515 del Código penal, concurre otra actividad delictiva a través de la cual se persigue el fin al cual la asociación ilícita preordena su existencia. Como ya anunciábamos al presentar el problema, hemos seguido en cuanto a este punto un método

inductivo, debido a que el supuesto de hecho que hemos manejado en las últimas páginas nos parece lo suficientemente instructivo y presenta todos los problemas a los que aquí nos queríamos referir. Pero, además de todo esto, lo más importante es que las conclusiones a que hemos llegado para la resolución de este supuesto son, en nuestra opinión, de perfecta aplicación a otros casos que presenten una constelación análoga a la que hemos extraído de la jurisprudencia de los tribunales alemanes y con base en la cual hemos procedido al desarrollo de este tema.

En relación con el delito complejo, diremos muy brevemente que esta figura ha desaparecido formalmente del Código penal de 1995⁵³⁶, si bien es cierto que materialmente sigue existiendo, pues en esencia, no deja de constituir un supuesto de concurso de delitos⁵³⁷, motivo que justifica su inclusión en este epígrafe. Así, por ejemplo en el caso del robo con homicidio, nos hallamos, en nuestra opinión, ante dos hechos independientes desde el punto de vista procesal, con todo lo que ello implica en relación con el tema objeto de nuestro estudio⁵³⁸.

2.1.1.7. Delito continuado

Antes de empezar a tratar los problemas que plantea la figura del delito continuado⁵³⁹ en relación con el principio acusatorio y la garantía de la correlación entre acusación y sentencia, hemos de tener en cuenta la siguiente advertencia previa: en este epígrafe abordaremos el tema desde la perspectiva legislativa actual, es decir, de *lege data*, por lo que, lo

⁵³⁶ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, Comentarios al Nuevo Código Penal, cit., p. 1.102

⁵³⁷ QUINTERO OLIVARES, ob. ult. cit., p. 1.100

⁵³⁸ Creemos que concretamente en este caso estamos ante un concurso medial de delitos, pues se mata con el fin de facilitar el apoderamiento. V. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, Comentarios al Nuevo Código Penal, cit., p. 1.107

⁵³⁹ En relación con las distintas teorías que se han formulado en la doctrina penalista sobre la naturaleza jurídica de esta figura delictiva, v. MIR PUIG, Santiago, Derecho Penal, 5ª edición, Reppertor, Barcelona, 1998, p. 665.

adelantamos ya, no vamos a cuestionarnos aquí la conveniencia de mantener o no en el Código penal la figura del delito continuado, pues no es éste el trabajo adecuado para tales planteamientos⁵⁴⁰. Antes al contrario, vamos a tratar de ofrecer las soluciones que, a nuestro juicio, deben darse a los problemas derivados del acogimiento en nuestro derecho, primero por la jurisprudencia y luego por el propio Código penal, del delito continuado, ya que, como bien se ha afirmado por la doctrina, mientras esta figura delictiva siga existiendo, hemos de ser consecuentes con la unidad jurídica -tanto material como procesal- de acción a que da lugar la continuación delictiva⁵⁴¹. Y decimos esto porque, en nuestra opinión, lo que no se puede hacer es, dada la complejidad de un instituto como es el de la figura delictiva que aquí nos ocupa, echar mano del socorrido instrumento consistente en resolver según el caso concreto, como ha hecho nuestro Tribunal Supremo en alguna ocasión⁵⁴².

Hecha esta advertencia previa, nos centramos ya en el estudio y solución de los problemas objeto de este epígrafe.

⁵⁴⁰ Sin embargo, sí conviene dejar apuntada la tendencia abierta en la jurisprudencia alemana tras el Auto del BGH de 3 de mayo de 1994, (BGHSt GS 40, 138), en el cual se cuestiona desde distintos puntos de vista el instituto de la continuación delictiva. Para un comentario pormenorizado de esta resolución, v. CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, El delito continuado, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 168 y ss. El citado autor se muestra a lo largo de toda la obra mencionada muy crítico con esta figura delictiva, en relación con la cual afirma desde un principio que "... desde los mismos comienzos de la investigación, dirigida a analizar una figura destinada probablemente al fracaso en un futuro no muy lejano, existe la evidente dificultad de pretender dar sentido a algo que probablemente no lo tenga". También muy crítico con esta figura delictiva, a la cual califica de "producto de arte, *Kunstprodukt*", GÖSSEL, Karl Heinz, JZ 1986-1, pp. 47 y 48. En cuanto a nuestra opinión, creemos que, desaparecida la *ratio* histórica de la institución (durante el Antiguo Régimen, el condenado por tres delitos de hurto era castigado con la pena de muerte), la denominada *pietatis causa*, las justificaciones tanto materiales como procesales, que se han aducido posteriormente en su defensa no nos parecen suficientes para el mantenimiento de esta figura tan falta de concreción y de la que se derivan tantos problemas.

⁵⁴¹ CHOCLÁN MONTALVO, El delito continuado, cit., p. 429

⁵⁴² STS de 5 de abril de 1967 (RA: 1.419)

Como hemos podido observar hasta ahora, en general, la jurisprudencia basa su decisión sobre la posibilidad del cambio de calificación en el criterio de si se da una agravación de la pena, o no, entendiendo que en el primer caso no se va a poder, con carácter general, proceder a tal modificación, mientras que en el segundo, sí⁵⁴³.

Dicho esto, no debe sorprendernos la doctrina general del Tribunal Supremo en relación con la posibilidad de apreciación de oficio por el órgano jurisdiccional de delito continuado en aquellos casos en que la acusación ha sido formulada por figuras delictivas autónomas. Si bien la solución a la que llega el Tribunal Supremo es en nuestra opinión la correcta, no sucede lo mismo en relación con el razonamiento que da lugar a aquélla, ya que, una vez más, se basa fundamentalmente en el hecho de que el cambio de calificación no va a suponer, al menos por regla general, agravación alguna de la pena a imponer⁵⁴⁴.

No creemos que este criterio, tantas veces esgrimido por nuestra jurisprudencia⁵⁴⁵, sea el decisivo a la hora de decidir si cabe o no el cambio de calificación. Lo que a nuestro juicio hay que tener en cuenta es si ha

⁵⁴³ En el mismo sentido se expresan GUTIÉRREZ DE CABIEDES, "La correlación entre acusación y sentencia", cit., pp. 529 y 530; ASENSIO MELLADO, Principio acusatorio..., cit., p. 131, aunque en ese lugar este último autor que citamos está refiriéndose en concreto al deber de ilustración judicial.

⁵⁴⁴ Sin embargo, como excepción a esta regla general enunciada, hay supuestos en que la apreciación del nexo de continuación puede suponer un aumento de la pena, en concreto, aquéllos que hacen referencia a delitos contra la propiedad, en los que la suma del montante económico de cada una de las infracciones autónomas puede conducir a la imposición de pena más grave, por ejemplo, en el caso de que la adición convierta las distintas faltas en delito; v. GÓMEZ ORBANEJA, Emilio, "Quebrantamiento de forma. Delito continuado y principio acusatorio (arts. 505 y 506 Cód. Pen. de 1932, y artículos 733 y 912, núm. 4, LECRIM.)", en RDP, 1946-1, pp. 123 y 124; MIR PUIG, Derecho Penal, cit., pp. 665 y 668.

⁵⁴⁵ V., por ejemplo, la STS de 24 de junio de 1996 (RA: 5.378), que se expresa como sigue: "[s]i -como se ha hecho en la sentencia recurrida- la apreciación de la continuidad delictiva no ha servido para elevar la pena en ninguno de los términos autorizados por el art. 69 bis CP, tal calificación carece en absoluto de trascendencia y la modificación que la misma implica frente a la tesis de la acusación no es susceptible de generar indefensión ni supone quebranto alguno del principio acusatorio".

tenido lugar una introducción de hechos nuevos que supongan alteración o ampliación esencial del objeto del proceso. En este sentido, hemos de analizar los distintos supuestos que pueden plantearse:

En primer lugar, veremos el caso en que la acusación se ha mantenido por figuras delictivas autónomas o independientes y la sentencia acaba afirmando la concurrencia de delito continuado, condenando por éste. Aquí, a su vez, cabe que distingamos dos supuestos: a) que la sentencia se haya limitado a afirmar el nexo de continuación, sin haber procedido a la introducción de nuevas infracciones autónomas. En este caso está claro que no hay alteración fáctica alguna –ni de carácter esencial, ni meramente accidental-, por lo que hay que concluir que esta hipótesis en nada afectaría al principio acusatorio, si bien creemos que el órgano jurisdiccional, antes de la inclusión del delito continuado en su sentencia, debe ilustrar a las partes acerca de tal circunstancia; y b) el supuesto más problemático en que el órgano jurisdiccional, además de condenar afirmando la existencia de delito continuado, entienda, con base en la prueba practicada, que han de incluirse en la sentencia nuevos hechos constitutivos de nuevas infracciones autónomas, pero que quedan abarcadas dentro del mismo nexo de continuación. En este caso debemos plantearnos si dichos nuevos hechos lo son en el sentido técnico o normativo que estudiábamos en páginas anteriores⁵⁴⁶, es decir, aquéllos que tienen la virtualidad de alterar esencialmente el objeto del proceso penal, o si, por el contrario, nos hallamos ante elementos fácticos de carácter meramente accidental.

Pues bien, en principio, si aplicamos a este supuesto acabado de enunciar las conclusiones a que hemos ido llegando a lo largo de todo este trabajo, habríamos de afirmar que estamos ante un nuevo objeto del proceso en sentido normativo, pues es cierto que cualquiera de estos

⁵⁴⁶ V. *supra*, I) 2.2.1.2

hechos, constitutivos de otras tantas infracciones penales autónomas, podrían por sí solos integrar el objeto de un nuevo proceso, criterio éste que en su momento⁵⁴⁷ consideramos indispensable a la hora de decidir si nos encontramos ante una alteración o ampliación esencial de los hechos objeto del proceso.

Sin embargo, si tenemos en cuenta la naturaleza que se predica de la figura del delito continuado, nos daremos cuenta de que, tal y como se afirma en el seno de la doctrina penalista y, más en concreto, por los partidarios de la *teoría de la realidad jurídica*, estamos ante una creación del Derecho, la cual supone aceptar la ficción de entender que nos hallamos ante lo que se ha denominado como una *unidad jurídica de acción*⁵⁴⁸.

Por este motivo, si bien en circunstancias normales debería aceptarse aquí la existencia de un concurso real de delitos -el cual, como vimos⁵⁴⁹, supone a su vez una pluralidad de hechos en sentido procesal-, en este caso y dada la previsión expresa en nuestro Código penal de la figura del delito continuado⁵⁵⁰, creemos que los distintos hechos que, en principio, serían constitutivos de otras tantas infracciones penales, han de ser considerados como meras partes integrantes de la citada unidad jurídica de acción. Esta conclusión acabada de formular supone en relación con nuestro tema que todos los actos individuales van a ser considerados conjuntamente, como si de un solo hecho se tratara, y ello también desde el punto de vista procesal.

Cabe la posibilidad de que, a esta solución que aquí propugnamos, se le formule la siguiente crítica, a saber: la utilización de construcciones del Derecho penal material para su aplicación en el ámbito del Derecho

⁵⁴⁷ V. *supra*, en este mismo Capítulo, 2.1

⁵⁴⁸ MIR PUIG, Derecho Penal, cit., p.665

⁵⁴⁹ V. *supra*, 2.1.1.6

⁵⁵⁰ Téngase en cuenta que, hasta la reforma del Código penal que tuvo lugar en 1983, la figura del delito continuado era de creación doctrinal y jurisprudencial, pues hasta esa fecha no hallaba previsión expresa en el Código penal, por lo que chocaba con problemas derivados de la vigencia del principio de legalidad en nuestro ordenamiento jurídico, MIR PUIG, Derecho Penal, cit., pp. 664-666.

procesal penal, pues, ya desde un principio, defendimos la no equiparación entre el concepto jurídico-material y el jurídico-procesal de hecho⁵⁵¹. Sin embargo -además de que ya en su momento matizábamos aquellas afirmaciones con algunas excepciones derivadas de la teoría del concurso de delitos-, la creación de la figura del delito continuado, tal y como se ha afirmado por la doctrina procesalista más autorizada⁵⁵², se justifica también en gran medida desde el punto de vista procesal, pues la imposibilidad de fijar con exactitud el número de delitos singulares hace que no pueda exigírsele al órgano jurisdiccional la determinación de todos y cada uno de los actos individuales que han tenido lugar y que quedarán abarcados por el nexo de continuación, tanto a los efectos de correlación entre acusación y sentencia como de cosa juzgada material. En este sentido, como se comprenderá, el juzgador va a estar facultado para incluir en la sentencia que dicte todos aquellos nuevos hechos singulares que no estuviesen expresados en los escritos de acusación, pues todos ellos van a formar parte de un único hecho en sentido procesal, por lo que tendrán que ser juzgados en un mismo proceso. Asimismo, una vez recaída sentencia, se considerará que ésta abarca tanto los hechos individuales que fueron objeto del juicio y de la sentencia, como aquéllos que no lo fueron, pero que quedan incluidos en el nexo de continuación⁵⁵³.

Un último problema que surge es el del establecimiento de un límite temporal máximo a partir del cual los hechos que eventualmente pudieran

⁵⁵¹ FEZER, Gerhard, "Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Strafverfahrensrecht", Teil 2, en *Juristen Zeitung*, 1996, p. 663, citando ejemplos de la jurisprudencia alemana en que los conceptos de hecho en el sentido jurídico-material y en el jurídico-procesal no coinciden.

⁵⁵² GÓMEZ ORBANEJA, "Quebrantamiento de forma...", cit., pp. 123 y 124

⁵⁵³ Tal y como mantiene GÓMEZ ORBANEJA, ob. y lug. ult. cit., "[l]a única solución viable es considerar los casos de la pluralidad explícita como «botones de muestra» de una repetición implícita, posiblemente más amplia, y acomodar la pena a la idea de suma con independencia del número efectivo de sumandos".

acaecer constituirían ya el objeto de un nuevo proceso, en tanto en cuanto ya no quedarían abarcados por el nexo de continuación.

En relación con este tema, la doctrina de nuestro país baraja distintas posibilidades. Así, hay autores que mantienen que tal momento preclusivo ha de ser el de la querrela, mientras que otros afirman que lo es el de la acusación⁵⁵⁴. Sin embargo, hemos de reconocer que no nos convence ninguna de estas dos alternativas, pues creemos que lo correcto sería extender dicho límite temporal hasta el momento de dictar sentencia o, más concretamente, como se defiende en la doctrina y jurisprudencia alemanas, hasta el último día de las sesiones del juicio oral⁵⁵⁵, ya que ese es el momento en que se produce la interrupción de la unidad jurídica de acción que pueda haber existido hasta entonces⁵⁵⁶.

Y en segundo lugar, nos plantearemos qué sucede cuando se da justo el supuesto contrario al que nos hemos referido hasta aquí, es decir, que la acusación en sus escritos haya pedido se estime el nexo de continuación, pero el órgano jurisdiccional afirma la existencia de una pluralidad de infracciones individuales e independientes. Aquí, el criterio a aplicar para la solución del problema consiste igualmente en observar que el nexo de continuación, en realidad, no constituye alteración fáctica alguna, pues todos los hechos que la sentencia va a incluir han sido previamente objeto de acusación. La única diferencia –la afirmación de la existencia de delito continuado, en vez de distintos delitos autónomos- es de mera apreciación jurídica, por lo que en nuestra opinión le está perfectamente autorizada al juzgador, siempre y cuando las partes hayan tenido posibilidad de

⁵⁵⁴ V. ASECIO MELLADO, Principio acusatorio..., cit., p. 82, npp. 221, con la bibliografía allí citada.

⁵⁵⁵ ROXIN, Strafverfahrensrecht, cit., (21ª ed.), p. 123, (§ 20); KLEINKNECHT, StPO, cit., § 264, marg. 9 y la jurisprudencia citada por el autor.

⁵⁵⁶ Por lo que se refiere a la jurisprudencia española en relación con este tema, no hemos sido capaces de encontrar ningún supuesto de relativa actualidad en el que se plantee expresamente la cuestión.

defenderse ante esta nueva calificación⁵⁵⁷. Obsérvese que aquí, la no apreciación de la continuidad conducirá en la mayoría de los casos a una agravación de la pena, pero, como hemos dicho, esta cuestión no es de relevancia a los efectos que en este trabajo nos ocupan.

En relación con el objeto normativo de la sentencia, conviene tener en cuenta que, en este caso que nos estamos planteando ahora, la cosa juzgada, obviamente, sólo va a abarcar los hechos que realmente hayan sido enjuiciados y no aquellos otros que, pudiendo haberlo sido, no fueron objeto del proceso, bien porque no habían sido descubiertos, bien por cualquier otro motivo⁵⁵⁸. Esto que acabamos de decir resulta obvio, pues si la sentencia no mantiene la concurrencia del nexo de continuación, la eventual pluralidad de hechos delictivos daría lugar, todo lo más, a la figura del concurso real que se traduce, como sabemos, en una pluralidad de hechos en sentido procesal, los cuales pueden dar lugar a la incoación de otros tantos procesos penales.

Ya por último, sólo nos resta añadir que todo lo dicho en este epígrafe ha sido enfocado desde el punto de vista de la sentencia condenatoria, pues, lógicamente, es imposible que la absolutoria afirme la existencia de nexo de continuación alguno. Por ello, tras su firmeza cabe perfectamente la iniciación de un nuevo proceso por otros hechos que eventualmente hubiesen podido estar en relación de continuación con los que ya fueron objeto de enjuiciamiento y absolución⁵⁵⁹.

⁵⁵⁷ Esta es también la conclusión a la que parece llegar la STS de 7 de febrero de 1997 (RA: 661).

⁵⁵⁸ En el mismo sentido, CHOCLÁN MONTALVO, *El delito continuado*, cit., p. 422

⁵⁵⁹ De la misma opinión, GÓMEZ ORBANEJA, *Comentarios...*, cit., t. II, p. 310; GUTIÉRREZ DE CABIEDES, "La correlación entre acusación y sentencia", cit., p. 532. Decididamente en contra, GÖSSEL, *JZ* 1986-1, p. 47.

2.1.1.8. Posibilidad de formular calificaciones alternativas

Vistas en los epígrafes inmediatamente anteriores algunas de las más importantes alteraciones que puede sufrir el objeto del proceso a lo largo del mismo, podrá entenderse que la Ley de Enjuiciamiento Criminal en sus artículos 653 y 732, párrafo tercero, prevea expresamente la posibilidad que tienen las partes de incluir tanto en sus escritos de calificaciones provisionales como en sus conclusiones definitivas, formulaciones alternativas, de manera que, si el órgano jurisdiccional no acoge la calificación propuesta de forma principal, sí pueda estimar probada otra que se haya planteado con carácter, más que alternativo, subsidiario⁵⁶⁰.

En un primer momento, esta posibilidad puede parecer un tanto extraña, pues su uso podría dar la sensación de una cierta falta de convencimiento en relación con lo que se postula e incluso, lo que sería aún más grave, generar situaciones de indefensión. Sin embargo, esta primera impresión se desvanece, al menos en nuestra opinión, en cuanto se tienen en cuenta todas las ventajas que implica el que las partes hagan uso de tal facultad, pues, en otro caso, lo más probable es que la posibilidad de tales calificaciones subsidiarias afloren por primera vez a raíz del trámite del "*planteamiento de la tesis*" previsto en el tan citado artículo 733 de la Ley de Enjuiciamiento⁵⁶¹. Por otro lado, el Tribunal Constitucional se ha manifestado ya afirmando que la formulación alternativa de calificaciones no entraña lesión alguna del derecho a ser informado de la acusación⁵⁶².

⁵⁶⁰ También a favor de la subsidiariedad, en vez de la alternatividad, SERRA, "El juicio oral", cit., p. 774; GIMENO, Los procesos penales, cit., t. 5, p. 668.

⁵⁶¹ Así, GIMENO, Los procesos penales, cit., t. 5, p. 669, que afirma que la poca utilización de esta facultad en la práctica se debe a que "las partes delegan en el Tribunal su propia responsabilidad, perjudicando de modo notorio el principio de contradicción, además, en su caso, del acusatorio y de defensa".

⁵⁶² V., *a sensu contrario*, SSTC de 27 de febrero de 1997 (RA: 24) y 5 de junio de 1985 (RA: 83)

Lo dicho hasta aquí en relación con la conveniencia de tales calificaciones subsidiarias⁵⁶³ no obsta para entender que, en nuestra opinión, la doctrina y jurisprudencia alemanas hayan llegado demasiado lejos⁵⁶⁴, pues no sólo admiten –a pesar de que la Ordenanza procesal penal no lo prevé expresamente- calificaciones alternativas en los escritos de acusación y defensa, sino que además dan un paso más al permitir incluso, también sin fundamento legal expreso, que las sentencias condenatorias lo sean en relación con tipos penales alternativos⁵⁶⁵. Sin embargo, como no podía ser de otra forma, tales condenas alternativas han de sujetarse a una serie de requisitos que han sido establecidos por la jurisprudencia⁵⁶⁶. Se trata de supuestos en que, tras la práctica de la prueba, el tribunal adquiere la convicción de que el acusado es culpable, pero no puede determinarse con base en qué norma del Código penal⁵⁶⁷. No nos parece que esta

⁵⁶³ También defienden el carácter saludable de esta práctica SERRA, "El juicio oral", cit., p. 774; GIMENO, Los procesos penales, ob. y lug. ult. cit.; RUÍZ VADILLO, El principio acusatorio y su proyección..., cit., p. 98, que hace referencia a la conveniencia de formular calificaciones alternativas aludiendo en concreto al supuesto clásico que surge en los casos de duda entre los delitos de robo y receptación; AGUILERA DE PAZ, Comentarios..., cit., t. 5, pp. 61 y ss.

⁵⁶⁴ En el mismo sentido y afirmando que tal posibilidad de condena según acontecimientos alternativos no cabría en Italia, BETTIOL, Giuseppe, "Sentenza penale di condanna e accertamento alternativo di fatti", en Scritti Giuridici, t. I, Cedam, Padova, 1966, p. 210.

⁵⁶⁵ Un supuesto extremo es el contenido en la Sentencia del OLG de Celle (NJW 1979, p. 228). Se trata de un sujeto que, para ser expulsado del servicio militar, había declarado que consumía drogas habitualmente. Con base en ello, se le acusa de posesión ilícita y adquisición de sustancias tóxicas. En la primera instancia no se pudieron probar estos hechos. Por otro lado, tampoco el tribunal de segunda instancia pudo condenar ni por evadirse del servicio militar, ni por simulación de hechos ilícitos, porque no se daba la identidad fáctica que requiere el § 264 StPO entre estos dos últimos delitos y el de posesión de sustancias tóxicas. Sin embargo, el OLG de Celle revoca la sentencia absolutoria de segunda instancia, porque mantiene que las distintas imputaciones se excluyen alternativamente, por lo que, debido a esta "relación mental inescindible", se trata de un único hecho *ex* § 264.

⁵⁶⁶ Para una exposición de dichos requisitos, v. KLEINKNECHT, StPO, cit., § 260, marginales 29-31; v. también la tabla de condenas alternativas permitidas y no permitidas en ENDRUWEIT, Die Wahlfeststellung..., cit., pp. 82-86.

⁵⁶⁷ WOLTER, Jürgen, Alternative und eindeutige Verurteilung auf mehrdeutiger Tatsachengrundlage im Strafrecht. Duncker & Humblot, Berlin, 1972, p. 15.

práctica, aunque pretenda justificarse en motivos de política criminal, sea en ningún caso adecuada, pues entendemos que menoscaba la máxima *in dubio pro reo*, aparte de recordarnos bastante a la –también censurable– teoría de la pena justificada de nuestro Tribunal Supremo.

2.1.2. La formulación de nuevas calificaciones jurídicas por el órgano jurisdiccional en el proceso abreviado

Como ya hemos dicho⁵⁶⁸, debido al carácter de derecho supletorio de la regulación prevista para el proceso ordinario por delitos graves, en este punto y salvadas algunas cuestiones concretas que abordaremos a continuación, hemos de remitirnos a lo ya estudiado en los epígrafes precedentes. Hecha esta indicación, pasamos a ocuparnos de los problemas específicos que surgen en relación con nuestro tema en el proceso abreviado.

Como es sabido, la garantía de la correlación entre acusación y sentencia tiene su regulación específica para el ámbito de aplicación del proceso abreviado. Concretamente, el artículo 794.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se expresa como sigue:

"La sentencia no podrá imponer pena que exceda de la más grave de las acusaciones, ni condenar por delito distinto cuando éste conlleve una diversidad de bien jurídico protegido o mutación sustancial del hecho enjuiciado".

La primera crítica que cabe hacer a esta regulación consiste en plantearnos si la misma era verdaderamente necesaria o si, por el contrario, no hubiese sido más conveniente contar con una unitaria que, como tal, fuese de aplicación general para todos los procesos penales⁵⁶⁹. Si lo que se

⁵⁶⁸ V. 2.1.1

⁵⁶⁹ De la misma opinión, ORTELLS, "El nuevo procedimiento penal abreviado: aspectos fundamentales", en *El proceso penal abreviado (Nueve estudios)*, Comares, Granada, 1997, p. 13

pretendía evitar era que se aplicase el tradicional planteamiento de la tesis del artículo 733 al proceso abreviado, en nuestra opinión, debió haberse procedido incluso a su derogación a través de la Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre, explicitándose que a partir de la entrada en vigor de la citada Ley esta materia pasaría a regirse, también para el ámbito del proceso ordinario, por lo establecido en los artículos 794.3 y 793, apartados 6 y 7 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal⁵⁷⁰. De optar por esta solución, la misma hubiese tenido que implicar también completar la regulación en el sentido de incluir más claramente de lo que hoy lo hace la Ley -ya sea en el artículo 794.3 ó en el 793.6- la posibilidad de que el órgano enjuiciador informe a las partes sobre su propia tesis para que éstas no sufran indefensión ante el eventual cambio de calificación, pues de lo contrario, el órgano jurisdiccional no podría condenar por delito distinto, ni siquiera cuando éste no conlleve ni *"diversidad de bien jurídico protegido"*, ni tampoco *"mutación sustancial del hecho enjuiciado"*. Tal proceder hubiese sido razonable, pues, como ya se ha dicho en otra ocasión⁵⁷¹, la literalidad de la norma contenida en el artículo 733 poco tiene ya que ver con su efectiva aplicación en la práctica, por lo que sería deseable que, de una vez, se acometiese su reforma.

⁵⁷⁰ En la actualidad, la jurisprudencia no sólo aplica la regulación contenida en el art. 733 para el ámbito del proceso abreviado (v., por ejemplo, ARP 1998/2.516, de 13 de mayo), sino que, por otro lado (v. ARP 1995/713, de 30 de junio), mantiene que "el citado precepto [en alusión al 793.6] debe interpretarse en concordancia con el art. 733 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (aplicable al procedimiento abreviado según lo dispuesto en el art. 780.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal)"; en el mismo sentido, aunque haciendo extensiva la aplicación del art. 733 LECr. también al proceso ante el Jurado, v. GIMENO, Ley Orgánica del Tribunal del Jurado. Comentarios prácticos al nuevo proceso penal ante el Tribunal del Jurado (con Garberí Llobregat), 1ª ed., Colex, Madrid, 1996, p. 269. Además, volviendo a la jurisprudencia y en relación con la interpretación del art. 793.7 aquélla afirma que el mismo "tiene, sin duda, vocación de generalidad, porque responde al principio constitucional de proscripción de toda indefensión" (ARP 1998/4.541, de 17 de septiembre).

⁵⁷¹ V. 2.1.1

Pero, entrando ya en el contenido concreto del artículo 794.3, nos parece justo reconocer que el mismo, en términos generales, ha de ser bien acogido, pues tiene el mérito de hacerse eco, al menos parcialmente, de la teoría normativa sobre el objeto del proceso penal⁵⁷² defendida en España, ya desde los años cincuenta, por Gómez Orbaneja y que, también en parte, venía siendo aplicada por nuestros tribunales. Si recordamos, la citada teoría hacía referencia, por un lado, a la identidad, al menos parcial, de la actividad típica; y por otro -para aquellos supuestos en que no se dé tal identidad- a la del bien o interés jurídico lesionado. Dicho esto, nos será fácil reconocer estos postulados en la literalidad del artículo 794.3, lo cual, insistimos, debe ser acogido favorablemente.

Por el contrario, no podemos mostrarnos tan de acuerdo con lo que establece el precepto en relación con la vinculación a la pena que hubiesen solicitado las partes. Aun así y sin perjuicio de la necesaria remisión a otro lugar de este trabajo en el que ya se hizo referencia a este tema⁵⁷³, creemos que en la actualidad este aspecto ya no presenta problema alguno, pues la jurisprudencia, tras un cierto titubeo inicial que ya hemos analizado, se ha ocupado de determinar cuál es la interpretación que ha de dársele a este aspecto de la norma, concluyendo que la misma establece la vinculación del órgano jurisdiccional a la pena pedida por las partes, pero en un sentido abstracto -y no concreto, como se mantuvo en un principio. Además, nos parece conveniente señalar que no hay que hacer demasiadas peripecias interpretativas para llegar a la citada conclusión, pues creemos que de la literalidad de la norma no se desprende, ni mucho menos con carácter necesario, que el tribunal no pueda imponer pena que exceda de aquella que, concretamente, hubieran formulado las partes. Lo que sucede, en nuestra opinión, es que las primeras decisiones de la jurisprudencia que se

⁵⁷² V. I) 2.2.1.2.1 y 2.2.1.2.2

⁵⁷³ V. I) 2.2.3

inclinaron por entender que el artículo 794.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal ataba al órgano jurisdiccional al límite de la pena concreta, no hacían otra cosa que dar un paso más en el camino, ya consolidado en nuestro país, de asimilar el principio acusatorio que debe regir en el proceso penal al dispositivo, propio del civil.

También en cuanto a este tema relativo a la eventual vinculación del órgano jurisdiccional a la petición de pena que hayan formulado las partes acusadoras, puede plantear problemas de interpretación lo establecido en el artículo 793.8 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal al afirmar el citado precepto que *"cuando todas las acusaciones califiquen los hechos como delitos castigados con pena que exceda de la competencia del Juez de lo Penal se declarará éste incompetente para juzgar, dará por terminado el juicio y remitirá las actuaciones a la Audiencia competente"*⁵⁷⁴. La rotundidad con que se expresa este precepto podría entenderse de nuevo en el sentido de que el Juez de lo penal queda vinculado a la pena concreta solicitada por todas las acusaciones -o, en su caso, por la única que esté personada. Sin embargo, tal y como se ha manifestado ya en la doctrina⁵⁷⁵, esto no siempre es así, pues precisamente debido a la circunstancia de que el órgano jurisdiccional sólo queda vinculado por la pena en abstracto, habrá supuestos en los que el mismo, en el ejercicio legítimo de la potestad jurisdiccional, estime conveniente imponer pena inferior a la solicitada por las acusaciones y que, a su vez, no rebase el límite penológico que sirve de criterio para atribuir competencia al Juez de lo penal en el proceso abreviado. Hay que tener en cuenta que, a diferencia del supuesto que veremos a continuación, en éste que nos ocupa ahora, ya se ha celebrado el

⁵⁷⁴ El art. 48.3 de la LOTJ adopta justamente la solución contraria.

⁵⁷⁵ CORTÉS DOMÍNGUEZ, "La sentencia", en *El nuevo Proceso Penal. Estudios sobre la Ley Orgánica 7/1988*, cit., pp. 211 y 212; CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Cándido, (con Gimeno Sendra y Garberí Llobregat), *Los procesos penales. Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal con formularios y jurisprudencia*, t. 6, Barcelona, Bosch, 2000, p. 348.

juicio oral con la correspondiente práctica de la prueba, por lo que, ahora sí, ha de entenderse que el órgano sentenciador ya se habrá formado su concreta convicción sobre los hechos y, a partir de ahí, sólo a él y no a las partes le corresponde determinar -motivándolo, eso sí- la pena a imponer. Por supuesto, cuando el criterio del Juez de lo penal en cuanto a la determinación de la pena concreta a imponer coincida con el de las acusaciones sí será de aplicación, sin matización alguna, lo establecido en el apartado octavo del artículo 793, por lo que habrá de remitir las actuaciones a la Audiencia provincial que corresponda para la celebración ante ésta -al menos⁵⁷⁶- de un nuevo juicio por exigencia del principio de inmediación que ha de regir en la práctica de la prueba. Lo que debe quedar claro es que, según reiteradísima jurisprudencia del Tribunal Supremo⁵⁷⁷, para la determinación de la competencia objetiva ha de prestarse atención a la pena establecida con carácter abstracto en el tipo penal a tenor del cual se hubiesen calificado los hechos, no pudiendo quedar en ningún caso tal determinación en manos de las partes, sino que, antes al contrario, debe estar sometida al control de oficio por el órgano jurisdiccional.

Otra cuestión que queremos tratar aquí es la que plantean varios autores en relación con la imposibilidad de introducir aquellas modificaciones que pretendan subsumir los hechos en un tipo penal que haya sido rechazado previa y formalmente mediante resolución judicial

⁵⁷⁶ Si el cambio de calificación trajese también consigo la inadecuación del procedimiento abreviado a favor del ordinario por delitos graves, a tenor de lo establecido en el art. 780 pfo. 2º LECr., no sólo habrá de celebrarse nuevo juicio, sino que las actuaciones habrán de retrotraerse hasta el momento en que "resulte necesario practicar (las) diligencias o realizar (las) actuaciones" a que hace referencia el precepto. Por este motivo, como ha dicho ALMAGRO NOSETE, José, "El objeto del proceso penal abreviado", en *El nuevo Proceso Penal...*, cit., p. 131, habría de declarar la nulidad de actuaciones y volver al primero de los momentos en que la aplicación de las normas del proceso abreviado hubiese supuesto una mengua de las garantías frente a lo previsto para el proceso ordinario. Así también ORTELLS, "La adecuación del procedimiento en el proceso penal abreviado", en *El proceso penal abreviado* cit., pp. 45-47

⁵⁷⁷ V. a modo de ejemplo y entre otras muchas las SSTs de 22 de abril de 1999 (RA: 3.204), 21 de diciembre de 1998 (RA: 9.800).

firme⁵⁷⁸. Así, se cita un ejemplo en el que cualquier parte acusadora solicita, en fase de instrucción y a tenor de lo establecido en el artículo 780,2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la conversión del procedimiento abreviado en uno ordinario al entender que los hechos no deben ser calificados como un delito de lesiones, como era el caso hasta el momento, sino como un delito frustrado de homicidio. Ante ello, el Juez de instrucción rechaza la nueva calificación en resolución que, posteriormente, es recurrida ante la Audiencia provincial y ésta, a su vez, confirma la decisión del órgano unipersonal manteniendo la calificación de lesiones. Pues bien, la consecuencia de todo esto es que, según estos autores, llegados al juicio oral, las partes acusadoras no podrán modificar sus calificaciones en el sentido de pedir la condena por homicidio frustrado, pues ya dicha calificación ha sido rechazada con anterioridad. Y lo mismo sucedería en el caso de que la denegación por la Audiencia del cambio de calificación se produjese por la vía del recurso contra un auto de procesamiento, lo cual parece ir en contra de la reiterada y constante jurisprudencia que mantiene que la calificación jurídica efectuada en el auto de procesamiento no vincula al órgano enjuiciador a la hora de dictar sentencia.

No podemos estar de acuerdo con este planteamiento por todos los motivos que exponemos a continuación:

primero: creemos que una cuestión de tanta enjundia como lo es, en este supuesto enunciado, la de si unos hechos son calificados como un delito de lesiones consumadas o, por el contrario, como homicidio

⁵⁷⁸ DEL MORAL GARCÍA, Antonio, "El trámite de calificación definitiva en el procedimiento abreviado", en *El juicio oral en el proceso penal (con especial referencia al procedimiento abreviado)*, Comares, Granada, 1995, pp. 415 y 416; del mismo autor, "Sobre la no vinculación del Juez de Instrucción a la petición de transformación del procedimiento formulada por el Ministerio Público", en *Memoria de la Fiscalía General del Estado (año 1993)*, pp. 872-878; GIMENO SENDRA, Vicente, (con Conde-Pumpido Tourón y Garberí Llobregat), *Los procesos penales. Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal cit.*, t. 5, pp. 666 y 667.

frustrado o intentado no puede quedar decidida definitivamente desde un momento previo al de la práctica de la prueba en el juicio oral, a raíz de la cual puede haberse creado la convicción del órgano jurisdiccional en un sentido o en otro⁵⁷⁹. Además, la correcta calificación de unos hechos no puede hacerse depender de un criterio tan voluble como es el de fijar el límite entre el proceso abreviado y el ordinario⁵⁸⁰. De lo contrario, se llegaría a soluciones excesivamente arbitrarias, pues aquellos supuestos en que el cambio de calificación no suponga rebasar el límite entre los dos tipos de proceso citados sí podrán ser objeto de modificación, mientras que los demás, no;

segundo: hay que tener también en cuenta que existe reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo⁵⁸¹ en la cual se afirma que la calificación jurídica de los hechos efectuada en el auto de procesamiento no vincula al órgano de enjuiciamiento a la hora de dictar sentencia, por lo que, entendemos, tampoco impedirá que las partes, en sus conclusiones definitivas, se aparten de tal calificación; y

tercero: en casos de duda -como es el que comentamos, pues suele entrañar gran dificultad el optar por calificar unos hechos como lesiones consumadas o como homicidio, ya sea éste en grado de frustración o de tentativa- creemos que, de cualquier forma, es más adecuado proceder a la conversión del procedimiento abreviado en uno ordinario por delitos graves, pues éste implica mayores garantías para el imputado -o al menos así quiso el legislador que fuera⁵⁸².

⁵⁷⁹ ORTELLS, "La adecuación del procedimiento..." cit., p. 43

⁵⁸⁰ Obsérvese el cambio –significativo– que se operó en dicho límite a raíz de la entrada en vigor en nuestro país del CP de 1995.

⁵⁸¹ SSTS de 20 de diciembre de 2000 (RA: 738); 29 de enero de 1996 (RA: 54)

⁵⁸² Lo mismo mantiene GIMENO, Derecho Procesal Penal, cit., p. 851: "en el supuesto de duda en la determinación del procedimiento aplicable o de colisión entre normas del procedimiento común y los demás, han de prevalecer las de este procedimiento ordinario, dada su *vis atractiva* dimanante de su carácter común". También parece expresarse en el mismo sentido ORTELLS, "La adecuación del

2.1.3. La formulación de nuevas calificaciones jurídicas por el órgano jurisdiccional en el proceso ante el Tribunal del Jurado

Por lo que se refiere a la formulación de oficio de nuevas calificaciones jurídicas en el marco del proceso que se celebra ante el Tribunal del Jurado, nos encontramos aquí ante lo que podríamos denominar como una doble regulación del tema objeto de nuestro estudio, pues el mismo se encuentra presente tanto en el artículo 48, como en el 52, ambos de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado. El primer precepto citado afirma en su apartado segundo en relación con la *"modificación de las conclusiones provisionales y conclusiones definitivas"*:

"El Magistrado-Presidente requerirá a las partes en los términos previstos en el apartado 6 del artículo 793 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal estándose, en su caso, a lo dispuesto en el apartado 7 del citado precepto".

Mientras que el artículo 52.1, refiriéndose al *"objeto del veredicto"* se expresa en su apartado g) como sigue:

"El Magistrado-Presidente, a la vista del resultado de la prueba, podrá añadir hechos o calificaciones jurídicas favorables al acusado siempre que no impliquen una variación sustancial del hecho justificable, ni ocasionen indefensión".

Esta regulación acabada de citar ha sido objeto de una crítica casi unánime por parte de la doctrina científica de nuestro país, sobre todo por lo que se refiere a la facultad prevista en el apartado g) del artículo 52.1,

procedimiento..." cit, p. 41 al afirmar que "me parece adecuado que, como tendencia, baste una «menor» probabilidad cuando se trate de un cambio a procedimiento ordinario y se requiera un juicio positivo de probabilidad más riguroso para acordar un cambio a procedimiento abreviado. La razón es que en el segundo caso no se excluye un posible «retorno» al procedimiento ordinario..."

que ha sido tildada de inquisitiva y, por lo tanto, de contraria al principio acusatorio⁵⁸³.

Sin embargo, si bien entendemos, con Marchena⁵⁸⁴, que el legislador pudo haberse ahorrado la posibilidad introducida en el artículo 52.1g) si quería contribuir a la nitidez del sistema, creemos también, con el citado autor, que tal facultad del Magistrado-Presidente *"nunca podrá ser entendida como una derogación de principios estructurales básicos del proceso penal"*, lo cual, además, viene avalado por una interpretación sistemática tanto del texto articulado de la Ley, como también de la Exposición de Motivos. Por todo ello, en las líneas que siguen, vamos a proceder a plantearnos si la regulación contenida en la letra g) del artículo 52.1 de la Ley del Jurado es de verdad y a todas luces contraria al principio acusatorio y, consecuentemente, una facultad inquisitiva puesta al servicio del Magistrado-Presidente.

En nuestra opinión y, sobre todo, si somos coherentes con todo lo dicho hasta este momento, el precepto citado no puede entenderse como una derogación del principio acusatorio y mucho menos aún si lo leemos hasta el final, pues en su último párrafo y para evitar posibles vulneraciones del mencionado principio se afirma lo siguiente:

⁵⁸³ GARBERÍ, Ley Orgánica del Tribunal del Jurado, cit., p. 287, que mantiene que "a través de ella dicho Magistrado podría introducir hechos provenientes de su ciencia privada pudiendo ocasionar la «indefensión» de las partes acusadoras y la pérdida irreversible de su propia imparcialidad, razón por la cual parece aconsejable reclamar que, en el futuro y pese a la expresa autorización legal, el Magistrado-Presidente se abstenga de hacer uso de semejante facultad inquisitiva"; GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis, El proceso penal especial ante el Tribunal del Jurado, Civitas, Madrid, 1996, pp. 116-118, donde el autor afirma que "[h]abría sido mucho mejor reconocer llanamente la aplicación del artículo 733 LECRIM en este proceso"; Díez-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio y AGUILERA MORALES, Marien, Comentarios a la Ley del Jurado (coord. por Andrés de la Oliva), Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1999, pp. 507 y 526 y ss.

⁵⁸⁴ MARCHENA GÓMEZ, Manuel, "La reordenación propedéutica del objeto del proceso por el Magistrado-Presidente: la delimitación del objeto del veredicto. Las instrucciones a los jurados a la luz del previgente resumen presidencial (Artículos 52 a 55, LOTJ 5/1995)", en Comentarios sistemáticos a la Ley del Jurado y a la reforma de la prisión preventiva, Comares, Granada, 1996, p. 246.

"Si el Magistrado-Presidente entendiase que de la prueba deriva un hecho que implique tal variación sustancial, ordenará deducir el correspondiente tanto de culpa".

Con esta referencia incluida en el precepto queda plenamente garantizada la vigencia del principio acusatorio, pues es en este inciso donde verdaderamente se está aludiendo a *hechos nuevos*⁵⁸⁵, pero nuevos en el sentido normativo que estudiábamos en otro lugar de este trabajo⁵⁸⁶, siguiendo al tantas veces citado Profesor Gómez Orbaneja. Sin embargo y según lo que hemos defendido a lo largo de estas líneas, la *facultad* que el legislador reconoce al Magistrado-Presidente en el primer párrafo de la norma que venimos comentando, en realidad no es sino el reconocimiento por el legislador del carácter indivisible del objeto del proceso⁵⁸⁷ que trae a su vez consigo el *deber* para el Magistrado-Presidente –por lo tanto no la facultad, ni la posibilidad, sino el deber- de enjuiciar en toda su extensión los hechos que, aportados por las partes, constituyen el objeto de enjuiciamiento⁵⁸⁸. Pues bien, precisamente en cumplimiento del deber que acabamos de citar el Magistrado-Presidente añadirá aquellos elementos fácticos –hechos, dice la Ley, prestándose quizá a confusión- que no supongan más que tener en cuenta en toda su extensión el hecho principal introducido por las partes⁵⁸⁹. Se trata por lo tanto de circunstancias fácticas que, por sí mismas, no tienen virtualidad suficiente como para constituir el objeto de un nuevo proceso y por ello entendemos que lo conveniente es, tal y como ha hecho el legislador de 1995, incluirlas en el objeto del

⁵⁸⁵ Por este motivo nos referiremos más detenidamente a este pfo. últ. del art. 52.1g) *infra*, 2.2.3.

⁵⁸⁶ I) 2.2.1.2

⁵⁸⁷ ASENSIO MELLADO, Principio acusatorio y..., cit., pp. 49 y 50

⁵⁸⁸ ROXIN, Strafverfahrensrecht, cit., pp. 137 y 138, (§20, marg. 1)

⁵⁸⁹ Al contrario que GARBERÍ, Ley Orgánica..., cit., pp. 283 y 284, no creemos que el precepto incluido en el art. 52.1g abra la posibilidad de que el Magistrado-Presidente incluya con base en él "hechos provenientes de su ciencia privada", pues en cualquier caso creemos que los hechos que se añadan por esta vía han de haber resultado de la práctica de la prueba.

veredicto que el Magistrado-Presidente someta a los jurados por escrito⁵⁹⁰. Con todo, quizá hubiese sido mejor que la Ley omitiera la referencia a los "*hechos (...) favorables al acusado*", pues bastaba con aludir, como de hecho se hace, a la introducción de nuevas "*calificaciones jurídicas*" para que ello implicase ya –al menos así sucederá la mayor parte de las veces- el que se añadan también nuevas circunstancias fácticas de carácter meramente accidental por el Magistrado.

Sin embargo, hay que dejar claro que no basta con que no se vulnere el principio acusatorio, pues antes al contrario y como hemos manifestado hasta la saciedad, ha de garantizarse también y en todo caso la vigencia del principio de contradicción para evitar cualquier tipo de indefensión⁵⁹¹. Por ello ha de brindársele a las partes la posibilidad de defenderse frente a estos nuevos aspectos que pueda introducir el Magistrado-Presidente en el escrito que contenga el objeto del veredicto. En este sentido, creemos que el precepto contenido en el artículo 53 de la Ley del Jurado, que lleva por rótulo "*[a]udiencia a las partes*", también da cumplimiento a estas otras garantías⁵⁹² al afirmar en su apartado primero:

"Antes de entregar a los jurados el escrito con el objeto del veredicto, el Magistrado-Presidente oirá a las partes, que podrán solicitar las inclusiones o exclusiones que estimen pertinentes, decidiendo aquél de plano lo que corresponda."

A pesar de que el tenor literal del precepto –al afirmar que el Magistrado-Presidente decidirá "*de plano lo que corresponda*"- también pudiera parecer, tras un primer acercamiento, de corte inquisitivo, creemos que posiblemente el legislador a través de tal expresión sólo haya querido

⁵⁹⁰ De este escrito ha dicho MARCHENA, "La reordenación propedéutica...", cit., p. 248, que se trata de un "vehículo inédito de exteriorización de los actos jurisdiccionales", pues no encaja en los tipos de resoluciones jurisdiccionales previstas en el art. 245 de la LOPJ.

⁵⁹¹ En el mismo sentido, ARMENTA DEU, Principio acusatorio..., cit., p. 67

⁵⁹² A este fin también va dirigida la coetilla introducida en el pfo. 2º del art. 52.1g) de la LOTJ "... ni ocasionen indefensión."

acabar de una vez con la inaceptable doctrina sentada por el Tribunal Supremo, según la cual el órgano jurisdiccional no podrá condenar a tenor de la nueva tesis calificadora que él mismo ha planteado a las partes *ex* artículo 733 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, si éstas no aceptan previamente aquélla.

Dicho todo esto, también hemos de reconocer que no alcanzamos a entender por qué motivo el legislador no aprovechó el trámite contemplado en el artículo 48.2 de la Ley del Jurado para plantear a las partes estos nuevos hechos y calificaciones jurídicas. Creemos que en este aspecto, como ya adelantábamos al principio de este epígrafe, se introduce en la Ley una duplicidad que en modo alguno es necesaria, pues ya la práctica de la prueba, que es la única que en definitiva puede originar tales modificaciones, ha tenido lugar, como bien indica el propio artículo 48, esta vez en su apartado primero.

En cuanto al requisito previsto en el artículo 52.1g) de la Ley del Jurado que hace referencia a que los hechos o calificaciones jurídicas que añada el Magistrado-Presidente hayan de ser "*favorables al acusado*", no vemos el sentido de tal limitación, pues en nuestra opinión el órgano jurisdiccional ha de cumplir con el deber de enjuiciar en toda su amplitud el hecho que las partes sometan a su decisión. Por ello, dentro de ese límite relativo al hecho normativo que constituye el objeto del proceso, el Magistrado, entendemos, tiene el deber de añadir también aquellos hechos –no esenciales- y calificaciones jurídicas que sean desfavorables al acusado, como pudiera ser, por ejemplo, la apreciación de alguna circunstancia agravante que no haya sido solicitada por las partes, pero que el órgano jurisdiccional entiende que ha resultado probada en el juicio y que, por lo tanto, tras posibilitar la debida contradicción en relación con dicha agravante, *debe* incluir en su sentencia.

Dicho esto, hay que dejar también claro que el Magistrado-Presidente no puede en ningún caso incluir en la sentencia circunstancias fácticas de carácter no esencial que no hayan sido apreciadas por el Jurado en el veredicto y que supongan, por ejemplo, una modificación de la responsabilidad. Sin embargo, no es esto lo que sucede siempre en la práctica, donde la jurisprudencia menor parece haber aceptado en alguna ocasión esta hipótesis que acabamos de esbozar. Aquí el problema, a nuestro juicio, no se refiere ya a una posible vulneración del principio acusatorio, sino de la voluntad popular plasmada en el veredicto⁵⁹³.

Por otro lado, creemos que es merecedor de una crítica positiva el hecho de que el legislador, aunque tarde⁵⁹⁴, haya incluido en el precepto que comentamos la coletilla "*... ni ocasionen indefensión*", pues no podemos olvidar lo siguiente: si hacemos una comparación objetiva y descontextualizada de dos calificaciones jurídicas, puede que una de ellas, efectivamente, resulte más favorable que la otra, pero puede también que el acusado no esté de acuerdo ni siquiera con la más benévola de las dos, por lo que, muy probablemente, va a querer contradecir la nueva calificación. Esto por lo que se refiere a la parte acusada, pero es que además debemos recordar que el principio de contradicción ha de garantizarse igualmente con respecto a las partes acusadoras, luego también a ellas ha de dárseles posibilidad para que, si lo estiman oportuno, se opongan a los nuevos hechos o calificaciones jurídicas⁵⁹⁵.

⁵⁹³ Sentencia del TSJ de Aragón de 28 de septiembre de 1999 (ARP: 3.148). En esta resolución lo que se decide es que no hay vulneración del principio acusatorio. Nosotros creemos que, efectivamente, no hay tal vulneración, pues por introducir una agravante de oficio, en nuestra opinión, no se está cuestionando el principio acusatorio. Sí podría haber problemas con el de contradicción, pero en este caso, parece que ni siquiera eso, pues la circunstancia agravante que el Magistrado-Presidente incluye en la sentencia había sido solicitada efectivamente por las partes. Por lo tanto, el problema aquí no está ya en una posible vulneración del principio acusatorio, sino en una violación de la voluntad popular expresada en el veredicto.

⁵⁹⁴ Concretamente, a raíz de la LO 8/1995, de 16 de noviembre

⁵⁹⁵ Así también, DÍEZ-PICAZO y AGUILERA MORALES, Comentarios...

No quisiéramos concluir este epígrafe relativo a la formulación de nuevas calificaciones jurídicas en el marco del proceso ante el Tribunal del Jurado sin antes hacer, aunque sólo sea brevemente, alusión al supuesto planteado por el legislador en el artículo 48.3 de la Ley del Jurado y a la interpretación jurisprudencial a que ha dado lugar el mismo, el cual dice así:

"Aun cuando en sus conclusiones definitivas las partes calificasen los hechos como constitutivos de un delito de los no atribuidos al enjuiciamiento del Tribunal del Jurado, éste continuará conociendo".

Tal y como se ha mantenido por la doctrina más autorizada, se trata de una *"norma altamente sorprendente"*⁵⁹⁶ y ello, entendemos nosotros, fundamentalmente por dos motivos: en primer lugar porque, como es bien sabido, según el artículo 238,1º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, los actos judiciales que se produzcan con manifiesta falta de competencia objetiva son nulos de pleno derecho⁵⁹⁷; y en segundo lugar, porque anteriormente y de forma acertada, el legislador de 1988 había previsto en el artículo 793.8 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal la solución contraria –conclusión del juicio y remisión de las actuaciones al órgano competente– para un supuesto idéntico⁵⁹⁸. Si tenemos en cuenta estos dos motivos, quedará claro que, aun partiendo de que la norma fuera acertada, cuestión esta que es bastante discutible, hay que concluir en cualquier caso que se trata de una regulación de carácter excepcional, por lo que sólo será

cit., p. 529

⁵⁹⁶ GÓMEZ COLOMER, El proceso penal especial ante el Tribunal del Jurado, cit., p. 114

⁵⁹⁷ En contra, SALOM ESCRIVÁ, Juan-Salvador, Comentarios a la Ley del Jurado, (coord. por Montero Aroca y Gómez Colomer), cit., p. 708, que entiende que la norma contenida en el art. 48.3 LOTJ, como especial que es, prima sobre la de carácter general contenida en el art. 238.1 LOPJ.

⁵⁹⁸ Salvo que se quiera ver alguna nota diferenciadora por el carácter especial – sin que tal expresión haya de ser entendida en sentido técnico– del proceso que tiene lugar ante el Tribunal del Jurado.

aplicable en el caso expresamente previsto por ella. Sin embargo, no es esta la interpretación que ha llevado a cabo la Sala Segunda del Tribunal Supremo, la cual, amparándose en los principios de economía procesal y de conservación de los actos, mantiene que es correcto extender su aplicación, por analogía, al supuesto contrario⁵⁹⁹, lo cual constituye un supuesto claro de interpretación *contra legem* en relación con el contenido del artículo 793.8 antes citado.

Por lo que a nosotros respecta, no creemos, con Gómez Colomer⁶⁰⁰, que las normas sobre competencia objetiva en el proceso penal puedan ser obviadas en aras del principio de economía procesal⁶⁰¹, y menos aún, que tal posibilidad sea de aplicación extensiva a supuestos análogos.

2.2. Entrada de nuevos hechos en el proceso. Posibilidad de que la acusación se dirija contra nuevas personas

En nuestra opinión, sólo en relación con este problema es cuando, en rigor, entra en juego el principio acusatorio, pues hasta ahora lo que nos hemos planteado han sido siempre cambios referidos bien meramente a calificaciones jurídicas o bien a lo que constituye una simple integración o

⁵⁹⁹ Así las SSTs de 23 de marzo de 2000 (RA: 1.482) y de 7 de diciembre de 2000 (RA: 10.147)

⁶⁰⁰ Ob. y lug. ult. cit.; así también CHOZAS ALONSO, José Manuel, Comentarios a la Ley del Jurado (coord. por de la Oliva Santos), cit., p. 488

⁶⁰¹ De otra opinión, GIMENO, Ley Orgánica del Tribunal del Jurado, cit., p. 269, para quien esta norma constituye "una expresión del principio de que «*quien puede lo más puede lo menos*». Si el Jurado –prosigue el autor– es la fórmula de la participación del pueblo en la Justicia, del que emanan todos los poderes, desde un punto de vista exclusivamente constitucional ningún obstáculo existe a fin de que pueda ampliar su conocimiento a un determinado delito que, aunque esté situado fuera de su competencia, ha podido introducirse en un juicio oral determinado del que haya podido conocer". Como se observa, el autor que parafraseamos halla una sólida justificación constitucional para la existencia de esta norma: la soberanía popular. Sin embargo, de sus palabras creemos que puede deducirse su opinión también coincidente con la nuestra y contraria a la aplicación *a sensu contrario* del precepto efectuada por la jurisprudencia citada en la npp 600.

complementación de los hechos introducidos por las partes en el proceso⁶⁰², lo cual, como ya decíamos frecuentemente en líneas precedentes, guarda relación con el no menos importante derecho de defensa, concretamente en sus manifestaciones de derecho a ser informado a la acusación a efectos de poder contradecir la misma.

Por lo tanto, lo que vamos a estudiar a continuación es, por un lado, la posibilidad de introducir nuevos hechos en el proceso, pero dichos nuevos hechos serán de tal entidad que traen a su vez consigo un nuevo objeto del proceso, ya sea por acumulación al hasta ahora enjuiciado o porque este último se modifica de tal forma que pasa a ser otro nuevo, totalmente independiente del que originariamente se estaba teniendo en cuenta; y por otro lado, nos plantearemos si es posible, una vez en la fase de juicio oral, dirigir la acusación frente a nuevas personas. Como se verá, se trata en ambos casos de la introducción de un nuevo objeto –ahora sí, en sentido técnico o normativo- en el proceso: el primero referido al elemento objetivo –los hechos- y el segundo al elemento subjetivo –la persona acusada. Una vez presentado el problema, pasamos a continuación a ocuparnos del tratamiento que nuestro ordenamiento ofrece para dar solución al mismo. Para ello nos referiremos por separado a cada una de las regulaciones previstas en los distintos procesos penales que existen en la actualidad, no sin antes dejar claro que, en nuestra opinión, hubiese sido preferible dar un tratamiento unitario a esta cuestión, con independencia del tipo de proceso ante el que nos encontremos.

⁶⁰² V. *supra*, en este mismo capítulo, 2.1. Sin embargo, como hemos dicho ya hasta la saciedad, no es esta la orientación seguida en la jurisprudencia de nuestro país donde la práctica totalidad de las sentencias asimila derecho de defensa y principio acusatorio.

2.2.1. La entrada de nuevos hechos y la posibilidad de que la acusación se dirija contra nuevas personas en el proceso ordinario por delitos graves

Una vez más y como es obvio por su carácter de proceso común, vuelve a ser en el marco de este procedimiento donde la cuestión que ahora nos planteamos relativa a la eventual entrada de nuevos hechos o –al menos también puede suceder así en nuestra opinión- de nuevos acusados en el proceso halla una regulación específica, como es la contenida en el artículo 746,6º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal⁶⁰³, el cual establece:

"Procederá además la suspensión del juicio oral en los casos siguientes: [...] 6º Cuando revelaciones o retractaciones inesperadas produzcan alteraciones sustanciales en los juicios, haciendo necesarios nuevos elementos de prueba o alguna sumaria instrucción suplementaria".

Lógicamente, nos hallamos ante un supuesto de suspensión distinto del previsto de forma específica en el párrafo cuarto del artículo 733, ya que este último, como hemos dicho, será de aplicación cuando las modificaciones sólo afecten a calificaciones jurídicas o a hechos meramente accidentales, de forma que éstas no generen indefensión. Sin embargo, en este caso que ahora estudiamos se incluyen aquellos otros supuestos relativos al núcleo de los hechos, bien porque éste resulta modificado dando lugar a un nuevo objeto del proceso, o bien porque la aparición de un nuevo hecho conexo al que se venía enjuiciando trae consigo una ampliación del objeto del proceso⁶⁰⁴. En ambos casos estamos ante lo que el precepto denomina como *"alteraciones sustanciales"*.

⁶⁰³ Refiriéndose a este precepto, ha mantenido ORTELLS, "Problemas de contenido y delimitación de las fases del proceso abreviado (diligencias previas, fase intermedia, juicio oral)", en El proceso penal abreviado (Nueve estudios), cit., p. 133, que "ni la casuística jurisprudencia que lo aplica, ni la escasa doctrina dedicada a su estudio (...), han acertado a dar una interpretación suficientemente precisa".

⁶⁰⁴ V. en este sentido, si bien en relación con otros supuestos, GIMENO, Derecho Procesal Penal, cit., p. 167.

Tal y como se ocupa de establecer expresamente el artículo 747, la suspensión en estos casos sólo podrá ser decretada a instancia de parte y no de oficio. Parece que con ello el legislador ha querido preservar la vigencia del principio acusatorio, entendiendo que de lo contrario podría verse afectada la necesaria imparcialidad del órgano jurisdiccional. Sin embargo, la Ley de Enjuiciamiento no dice nada sobre la posibilidad de que el tribunal entienda que concurre el supuesto de hecho previsto por la norma y que daría lugar a la suspensión, pero ninguna de las partes haya solicitado la misma. En este caso creemos que la única posibilidad que deja abierta el legislador es la que, por otro lado, concretamente en la Ley del Jurado, prevé el artículo 52.1g), párrafo segundo: que el órgano enjuiciador ordene "*deducir el correspondiente tanto de culpa*". Ello no obstante, creemos que habría casos en los que esta solución no sería tan conveniente, pues si se trata de nuevos hechos en conexión con el acontecer histórico que ya estaba siendo enjuiciado, al haber abiertos dos procesos independientes que se sustancian por separado se correrá el riesgo de que lleguen a dictarse sentencias contradictorias, produciéndose una vulneración de la cosa juzgada. Por ello, lo más adecuado en nuestra opinión sería que el órgano jurisdiccional pudiera decretar la suspensión del juicio oral para que, si es necesario, se practique "*alguna sumaria instrucción suplementaria*", a raíz de la cual, si el acusado consiente que se amplíe el objeto del proceso y el Ministerio Fiscal entiende que hay elementos suficientes para ello formulará lo que podríamos denominar como una *acusación adicional*, similar a la que tiene lugar en el proceso penal alemán con base en el § 266 de la *Strafprozessordnung*. Esta solución que proponemos, creemos que no merma en absoluto el principio acusatorio, pues si el Ministerio Fiscal entiende que no hay elementos suficientes para formular acusación por los nuevos hechos, el juicio deberá seguir adelante con su objeto originario. El único obstáculo con que puede chocar esta propuesta es el relativo a las

posibles dilaciones que pueda generar la práctica de la sumaria instrucción, pero esto, en el peor de los casos, a lo que daría lugar sería a que el juicio oral no pueda mantenerse suspendido durante tanto tiempo, por lo que la solución sería la de volver a empezar de nuevo con el enjuiciamiento⁶⁰⁵. Lo acabado de decir, si bien antieconómico, es en nuestra opinión un mal menor frente al que pudiera ocasionarse por enjuiciar los dos hechos conexos en dos procesos independientes⁶⁰⁶, lo cual, además, no podemos olvidar que va en contra de lo establecido en el artículo 300 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que, como es sabido, obliga a que los delitos conexos se enjuicien "*en un solo proceso*".

Dando incluso un paso más, si de la prueba practicada en el juicio se desprende la participación en los hechos de nuevas personas, también creemos que la solución que ha de seguirse es la que proponíamos en las líneas precedentes, es decir: suspender el juicio oral –bien sea a instancia de parte o de oficio- para que, aquí en todo caso, se practique la necesaria sumaria instrucción⁶⁰⁷, al cabo de la cual y si ha lugar a ello, pueda formularse la imputación formal contra esa nueva persona. Llegados a este punto, el Ministerio Fiscal formulará un escrito adicional de calificaciones provisionales. En nuestra opinión, el juicio oral que en su día resultó suspendido, debe permanecer en ese estado hasta que se decida, también en relación con esta nueva persona, la apertura del juicio oral. A partir de este momento, creemos que lo más conveniente será proceder al enjuiciamiento

⁶⁰⁵ De forma similar parece expresarse ORTELLS, "Problemas de contenido y delimitación...", cit., p. 134, que afirma que en el caso de entrada de nuevos hechos en el proceso, "sería sin duda necesaria una nueva calificación provisional y, tal vez, también decidir la alternativa de sobreseimiento-apertura de juicio respecto al nuevo objeto".

⁶⁰⁶ En contra, v. la STS de 13 de noviembre de 1992 (RA: 9.657)

⁶⁰⁷ De acuerdo con lo aquí mantenido, DEL MORAL GARCÍA, Antonio, "El trámite de calificación definitiva en el procedimiento abreviado", en *El juicio oral en el proceso penal (con especial referencia al procedimiento abreviado)*, cit., p. 416.

conjunto de las distintas personas acusadas⁶⁰⁸ con el fin de evitar que en su día pueda darse la existencia de sentencias contradictorias en las que se pondría en entredicho el valor de la cosa juzgada. Por supuesto, este no es, ni de lejos, el parecer de la doctrina mayoritaria, la cual se expresa en un sentido totalmente contrario al que hemos expuesto aquí⁶⁰⁹.

En definitiva, creemos que la regulación contenida en el artículo 746,6º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, si bien de forma no demasiado explícita, deja abiertas estas vías de introducción de nuevos hechos y formulación de nuevas acusaciones (previa, por supuesto, la existencia de la necesaria imputación) una vez en fase de juicio oral. Todo ello siempre que se respeten los presupuestos a los que nos hemos venido refiriendo en líneas precedentes para evitar vulneraciones del derecho de defensa o, incluso también, del principio acusatorio.

⁶⁰⁸ Una opinión en parte distinta la ofrece ASECIO, Principio acusatorio..., cit., p. 85, quien afirma en estos casos la existencia de "tantas pretensiones cuantos acusados existan aun tratándose de un mismo hecho, de modo que cada hecho imputado a una persona se erigirá en un objeto independiente sin que por tanto, (...), nada se oponga a su enjuiciamiento por separado". Sin embargo, este autor continúa su reflexión exceptuando de lo acabado de decir aquellos supuestos en que existan "razones probatorias o de conexión que aconsejen la unidad de tramitación". Pues bien, en definitiva, a estos casos y no a otros son a los que nos referimos también nosotros, como no podía ser de otra manera.

⁶⁰⁹ GIMENO, Derecho Procesal Penal, cit., pp. 166 y 167, donde el autor mantiene que la entrada de partes pasivas al proceso "ha de realizarse con anterioridad a la formalización de la acusación, es decir, dentro de la fase instructora", si bien a continuación se expresa de forma similar a como hacemos nosotros aquí al afirmar que las facultades previstas en los arts. 784.7ª y 793 LECr. "pueden traducirse en futuras vulneraciones de la cosa juzgada o del derecho a un proceso con todas las garantías", por lo que "dicha posibilidad debiera desterrarse..."; MONTERO, Principios del proceso penal, cit., p. 116, el cual además afirma que "[e]l que la cosa juzgada se refiera indudablemente a la persona acusada no significa que ésta integre el objeto del proceso, por lo menos si se es riguroso y se distingue entre elemento subjetivo (la persona acusada) y elemento objetivo (el hecho punible) de la cosa juzgada"; ASECIO, Principio acusatorio..., cit., pp. 85 y 86; y en Alemania, v. ROXIN, Strafverfahrensrecht, cit., p. 138, (§ 20, marg. 4), si bien este autor habla de levantar al hasta ahora acusado del banquillo para, en su lugar, sentar a un testigo confeso o a otro sospechoso, lo cual en nuestra opinión tampoco puede permitirse en ningún caso por la indefensión a que ello daría lugar.

2.2.2. La entrada de nuevos hechos y la posibilidad de que la acusación se dirija contra nuevas personas en el proceso abreviado

Para el tratamiento del tema objeto de este epígrafe tenemos que remitirnos necesariamente a todo lo ya dicho en el anterior, pues el precepto contenido en el artículo 746.6º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que allí estudiábamos es también de aplicación en el ámbito del proceso abreviado, tal y como establece el propio artículo 793.4. Por este motivo, lo único que nos resta añadir ahora es que este supuesto de entrada de nuevos hechos –y en nuestra opinión también de nuevos acusados- en el proceso abreviado debe canalizarse, como decíamos, por la vía prevista en el artículo 746.6º y no, como pudiera parecer a primera vista, por la del artículo 793.7, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pues entendemos, con Gimeno⁶¹⁰, que este último precepto citado está reservado para aquellos casos en que la variación no sea sustancial.

Otro problema que podría darse con cierta frecuencia en cuanto a este tema sería el relativo a que la inclusión de hechos nuevos que impliquen un también nuevo objeto del proceso trajese consigo la falta de competencia sobrevinida del Juez de lo penal a favor de la Audiencia provincial o, incluso, del Tribunal del jurado. Como ya hemos adelantado en otro lugar de este trabajo en relación con un supuesto similar⁶¹¹, creemos que el tratamiento correcto que ha de aplicarse a este supuesto es el de dar por finalizado el juicio y remitir las actuaciones al órgano jurisdiccional que haya devenido competente como consecuencia de las "*revelaciones o retractaciones inesperadas*" acaecidas a lo largo de la fase de enjuiciamiento.

⁶¹⁰ V. de este autor, Ley Orgánica del Tribunal del Jurado, cit., p. 267

⁶¹¹ V. en este mismo capítulo, 2.1.3

2.2.3. La entrada de nuevos hechos y la posibilidad de que la acusación se dirija contra nuevas personas en el proceso ante el Tribunal del Jurado

En este caso la cuestión presenta mayores problemas como consecuencia de las especialidades propias de un proceso ante un tribunal de jurados. Por este motivo, ahora tenemos que replantearnos si lo que manteníamos en los epígrafes anteriores cuando nos referíamos al proceso ordinario por delitos graves y al abreviado es también válido para el que tiene lugar ante el Tribunal del jurado. En este sentido, hemos de recordar que el párrafo segundo del artículo 52.1g) de la Ley del Jurado afirma expresamente –lo cual no sucedía hasta ahora en ninguno de los procesos penales que existen en nuestro ordenamiento- que "*[s]i el Magistrado-Presidente entendiese que de la prueba deriva un hecho que implique tal variación sustancial, ordenará deducir el correspondiente tanto de culpa*". Como vemos, aquí la Ley es suficientemente explícita, luego parece que, al menos aplicando un criterio de interpretación literal, no podrá postularse, como hacíamos en líneas precedentes, la aplicación del motivo de suspensión contenido en el artículo 746.6º de la Ley de Enjuiciamiento como vía para la entrada de nuevos hechos en el proceso.

Pero es que, además, la suspensión del juicio oral para la práctica de alguna sumaria instrucción suplementaria plantearía, tal y como ha señalado nuestra mejor doctrina⁶¹², grandes inconvenientes que podrían dar lugar incluso a la disolución del jurado *ex* artículo 47 de la Ley reguladora de este proceso. Creemos, sin embargo, que este último sería un escollo salvable, pues si el propio legislador ha previsto para determinados casos la

⁶¹² GIMENO, Ley Orgánica del Tribunal del Jurado, cit., p. 268, que, refiriéndose a la norma del art. 746.6 LECr., afirma que "la traslación del precepto a las causas del Jurado lleva consigo el problema de su incomunicación: ¿debe permanecer durante diez días el jurado incomunicado a fin de garantizar el derecho del acusado a un tiempo prudencial para preparar su defensa?...".

disolución del jurado⁶¹³, creemos que en este supuesto que comentamos también habría motivos de peso suficiente como para entender justificada la disolución y nueva celebración –tras la práctica, si necesaria, de alguna sumaria instrucción- de la vista para el enjuiciamiento de los nuevos hechos conexos ante un jurado de nueva composición. Las causas por las que pensamos que esta es la mejor solución son, en primer lugar, la duración máxima de la suspensión (cinco días) a que se refiere el artículo 47 de la Ley del Jurado, pues en estos casos que nos ocupan es muy probable que no baste sólo con esos cinco días, lo cual obligaría a la disolución y nueva constitución del tribunal debido también a que sería excesivamente difícil y costoso mantener a los ciudadanos jurados incomunicados durante todos esos días; y en segundo lugar, una justificación que viene contenida en el artículo 5.2 de la propia Ley, el cual primero establece que la competencia del Tribunal del jurado se extiende al conocimiento de los delitos conexos, si bien luego exceptúa de tal regla general el delito de prevaricación y *"aquellos delitos conexos cuyo enjuiciamiento pueda efectuarse por separado sin que se rompa la continencia de la causa"*. La interpretación en sentido contrario de este último inciso del precepto nos lleva a la solución que aquí propugnamos, según la cual lo más conveniente será buscar la fórmula para que tales delitos, cuyo enjuiciamiento por separado supondría romper la continencia de la causa, sean siempre conocidos en el seno de un único procedimiento ante el Tribunal del jurado.

Vemos, por lo tanto, cómo este obstáculo del que hablamos se puede salvar, en nuestra opinión, sacrificando hasta cierto punto el principio de

⁶¹³ Recuérdese también la posibilidad de suspensión de hasta diez días prevista, si bien por vía de remisión, en el art. 48.2 LOTJ. Tal y como ha afirmado SALOM ESCRIVÁ, Comentarios a la Ley del Jurado, (coord. por Montero Aroca y Gómez Colomer), cit., p. 705, "[e]s evidente que, dada la premura y celeridad con la que se aprobó la LOTJ, no se cayó en cuenta de esta contradicción", si bien este autor continúa diciendo que la misma puede salvarse entendiendo que la contenida en el art. 48.2 es una norma especial respecto de la del 47 LOTJ.

economía procesal en beneficio de la no división de la continencia de la causa para evitar así la existencia de posibles sentencias contradictorias. No nos parece que se trate de una solución desproporcionada por lo que atañe al principio de economía procesal, pues hay que reconocer que los casos en que se dé esta situación de entrada de hechos en el proceso que produzcan alteraciones sustanciales no son tan frecuentes en la práctica.

Sin embargo, creemos que no podemos decir lo mismo en cuanto al contenido del artículo 52.1g), que en su último párrafo, como ya indicábamos, establece que el Magistrado-Presidente ordenará deducir el correspondiente tanto de culpa cuando entienda que, con base en el resultado de la prueba, ha tenido lugar alguna variación sustancial de los hechos objeto del proceso. Ante este deber que formula el precepto sólo se nos ocurre la siguiente opción interpretativa: entender que el mismo sólo es de aplicación en los dos casos enunciados en el último párrafo del artículo 5.2 de la Ley del Jurado –prevaricación y delitos conexos cuyo enjuiciamiento por separado no dividiría la continencia de la causa-, mientras que en todos los demás casos de delitos conexos la solución consistiría en suspender el juicio oral para la práctica de alguna sumaria instrucción suplementaria a tenor de lo establecido en el artículo 47 de la Ley del Jurado, el cual, a su vez, remite al 746 de la de Enjuiciamiento Criminal. Como ya decíamos en líneas precedentes, esta solución implicaría, al menos con frecuencia, la disolución del jurado.

A pesar de todo lo mantenido hasta este momento, somos conscientes de que, sobre todo si recordamos las prisas que se tuvieron en el momento de aprobar la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado, difícilmente puede pensarse que esta que proponemos aquí sea la interpretación que el legislador tenía en mente. Aun así, creemos que ahí está la posibilidad de entender los citados preceptos como aquí defendemos, lo cual nos parece que es factible, pues la aplicación de la ley

en este sentido conlleva el respeto de garantías tales como el principio acusatorio y los derechos de defensa y a un proceso con todas las garantías siempre que se cumpla con los presupuestos que hemos enunciado a lo largo de todas estas líneas.

Nos resta añadir que, también a nuestro juicio, el proceder habría de ser el mismo cuando las nuevas circunstancias que se desprendan de la prueba practicada impliquen la entrada de nuevos acusados en el proceso, tal y como manteníamos cuando nos referíamos a los demás procesos penales.

En cualquier caso, conviene que recordemos otra vez que todo lo aquí defendido sólo estará justificado si el enjuiciamiento por separado de los nuevos hechos o de los nuevos acusados implicase el riesgo de que en el futuro recaigan sentencias contradictorias que pongan en entredicho el valor de la cosa juzgada. Si, por el contrario, nada de esto sucede, también nosotros somos de la opinión de que el juicio debe seguir en todo caso adelante, dejando para otro distinto el enjuiciamiento de estos nuevos hechos y, en su caso, de los nuevos imputados.

Con todo, creemos que de *lege ferenda*, la solución óptima en relación con estos problemas consistiría, como ya adelantábamos en otro lugar de este trabajo⁶¹⁴, en dotar a toda esta materia de una regulación unitaria que, como tal, rijan en cada uno de los distintos procesos penales existentes en nuestro país.

2.3. La petición de sentencia absolutoria por la(s) parte(s) acusadora(s)

Antes de comenzar con el estudio de este tema, nos parece conveniente hacer algunas observaciones en relación con la discutida naturaleza jurídico procesal de la institución que vamos a tratar en este epígrafe. En este sentido, se ha afirmado en la doctrina que es impropio

⁶¹⁴ V. en este mismo capítulo el epígrafe 2.2

hablar de *retirada de la acusación*, debiendo utilizarse en su lugar expresiones como la de petición de sentencia absolutoria⁶¹⁵, desistimiento de la petición de condena⁶¹⁶ o renuncia a la acción penal⁶¹⁷. Por lo que a nosotros respecta, creemos que la retirada de la acusación o, más técnicamente, petición de absolución no encaja ni en el desistimiento ni en la renuncia, pues las dos instituciones tienen su origen y razón de ser en el proceso civil, el cual, como es sabido, está informado por principios distintos de aquéllos que rigen en el proceso penal. Dicho esto, creemos que lo más correcto es entender, con Vázquez Sotelo, que "*«retirar la acusación»*, correctamente entendida, es afirmar finalmente la acción penal ejercitada para pedir la absolución, a la vista del resultado del Juicio"⁶¹⁸. Llegados a este punto, creemos que a partir de aquí el órgano jurisdiccional habrá de decidir sobre el objeto del proceso que se le haya planteado, bien sea en sentido absolutorio o condenatorio⁶¹⁹.

Tal y como se ha afirmado acertadamente en la doctrina, en realidad la figura que nos ocupa en este epígrafe no tiene nada que ver con el

⁶¹⁵ GÓMEZ COLOMER, El proceso penal especial ante el Tribunal del Jurado, cit., p. 113; VERGER GRAU, La defensa del imputado y el principio acusatorio, cit., p. 137

⁶¹⁶ En este sentido se expresa el art. 51 LOTJ, así como GIMENO, Ley Orgánica del Tribunal del Jurado, cit., p. 278, quien además alude al requisito de bilateralidad que ha de reunir el desistimiento en el proceso civil, el cual, según el autor, ha de concurrir también en el proceso penal. Tal y como posteriormente ha mantenido SALOM ESCRIVÁ, Comentarios a la Ley del Jurado (coord. por Montero Aroca y Gómez Colomer), cit., p. 733, creemos que el carácter de bilateral que se predica del desistimiento en el proceso civil tiene su razón de ser en que la resolución a que da lugar aquél no surte los efectos propios de la cosa juzgada, por lo que, es cierto, el demandado puede tener un interés razonable en que continúe el proceso y se dicte sentencia que resuelva sobre el fondo. Sin embargo, no sucede lo mismo en el proceso penal, donde la resolución que se dicte será absolutoria y estará dotada de todos los efectos de la cosa juzgada.

⁶¹⁷ DEL MORAL GARCÍA, Antonio, "El trámite de calificación definitiva...", cit., pp. 388 y 389, donde el autor mantiene que "[l]a «retirada de la acusación» puede encubrir tanto una renuncia a la acción penal como un desistimiento del proceso penal".

⁶¹⁸ VÁZQUEZ SOTELO, "El principio acusatorio y su reflejo en el proceso penal español", cit., p. 402

⁶¹⁹ En idéntico sentido, SERRA, "El juicio oral", en Estudios de Derecho Procesal, cit., pp. 776 y 777

principio acusatorio⁶²⁰, sino con el de necesidad y con el carácter indisponible del *ius puniendi* del Estado⁶²¹. Siguiendo a Montero, creemos que "[e]l principio acusatorio significa sólo que no hay proceso sin acusación, pero no puede extenderse hasta que comprenda el que no hay condena sin acusación"⁶²².

Por todo ello, nosotros entendemos que la retirada de la acusación por todas las partes llamadas a mantener la misma no puede traer consigo la consecuencia ineludible para el órgano jurisdiccional de dictar sentencia absolutoria. Obsérvese que no estamos manteniendo aquí que esta solución consistente en absolver sea siempre incorrecta. Al contrario: probablemente ello será así en la gran mayoría de los casos. A lo que nos oponemos aquí es al hecho de que se proclame como principio o regla general que la retirada por todas las partes de la acusación vincula al tribunal en el sentido de que éste habrá de dictar en todo caso sentencia absolutoria.

Un argumento que se aduce con demasiada frecuencia en contra de lo aquí mantenido es el de la pérdida de imparcialidad del órgano jurisdiccional si, tras la retirada de la acusación, no dicta sentencia absolutoria. Creemos que frente a esta objeción pueden formularse las siguientes observaciones: en primer lugar, el órgano enjuiciador no se convierte por ello en acusador, pues lo único que hace es cumplir con su deber de decidir acerca del objeto del proceso que le han planteado las

⁶²⁰ VERGER, La defensa del imputado..., cit., p. 137. En contra GIMENO, Ley Orgánica del Tribunal del Jurado, cit., p. 277; ASECIO, Principio acusatorio..., cit., p. 23; GÓMEZ COLOMER, El proceso penal especial..., cit., p. 113; SALOM ESCRIVÁ, Comentarios a la Ley del Jurado, cit., p. 733; SOTO NIETO, Correlación entre acusación y sentencia, Montecorvo, Madrid, 1979, p. 213

⁶²¹ GUTIÉRREZ DE CABIEDES, "La correlación entre acusación y sentencia", cit., p. 517, quien afirma que "el único que ejercita el *ius puniendi*, positivamente condenando, o negativamente absolviendo, es el Estado como órgano jurisdiccional. La acusación crea solamente los presupuestos procesales necesarios para el ejercicio por los jueces, de aquél derecho".

⁶²² MONTERO, "La garantía procesal penal y el principio acusatorio", cit., p. 980

partes y sobre el cual –si la retirada de la acusación ha tenido lugar en el momento de las conclusiones definitivas- ya se ha practicado en su totalidad la prueba propuesta por las partes. En nuestra opinión, está claro que el tribunal debe estar facultado –que no obligado- para dictar sentencia absolutoria, pero no por el mero hecho de que las partes acusadoras hayan pedido la absolución⁶²³, sino porque esta es la conclusión a la que aquél ha llegado tras toda la actividad desplegada a lo largo del juicio oral; en segundo lugar, si mantenemos como regla general que el tribunal queda vinculado por la retirada de la acusación, ¿no estamos privando al órgano jurisdiccional de su función enjuiciadora para atribuírsela a las partes acusadoras?⁶²⁴; y en tercer lugar, siempre se mantiene que si una de las partes no retira la acusación, entonces el órgano jurisdiccional no se verá obligado a dictar sentencia absolutoria. Ante esto, nosotros nos preguntamos: ¿por qué si una de las partes acusadoras retira la acusación y otra –ya sea el órgano público de la acusación o un acusador particular- decide seguir afirmando la acción penal ejercitada, el juicio sigue adelante, incluyendo la posibilidad de dictar sentencia condenatoria, mientras que si es el órgano jurisdiccional el que, tras la práctica de la prueba, tiene su convicción formada acerca de la culpabilidad del acusado, este hecho no tiene relevancia alguna, pues, de cualquier forma, el tribunal está obligado a dictar sentencia absolutoria⁶²⁵?

⁶²³ Sucede lo mismo, aunque en menor grado, si mantuviésemos que el órgano jurisdiccional queda vinculado por las circunstancias atenuantes o eximentes solicitadas por la acusación. V. *supra*, 2.1.1.2

⁶²⁴ En este sentido, para GÓMEZ ORBANEJA, Derecho Procesal Penal (con Herce Quemada), cit., pp. 69 y 70 [l]o que exige el sistema acusatorio es que para que haya proceso y sentencia alguien lo pida, que la actividad jurisdiccional se promueva desde fuera de ella misma, quedando así separadas las funciones de acusar y de juzgar. Ambas son funciones públicas; mas lo que se busca, justamente, es que el Estado, *en cuanto acusa, no juzgue; en cuanto juzga, no acuse*" (la cursiva es nuestra). También se expresan de forma similar CORTÉS DOMÍNGUEZ, La cosa juzgada penal, cit., p. 78 (npp. 106) y VERGER, La defensa del imputado..., cit., p. 138.

⁶²⁵ V. en cuanto a esta cuestión DEL MORAL GARCÍA, "El trámite de calificación definitiva...", cit., pp. 391 y 392.

No creemos que estas cuestiones que nos planteamos aquí encuentren su solución más adecuada en la prohibición, a nuestro juicio un tanto radical, de retirar la acusación una vez se haya entrado ya en la fase del juicio oral⁶²⁶; lo que sí nos parecería más acertado sería admitir la posibilidad de que las partes acusadoras, a la vista de la prueba practicada durante el juicio oral, pidan la absolución, lo cual en cualquier caso parece bastante razonable, pero que tal petición no vincule en ningún caso al órgano jurisdiccional.

En este sentido, creemos que en un supuesto como es el que aquí estudiamos, relativo a la petición de absolución por todas las partes acusadoras en las conclusiones definitivas, si el tribunal, a la vista de la prueba practicada, no cree procedente la absolución, debe formular la tesis prevista en el artículo 733 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal⁶²⁷. No obstante, hemos de reconocer que es posible que esto tampoco sirva de mucho, dada la desafortunada y –a pesar de ello- consolidada línea jurisprudencial sentada por el Tribunal Supremo, según la cual, las partes

⁶²⁶ Esto es lo que sucede en Alemania, donde el § 156 StPO, que recoge el llamado *Immutabilitätsprinzip*, afirma que "la acción pública no podrá retirarse una vez abierta la vista principal".

⁶²⁷ En relación con este tema, SOTO NIETO, Francisco, Correlación entre acusación y sentencia, cit., pp. 213 y 214, tras afirmar que, en su opinión, "la provocación de la tesis no viene concebida para esta hipótesis de retracción acusatoria", añade que "ello no quiere decir que no merezca censura el régimen establecido, ya que la facultad del artículo 733 debió extenderse igualmente al supuesto que nos ocupa. Si la discrepancia en las calificaciones justifica el forzamiento de la tesis, el error, de más radio, que pueda suponer el apartamiento indebido de la acusación, facilitando la total impunidad de unos hechos delictivos, bien demandaba la iniciativa de proposición del Tribunal a fin de que un debate abierto precediese a su resolución última, posibilitándose su pronunciamiento de signo condenatorio". En contra, GIMENO, Los procesos penales, cit., t. 5, p. 670, quien, refiriéndose a los supuestos en que procede el planteamiento de la tesis del art. 733, afirma que "en ningún caso se refieren a la absolución cuando las partes acusadoras no aprecien delito alguno (inevitable y además conveniente), sino exclusivamente a los supuestos en que tanto las acusaciones como el Tribunal coincidan en la comisión de un delito, y únicamente una errónea calificación jurídica impida al Tribunal acoger la tesis de la acusación".

habrán de aceptar previamente la tesis que proponga el tribunal para que éste pueda condenar de acuerdo con la misma⁶²⁸.

Somos conscientes de que las opiniones que venimos manteniendo no hallan el más mínimo respaldo ni en la jurisprudencia –donde tanto el Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional mantienen que ante una retirada de la acusación al órgano sentenciador no le queda otra alternativa que no sea la de absolver⁶²⁹- ni últimamente tampoco en nuestro ordenamiento positivo, pues es sabido que el artículo 51 de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado al regular el supuesto de "*disolución del Jurado por desistimiento en la petición de condena*", establece lo siguiente:

"Cuando el Ministerio Fiscal y demás partes acusadoras, en sus conclusiones definitivas, o en cualquier momento anterior del juicio, manifestasen que desisten de la petición de condena del acusado, el Magistrado-Presidente disolverá el Jurado y dictará sentencia absolutoria".

Otra cuestión de interés es la relativa al momento procesal oportuno para solicitar esta petición de absolución. El artículo 51 de la Ley del Jurado que acabamos de reproducir se refiere expresamente a este problema, dándole la solución más flexible posible en el sentido de autorizar el *desistimiento* bien en las conclusiones definitivas o bien en cualquier momento anterior del juicio. Pues bien, todo lo que hemos mantenido en líneas anteriores de este epígrafe lo referíamos a la petición absolutoria que tuviera lugar en el momento de las conclusiones definitivas o, en cualquier caso, una vez practicada la prueba en el juicio. En estos

⁶²⁸ Además de esto, también hay que recordar que existen SSTS, como por ejemplo la de 20 de abril de 1976 (RA: 1.668) donde se afirma que retirada la acusación, el tribunal no podrá condenar aunque utilice el planteamiento de la tesis del art. 733 LECr.

⁶²⁹ V. STS de 15 de enero de 1997 (RA: 334) y sobre todo las citadas por SOTO NIETO, *Correlación entre...*, cit., pp. 213 y ss., pues se trata de una línea jurisprudencial pacífica y por ello en los últimos tiempos no se suele hacer ya referencia a este tema en las sentencias, tal y como también ha constatado DEL MORAL GARCÍA, "El trámite de calificación definitiva...", cit., p. 401 (npp. 45).

supuestos, como decíamos, creemos que lo correcto hubiera sido entender que el órgano jurisdiccional no queda vinculado por la denominada retirada de la acusación, pues creemos que debería poder dictar una resolución que se corresponda con la convicción que haya podido formarse con base en la prueba practicada. Sin embargo, no es esto lo que establece el legislador, por lo que todo lo aquí dicho podrá ser tenido en cuenta, todo lo más, desde una perspectiva de *lege ferenda*.

Por lo que respecta a la petición de absolución que tenga lugar antes de la práctica de la prueba –pongamos por caso que la única prueba de cargo con que contaban las acusaciones era un testigo que no acude al juicio o que se retracta en su declaración- aquí sí parece que la única solución viable es la de dictar sentencia absolutoria, pues de lo contrario, es decir, si se siguiese el juicio adelante, sí parece que el órgano jurisdiccional se vería obligado a realizar funciones que sólo son propias de una parte acusadora. Otra posible solución que entendemos insostenible sería la de dictar auto de sobreseimiento provisional, pero, como decimos, esta interpretación se nos antoja excesivamente forzada, pues la misma podría equipararse a una absolución en la instancia, prohibida por nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal⁶³⁰. Como es sabido, una vez abierto el juicio oral el mismo debe terminar por sentencia, sea ésta absolutoria o condenatoria.

Por último, nos resta hacer referencia a cuál será el destino de la acción civil que se hubiese ejercitado junto a la penal en estos casos en que ha habido petición de absolución. Para ello, hemos de prestar atención a lo

⁶³⁰ En este sentido, la Exposición de Motivos afirma que "[e]s igualmente inútil decir que la absolución de la instancia, esta corruptela que hacía del ciudadano a quien el Estado no había podido convencer de culpable una especie de *liberto* de por vida, verdadero *siervo* de la curia marcado con el estigma del deshonor, está proscrita y expresamente prohibida por el nuevo Código, como había sido antes condenada por la ciencia, por la Ley de 1872 y por la Compilación vigente. De esperar es que las disposiciones de la nueva Ley sean bastante eficaces para impedir que semejante práctica vuelva de nuevo a injerirse en forma más o menos disimulada en nuestras costumbres judiciales". V. también el art. 144 LECr., que preceptúa que "[l]a absolución se entenderá libre en todos los casos".

establecido en los artículos 100 a 117 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Así, sólo en el caso de que dicha absolución se pida por inexistencia del hecho objeto de acusación, aquélla llevará también consigo la extinción de la acción civil. En todos los demás casos y según se establece en el artículo 116, párrafo 2º, dicha acción podrá ejercitarse ante los órganos correspondientes del orden jurisdiccional civil, salvo que se renuncie expresamente a ello.

2.4. Conformidad y principio acusatorio

Al abordar el estudio de la conformidad⁶³¹ y su relación con el principio acusatorio no está de más recordar que si la regla general es que el proceso penal está informado por los principios de legalidad y necesidad, la conformidad, hoy por hoy y al menos desde una perspectiva de *lege data*⁶³², constituye, como manifestación de la oportunidad que es⁶³³, una

⁶³¹ No es este el lugar para un estudio en profundidad de la compleja institución de la conformidad, que se podrá encontrar en ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, El allanamiento en el proceso penal, EJEA, Buenos Aires, 1962; FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, "La disponibilidad del derecho a la defensa...", cit., pp. 1.208 y ss; ARMENTA DEU, Teresa, Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España, PPU, Barcelona, 1991, en especial, pp. 145 y ss; BARONA VILAR, Silvia, La conformidad en el proceso penal, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994; PUENTE SEGURA, Leopoldo, La conformidad en el proceso penal español, Colex, Madrid, 1994; DE DIEGO DÍEZ, Luis-Alfredo, La conformidad del acusado, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997; MIRA ROS, Corazón, Régimen actual de la conformidad, Colex, Madrid, 1998; BUTRÓN BALIÑA, Pedro M., La conformidad del acusado en el proceso penal, McGraw-Hill, Madrid, 1998; FAIRÉN, "Las conformidades del sujeto pasivo en el procedimiento de la Ley de 28 de diciembre de 1988", en Justicia, 1989-1, pp. 7-33; GIMENO, "La nueva regulación de la conformidad (Ley Orgánica 7/1988)", en LA LEY, 1990-3, pp. 977-982; DE LA OLIVA, "Disponibilidad del objeto, conformidad del imputado y vinculación del tribunal a las pretensiones en el proceso penal, Revista General de Derecho, 1992 (oct.-nov.), pp. 9.863-9.889.

⁶³² Otra cosa es lo que de *lege ferenda* se propugna por autores como GIMENO, "La nueva regulación...", cit., pp. 981 y 982, de entre otros varios textos donde el autor se expresa en este sentido.

⁶³³ Totalmente contrario a que la conformidad constituya una manifestación del principio de oportunidad, DE LA OLIVA, "Disponibilidad del objeto...", cit., especialmente en la p. 9.883.

excepción dentro de nuestro sistema de enjuiciamiento penal⁶³⁴. Sin embargo, esto lo afirmamos desde el punto de vista de los principios que informan nuestro proceso penal, pero no podemos olvidar la gran importancia que ha desplegado esta institución en la práctica forense, donde se ha estimado que entre un quince y un treinta por ciento de los procesos penales concluyen con sentencia de conformidad⁶³⁵.

Por todo ello, podríamos llegar a decir que se trata de un *elemento o pieza extraña* que, al menos *a priori*, no encaja en el entramado de principios procesales penales vigentes en nuestro sistema de enjuiciamiento, si bien estamos totalmente convencidos de que en la actualidad constituye una necesidad que podríamos calificar como de *válvula de escape* del propio sistema⁶³⁶. Y todo ello porque al final hay que reconocer que la conformidad acaba por preservar la vigencia de principios como pueden ser los de oficialidad, legalidad y necesidad que, previamente, ella misma ha exceptuado, contribuyendo de esta forma a una administración de justicia mejor –o menos mala.

Una vez hecho este recordatorio inicial pasamos ya a ocuparnos de la relación entre conformidad y principio acusatorio, planteándonos si aquélla también exceptúa la vigencia de éste o si, por el contrario, se trata de una manifestación más del mismo. Para resolver esta cuestión debemos primero tener claro qué es lo que verdaderamente pretende garantizar la vigencia del principio acusatorio, cuestión esta nada fácil de resolver en la actualidad debido sobre todo a la amalgama de principios a que ha dado

⁶³⁴ Así también ALMAGRO, "La disponibilidad del objeto en el nuevo proceso penal", en *El nuevo Proceso Penal*, cit., pp. 139-142

⁶³⁵ GIMENO, "La nueva regulación...", cit., p. 978, si bien afirma que tales datos no provienen de estadísticas oficiales, al no existir éstas.

⁶³⁶ En el mismo sentido, v. SCHÜNEMANN, Bernd, "Die informellen Absprachen als Überlebenskrise des deutschen Strafverfahrens", en *Festschrift für Jürgen Baumann*, 1992, pp. 361 y ss.

lugar una reiterada jurisprudencia de nuestros más Altos Tribunales a la que nos hemos referido en multitud de ocasiones.

Nosotros –recordemos- entendemos que el principio acusatorio tiene como única finalidad velar por la separación entre órgano acusador y enjuiciador garantizando así la imparcialidad de este último. Como se comprenderá, esto trae a su vez consigo otras exigencias, cuales son, por un lado, que no puede haber juicio sin acusación previa y, por otro, que debe existir siempre una determinada correlación entre acusación y sentencia, correlación esta que, en cuanto a su elemento objetivo y como hemos dicho hasta la saciedad, debe ir referida a los hechos introducidos por las partes en el proceso y no a las calificaciones que se haya dado a los mismos, ni tampoco a la pena solicitada.

Pues bien, dicho esto creemos que, en realidad, la conformidad tiene poco que ver con el principio acusatorio y, en nuestra opinión, si bien es cierto que no lo exceptúa, tampoco creemos que pueda afirmarse que constituya una manifestación específica del mismo. Y ello por todo lo que expondremos a continuación.

Así, entendemos *en primer lugar* que no se trata de una excepción del principio acusatorio, pues en los supuestos de conformidad hay alguien –ya sea un órgano público, un particular o ambos- que mantiene la acusación, luego por este lado no hay problema alguno en relación con el principio acusatorio. Y por lo que se refiere a la vinculación del órgano jurisdiccional, en la conformidad también debe establecerse dicha vinculación con respecto a los hechos⁶³⁷, tal y como preceptúa el principio acusatorio, si bien es cierto que puede irse más allá, exigiéndose una coincidencia absoluta también en relación con las calificaciones jurídicas y la pena solicitada, al menos en los casos de *estricta conformidad*⁶³⁸. No

⁶³⁷ ORTELLS, "El nuevo procedimiento penal abreviado...", cit., p. 14

⁶³⁸ El órgano jurisdiccional, como decimos, queda vinculado a la pena con la

creemos que esto constituya una excepción al principio acusatorio, sino que más bien se trata, por un lado, de una manifestación del de oportunidad a través de la cual el principio dispositivo, propio del proceso civil, encuentra su aplicación, si bien con carácter excepcional, en el enjuiciamiento penal; y por otro lado, esta vinculación estricta del órgano jurisdiccional que se extiende incluso hasta la petición de pena sólo puede explicarse si tenemos en cuenta que en la conformidad –salvo supuestos extraños y poco afortunados como el previsto en el artículo 50 de la Ley del Jurado⁶³⁹- se evita el juicio y consiguientemente toda la práctica de la prueba. Por eso, al ser precisamente en esta última en la que –según establece con carácter general el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal- debe encontrar su fundamento la convicción del tribunal, poco podrá éste objetar en relación con la pena que haya sido objeto de conformidad. Por todo ello, nos parece justo concluir que la conformidad no excluye en sentido alguno la vigencia del principio acusatorio.

Y en segundo lugar, si tenemos en cuenta el contenido que a lo largo de este trabajo hemos atribuido al principio acusatorio podrá entenderse que tampoco creemos que la institución de la conformidad en sí misma considerada constituya, como se ha afirmado en la doctrina, manifestación específica alguna de aquel principio⁶⁴⁰.

que se haya conformado el acusado, salvo que tras el debido control judicial de legalidad ya sea *in malam* (art. 655, pfo. 3º LECr.), ya *in bonam partem* (art. 793.3, pfo.2º), resulte lo contrario. V. para esta cuestión BARONA VILAR, *La conformidad...*, cit., pp. 320 y ss; DE DIEGO DíEZ, *La conformidad...*, cit., pp. 362 y ss.

⁶³⁹ GIMENO, "La segunda reforma urgente de la Ley del Jurado", en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 8 de febrero de 1996, pp. 3 y 4, quien, con razón, estima censurable esta posibilidad, entre otros motivos, porque con tal previsión la conformidad "pierde una de sus finalidades esenciales, cual es la de evitar juicios innecesarios".

⁶⁴⁰ Entiende la conformidad como manifestación del principio acusatorio MIRA ROS, *Régimen actual de la conformidad*, cit., pp. 122 y ss. En un sentido análogo y afirmando que la conformidad se basa en los principios acusatorio y dispositivo, ALCALÁ-ZAMORA, *El allanamiento...*, cit., p. 183; DE DIEGO DíEZ, *La conformidad del acusado*, cit., p. 437.

Por lo tanto, como ya adelantábamos en líneas anteriores, en nuestra opinión poco tienen que ver entre sí la conformidad y el principio acusatorio, pues la primera es manifestación del principio de oportunidad y tiene como fin principal el de favorecer la economía procesal y la agilización de la justicia, mientras que el segundo, como es sabido, nada tiene que ver con tales fines, pues encuentra su fundamento en garantizar la imparcialidad del órgano sentenciador a través de la separación de las funciones de acusación y enjuiciamiento.

La relación que se ha querido ver entre una y otro puede tener su explicación en lo que sigue. Cuando hay conformidad, ésta obliga al órgano jurisdiccional, salvo un cierto control judicial de legalidad que establece la propia Ley, a dictar sentencia de estricta conformidad o de simple conformidad, según los distintos supuestos. Brevemente, siguiendo a Ortells, si la pena no supera los seis años de duración, entonces *"la conformidad vincula estrictamente, en calidad de límite máximo, a la pena aceptada"*, mientras que en relación con el límite mínimo no hay vinculación para el tribunal⁶⁴¹, aunque la pena aceptada sea inferior a seis años. Y finalmente, si la pena aceptada es superior a esta duración *"lo único seguro es que el órgano jurisdiccional no está vinculado a la conformidad"*⁶⁴².

Es cierto que la existencia de estas vinculaciones puede recordar a las exigencias del principio acusatorio, según el cual, el órgano jurisdiccional también queda vinculado a los hechos introducidos por las partes en el proceso. Pero la posible similitud entre ambos casos es, en

⁶⁴¹ Esta es también la doctrina general establecida por la jurisprudencia en cuanto a esta cuestión, añadiendo que, si hay cambios, el órgano jurisdiccional debe brindar posibilidad de audiencia previa. V., por ejemplo, SSTS de 22 de marzo 1999 (RA: 1.602) y de 28 de diciembre 1998 (RA: 9.858). Critica esta jurisprudencia por entender que debe haber también una vinculación estricta de mínimos, DE DIEGO DíEZ, *La conformidad...*, cit., pp. 450 y ss.

⁶⁴² ORTELLS, "El nuevo procedimiento...", cit., pp. 14 y 15

nuestra opinión, sólo aparente⁶⁴³ o de meros resultados, pues, como ya hemos indicado, la necesaria vinculación del órgano jurisdiccional en un supuesto y otro tiene origen en fundamentos distintos.

Todo lo que venimos manteniendo queda también claro si tenemos en cuenta que, como muy acertadamente ha afirmado Alcalá-Zamora⁶⁴⁴, lo importante para el acusado que se conforma es la extensión de la pena que hubiese sido solicitada, mientras que los hechos por los que se le acusa quedan relegados a un segundo plano. Por lo tanto, se observará que sucede justo al contrario que en el principio acusatorio, donde los hechos son lo principal y la pena es secundaria, en el sentido de que con respecto a ella la vinculación no puede ser estricta, puesto que el órgano jurisdiccional, motivándolo, podrá moverse dentro del marco penológico señalado en abstracto para el delito del que se trate.

3. Vías de impugnación ante posibles vulneraciones de la garantía de correlación entre acusación y sentencia

En este apartado del trabajo es necesario que, tal y como hacíamos ya en otro lugar⁶⁴⁵ siguiendo a Ortells, distingamos dos *vertientes* dentro del deber de correlación entre acusación y sentencia al que ha de atenerse el órgano jurisdiccional. Así, podemos recordar que dicho deber de correlación puede tener fundamento, por un lado, en la vigencia del principio acusatorio y, por otro, en el principio de contradicción que, a su vez, presupone que se haya dado cumplimiento al derecho a ser informado de la acusación. Por este motivo, creemos que, en contra de lo que mantiene la jurisprudencia, para que se dé una vulneración del principio

⁶⁴³ Si acaso guarda mayor relación con el régimen de la congruencia en el proceso civil, como acertadamente ha señalado, BARONA VILAR, La conformidad..., cit., p. 312.

⁶⁴⁴ El allanamiento..., cit., pp. 97 y 98

⁶⁴⁵ V. en el capítulo II) los epígrafes 1.2.4 y 2.1.3

acusatorio no es necesario, al menos no en todo caso, que se haya causado indefensión. Así, sería posible, por ejemplo, que el tribunal introduzca de oficio nuevos hechos en la sentencia, los cuales, por sí mismos, podrían constituir el objeto de otro proceso penal distinto –vulneración, por lo tanto, del principio acusatorio-, pero que, previamente, durante el desarrollo del juicio, se hubiese brindado a las partes la posibilidad de contradecir tales hechos –luego no puede decirse que se haya violado el principio de contradicción. En un principio, podría parecer que el supuesto que acabamos de enunciar no se puede dar en la práctica. Sin embargo, sólo bastaría pensar que el tribunal, a través de la vía del planteamiento de la tesis del artículo 733, proponga lo que él entiende sólo como una nueva calificación jurídica de los hechos que han sido objeto de enjuiciamiento, mientras que, en realidad, esa nueva calificación encubre la introducción de nuevos hechos esenciales en el proceso. Las partes, lógicamente, no aceptan la *nueva tesis*, pues ésta en verdad no es sólo eso, sino un nuevo objeto procesal, por lo que no es suficiente el trámite previsto en el citado artículo de la Ley procesal penal, ya que, en rigor, habría de procederse a la suspensión del juicio oral, con base en el artículo 746,6° de la Ley de Enjuiciamiento.

En nuestra opinión, en un supuesto como éste no se causaría indefensión⁶⁴⁶, pero sí estaríamos ante una vulneración del principio acusatorio. Por ello, entendemos que aquí debería prosperar en cualquier caso un recurso de amparo por vulneración del artículo 24.2 de la Constitución y, más concretamente, del derecho a un proceso con todas las

⁶⁴⁶ Es cierto que, finalmente, toda vulneración de cualquier principio o garantía es reconducible a la indefensión, pero creemos que esa acepción excesivamente amplia y, si se quiere, globalizadora de la indefensión no conduce sino a desdibujar su contenido.

garantías en el cual se halla implícito, como se ha dicho⁶⁴⁷, el principio acusatorio que informa el proceso penal español⁶⁴⁸.

Pero pasando ya a ocuparnos en concreto de las diversas vías de impugnación ante posibles vulneraciones del deber de correlación entre acusación y sentencia, podemos observar que, en primer lugar y en relación con el recurso de apelación, no se da problema alguno para denunciar la infracción que aquí estudiamos. Así, tanto por la vía del artículo 795 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, prevista para las sentencias dictadas por los Jueces de instrucción –por la remisión que el artículo 976 hace al precepto antes citado–, los Jueces de lo penal y centrales de lo penal, como por la prevista en los artículos 846 bis a) y siguientes para las resoluciones dictadas por el Magistrado-presidente del Tribunal del jurado, puede encauzarse la impugnación sobre la falta de correlación entre acusación y sentencia, ya que tanto en la primera vía citada como en la segunda está prevista, por un lado, la denuncia del quebrantamiento de las normas y garantías procesales que haya causado indefensión y, por otro, la de infracción de precepto constitucional.

En cuanto a la denuncia de la falta de correlación a través del recurso de casación, aquí tenemos a su vez varias vías. Así, en primer lugar, la contenida en el artículo 849, 1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Si bien en principio la interpretación literal de la norma parece no admitir este

⁶⁴⁷ GIMENO, Derecho Procesal Penal, cit., p. 76 y una abundante jurisprudencia del TC y del TS que, por reiterada, nos excusa de su cita.

⁶⁴⁸ SERRANO HOYO, La prohibición de indefensión..., cit., pp. 216-219, se expresa en un sentido similar al aquí defendido, afirmando que "[a]unque está claro que la solución consiste en que el órgano judicial sentenciador respete su vinculación a los hechos delictivos que han sido objeto de acusación y tenga en cuenta la actividad defensiva realizada frente a la acusación, su protección constitucional no debe venir de la mano del derecho a no padecer indefensión, sino de alguno de los demás derechos fundamentales consagrados en el artículo 24 de la Norma suprema" inclinándose este autor también, como nosotros, por el derecho a un proceso con todas las garantías. Esto es, como se ha dicho en la npp anterior, lo que mantiene también nuestra jurisprudencia, la cual, sin embargo, sigue exigiendo que para que haya vulneración del principio acusatorio tiene que haberse causado indefensión.

cauce para los supuestos de infracción de normas procesales, se ha interpretado finalmente que, con base en el más moderno artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, debe admitirse también el motivo por infracción de normas procesales, si bien no –lógicamente- de las meramente procedimentales⁶⁴⁹. En segundo lugar, contamos también con la opción prevista en el artículo 851,4º de la Ley de Enjuiciamiento, aunque en nuestra opinión, este cauce no podrá ser utilizado cuando estemos ante una verdadera vulneración del principio acusatorio, pues si ésta existiese sería indiferente que *"el Tribunal no hubiere procedido previamente como determina el artículo 733"*, ya que este último precepto, como hemos dicho, no tiene por finalidad la de preservar el principio acusatorio, sino el de contradicción. Por ello entendemos que el motivo cuarto del artículo 851 sólo será de aplicación para aquellos casos en que la falta de correlación sólo lo sea en relación con elementos no esenciales de la acusación. Por último y en tercer lugar, la falta de correlación se podrá denunciar con base en el ya citado artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, si bien hay que tener en cuenta la eventual derogación que pende sobre dicho precepto⁶⁵⁰ a raíz de la entrada en vigor de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil que, como es sabido, está a la espera de la necesaria reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial para que puedan aplicarse efectivamente algunos de sus preceptos.

Finalmente, existe una última posibilidad, a la que ya se hizo alusión, que es la de interponer recurso de amparo con base en la vulneración del artículo 24 de la Constitución. A estos efectos no podemos dejar de tener en cuenta una reciente doctrina del Tribunal Constitucional, según la cual y

⁶⁴⁹ Lo cual parece obvio, según mantiene acertadamente CORTÉS DOMÍNGUEZ, Derecho Procesal Penal, cit., p. 745.

⁶⁵⁰ V. Proyecto de LO núm. 148-12, de 7 de septiembre de 1999, de reforma de la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, que, en su Disposición Derogatoria alude al art. 5.4 LOPJ.

en cumplimiento del requisito establecido en el artículo 44.1a) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional para la admisión de recursos de amparo, previamente y si procediese –como efectivamente sería el caso cuando hay falta de correlación-, ha de haberse solicitado la nulidad de actuaciones *ex* artículo 240.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial para que puedan entenderse agotados *"todos los recursos utilizables dentro de la vía judicial"*⁶⁵¹.

Por lo que se refiere a los efectos que produce la estimación de falta de correlación entre acusación y sentencia, hay que tener en cuenta que en relación con este tema nos hallamos ante la ausencia de un criterio homogéneo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo⁶⁵². A esta situación trata de poner fin el acuerdo adoptado por el Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo el 9 de abril de 1999, que establece lo siguiente:

*"Si en una sentencia se incorporan hechos nuevos o se aplican unos tipos heterogéneos que no han sido objeto de acusación, se ha producido una indefensión cuyo remedio será la absolución o una segunda sentencia, absolviendo del exceso. Por el contrario, cuando no se hayan introducido por el juzgador hechos nuevos y se condena por delito más grave o por delito distinto, la solución será la devolución al tribunal de instancia o dictar nueva sentencia según proceda en cada caso concreto"*⁶⁵³.

Como se observará, el primer supuesto al que se refiere el acuerdo es el que nosotros entendemos como una verdadera vulneración del principio acusatorio, mientras que en el segundo no hay tal, pues estamos ante una infracción del derecho a ser informado de la acusación que impide la contradicción, todo lo cual es susceptible de generar indefensión. Puede

⁶⁵¹ V. ATC 146/1998, de 25 de junio. BARONA VILAR, La conformidad..., cit., p. 318, también propone la utilización de esta vía de la nulidad de actuaciones en los casos en que se haya vulnerado el art. 794.3 de la LECr. y no quepa casación.

⁶⁵² Tal y como se había denunciado por LUZÓN CUESTA, José María, El recurso de casación penal, Colex, Madrid, 1993, pp. 134 y 135.

⁶⁵³ Texto extraído de GRANADOS PÉREZ, Carlos, Acuerdos del Pleno de la Sala Penal del T.S. para unificación de la Jurisprudencia, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 34

observarse, por lo tanto, que la solución que ha establecido el citado acuerdo es la de atribuir a la falta de correlación que sí vulnera el principio acusatorio las consecuencias propias de la estimación de un recurso de casación por infracción de ley, luego el Tribunal Supremo tendrá jurisdicción plena para dictar una segunda sentencia; sin embargo, si la falta de correlación lo que vulnera es el contradictorio, en unos casos –no se sabe cuáles son- habrán de retrotraerse las actuaciones hasta el momento en que se produjo la falta, es decir, aquél en que el tribunal de instancia procedió a dictar sentencia, por lo que a estos supuestos se les da el tratamiento que normalmente recibe la estimación de un recurso basado en un quebrantamiento de forma (artículo 901 bis a) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; mientras que en los demás casos se dictará segunda sentencia por el Tribunal Supremo.

No podemos estar de acuerdo con estas soluciones adoptadas por el Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo y ello se debe principalmente a tres motivos: primero, porque dotan de gran inseguridad jurídica a esta materia, pues no se sabe en qué casos se aplicarán las consecuencias de un quebrantamiento de forma y en qué otros los de una infracción de ley; segundo, porque, sin justificación aparente, parte de una interpretación claramente contraria a la ley y, más concretamente, a lo preceptuado en el artículo 901 bis a) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; y tercero, porque si lo que se pretendía era unificar la jurisprudencia, no somos capaces de ver en qué sentido este acuerdo contribuye a tal fin, pues, antes al contrario, parece convertir la falta de un criterio homogéneo en regla general.

Por lo que a nosotros respecta, creemos que, tanto cuando la infracción del deber de correlación entre acusación y sentencia implique la vulneración del principio de contradicción, como cuando el afectado lo sea el principio acusatorio, la solución más conveniente y válida para ambos

casos deberá consistir en la que se le daría a la estimación de un recurso por quebrantamiento de forma, es decir: dictar sentencia estimando el recurso y ordenar que se retrotraigan las actuaciones al momento en que se dictó la resolución de instancia sin respetar la garantía de la correlación entre acusación y sentencia. Esta solución que proponemos dota al sistema de mayor seguridad y homogeneidad en el tratamiento de posibles vulneraciones de la garantía de la correlación que nos ocupa.

Así, devueltas las actuaciones al tribunal de instancia, éste, si lo que se infringió fue el principio acusatorio, volverá a dictar sentencia, ahora respetándolo. Y si el principio vulnerado fue el de contradicción, entonces el tribunal deberá brindar a las partes la posibilidad de contradecir la nueva tesis calificadora que propone el órgano jurisdiccional, hecho lo cual volverá a dictar la resolución que estime conveniente.

CONCLUSIONES

Primera.- La primera conclusión a la que llegamos en este trabajo se refiere a la imposibilidad de identificar objeto del proceso y pretensión en el orden procesal penal. Todo lo más y en aras de facilitar la existencia de una teoría general del proceso, podría decirse que la pretensión en el proceso penal sí coincidiría con lo que hemos denominado como objeto del proceso en sentido amplio, pero no con el sentido técnico o normativo del mismo que aquí se defiende. Así, a efectos de analizar si el órgano jurisdiccional ha respetado suficientemente las exigencias que derivan del principio acusatorio, lo que hay que tener en cuenta es si el objeto del proceso en sentido estricto (o normativo) no ha sufrido alteraciones sustanciales en la sentencia. Sin embargo, en relación con el derecho a ser informado de la acusación y el principio de contradicción, lo que debemos analizar es el objeto del proceso en sentido amplio, es decir, aquél que coincide con la pretensión. Por ello, si el órgano jurisdiccional entiende que los hechos introducidos por las partes son constitutivos de un delito distinto de aquel según el cual calificaron aquéllas, para proceder a tal cambio de calificación el tribunal habrá de informar previamente a las partes, y ello aunque dicho cambio no altere la esencia de los hechos.

Por lo demás, creemos que afirmar que el objeto del proceso penal es la pretensión no ofrece ventaja alguna, ya que los autores partidarios de tal equiparación añaden a continuación que ni la calificación jurídica de los hechos ni la petición de pena que hayan formulado las partes vinculará al tribunal.

Por el contrario, nosotros entendemos que si algún sentido práctico tiene determinar cuál es el objeto del proceso ese es precisamente el de establecer cuáles son los términos a que el órgano jurisdiccional va a quedar vinculado y de los cuales no podrá apartarse ni siquiera a través de

la vía del *planteamiento de la tesis* prevista en el artículo 733 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Segunda.- Lo anterior nos lleva a afirmar que el objeto del proceso penal está constituido por los hechos y la/s persona/s que haya/n sido acusada/s de los mismos. Así, si bien en cuanto al elemento subjetivo la delimitación del objeto del proceso no ofrece mayores dificultades, no sucede lo mismo en relación con el elemento objetivo. Por este motivo han surgido distintas teorías con el fin de determinar cuál es el hecho que nos interesa a la hora de estudiar instituciones de gran importancia como son la litispendencia, la vinculación del tribunal a la acusación introducida por las partes (principio acusatorio) y, finalmente también, la cosa juzgada. Optamos, como se ve, por un concepto unitario de hecho, con base en el cual se dé solución a los problemas que puedan plantearse en relación con las tres instituciones procesales citadas en el párrafo anterior.

De las distintas teorías que se han elaborado, y tal y como también hace la jurisprudencia de nuestro país, nos adscribimos a aquella de carácter normativo que fue introducida en España por Gómez Orbaneja. La misma tiene en cuenta, por un lado, la actividad típica y, por otro, el bien jurídico protegido o, en su caso, lesionado. Pues bien, precisamente estos dos elementos van a ser los términos a los que el tribunal queda vinculado por exigencias del principio acusatorio. Este va a ser, por lo tanto, el objeto normativo del proceso, el cual ha de quedar intacto en la sentencia. El órgano jurisdiccional podrá introducir, previa audiencia a las partes, otros elementos fácticos de carácter accesorio, pero nunca alterar aquellos de carácter esencial que constituyen el citado objeto normativo.

Por lo tanto, insistimos en que este es el núcleo fáctico que va a tener relevancia a efectos del principio acusatorio y, más concretamente, de garantizar la necesaria separación entre las funciones de acusación y de

enjuiciamiento. En cuanto a los demás elementos de carácter accidental, si el tribunal cree necesaria la introducción o alteración de alguno de ellos, previamente habrá de garantizar la debida contradicción, de forma que las partes puedan manifestar todo aquello que crean conveniente. Sin embargo, y en contra de una desafortunada línea jurisprudencial que se ha consolidado ya como doctrina reiterada del Tribunal Supremo, no creemos que las partes deban aceptar la tesis que les propone el órgano jurisdiccional para que éste pueda condenar conforme a la misma. Creemos que aquí no puede haber vinculación, ya que basta con que el tribunal brinde a las partes la posibilidad de la contradicción, sin que en ningún caso y dada la vigencia en nuestro proceso penal del principio de legalidad haya de quedar sometido a lo que aquéllas decidan aceptar.

Como consecuencia de todo lo dicho, el órgano jurisdiccional sólo quedará vinculado por los hechos –en el sentido normativo que antes citábamos- que hayan introducido las partes, pero no por las calificaciones jurídicas ni por la petición de pena que las mismas hubieran formulado.

Tercera.- Por lo que se refiere al momento en que el objeto –en su sentido normativo- queda definitivamente introducido en el proceso y otra vez en contra de la doctrina general del Tribunal Supremo, hemos de hacer referencia al de los escritos de calificaciones provisionales o de acusación y defensa. No creemos que esta afirmación implique vaciar de contenido el juicio oral, pues a lo largo del mismo y sobre todo con base en la práctica de la prueba, todavía podrán constatarse o descartarse numerosas circunstancias que antes sólo se barajaban como posibles y en relación con las cuales ahora se ha podido llegar a un juicio de certeza, todo lo cual podrá tener cabida en las conclusiones definitivas y, en su caso, en la sentencia que haya de recaer.

La distinción que hacíamos en líneas anteriores entre el objeto del proceso en sentido estricto o normativo, por un lado, y en sentido amplio o equivalente a la pretensión, por otro, vuelve a aflorar en cuanto a este tema, pues creemos que cuando la jurisprudencia y la mayoría de nuestra doctrina científica mantienen que el objeto del proceso se introduce con carácter definitivo en las conclusiones del mismo carácter se están refiriendo al objeto en términos amplios. Por el contrario, nosotros nos planteamos este problema en relación con el núcleo esencial de los hechos o, en definitiva, con el objeto del proceso en su manifestación normativa ya estudiada. Este será –salvo que se haya producido una ampliación o alteración esencial del objeto del proceso *ex* artículo 746,6º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal– el que haya de tenerse en cuenta a efectos de la exigencia de vinculación que deriva del principio acusatorio, lo cual no está reñido con el hecho de que para todo lo relativo a la debida salvaguarda del principio de contradicción, es decir, al cambio o introducción de elementos accidentales, haya de tenerse también en cuenta lo solicitado por las partes en las conclusiones definitivas.

Cuarta.- La pretensión civil acumulada al proceso penal ha de regirse por los principios que informan el enjuiciamiento civil, si bien es imposible evitar que, en cierta medida, la decisión a que finalmente se llegue en relación con dicha pretensión se haya ganado con base en la aplicación de principios informadores del proceso penal. Sin embargo, allá donde quepa efectuar la distinción en relación con la aplicación de principios propios de un orden y de otro, la misma habrá de realizarse, lo cual es perfectamente lógico si atendemos a la posibilidad prevista en la Ley de Enjuiciamiento Criminal de reservar la acción civil para su ejercicio posterior ante los tribunales civiles.

Quinta.- A pesar del contenido tan amplio que últimamente se le ha querido atribuir al principio acusatorio, nosotros creemos que la vigencia del mismo, en rigor, sólo ha de preservar la garantía de imparcialidad que se deriva de la necesaria separación que debe existir entre las funciones acusadora y de enjuiciamiento. Las demás garantías que se quieran ver incluidas en el principio acusatorio no son más que una concreción de esta separación que debe mediar entre el órgano de la acusación y el enjuiciador. Por este motivo pensamos que tanto la vinculación del órgano jurisdiccional al objeto (normativo) del proceso, como una cierta limitación en la iniciativa probatoria del juez penal, como también la prohibición de reforma peyorativa, en realidad, están ya englobadas en la garantía más amplia que consiste en atribuir las dos funciones antedichas a órganos distintos.

De lo dicho se deduce, a su vez, que el principio acusatorio halla su ámbito de aplicación y vigencia en la fase de juicio oral. Y ello a pesar de todas las voces que se han alzado en nuestro país pidiendo que el principio acusatorio se lleve a la fase de instrucción, lo cual, según aquéllas, se conseguiría con medidas como la que tiene por finalidad atribuir la dirección del procedimiento preliminar al Ministerio fiscal, o la que se introdujo a través de la Ley Orgánica 5/1995, del Tribunal del Jurado, según la cual la prisión provisional sólo podrá decretarse por el órgano jurisdiccional si ha mediado instancia de parte. No negamos que los mecanismos citados vayan dirigidos a dotar al órgano jurisdiccional de una necesaria imparcialidad, pero en ambos casos –al menos así sucede la mayor parte de las veces- se trata de dotar de tal garantía al Juez de instrucción y no al órgano jurisdiccional competente para el conocimiento y fallo de la causa, que es el que debe interesarnos a efectos del principio acusatorio.

Sexta.- Este pretendido ensanchamiento del contenido del principio acusatorio puede reconducirse a los siguientes motivos:

1º) la tendencia a equiparar el sistema acusatorio con el principio del mismo carácter, a pesar del alcance más extenso que debe predicarse del primero en relación con el segundo. Esto que decimos queda claro si observamos como todas aquellas garantías que entendemos no incluidas en el principio acusatorio, sí lo están, sin embargo, en el sistema;

2º) la mayor atención que la doctrina científica de los distintos países ha dedicado al estudio e investigación de la ciencia del derecho procesal civil frente al penal ha conducido a que, a la hora de estudiar instituciones como el objeto del proceso, la pretensión o la congruencia penales, se den por válidas y se apliquen en el proceso penal determinadas conclusiones originariamente alcanzadas a raíz del estudio del proceso civil y que sólo pueden tener vigencia en este último;

3º) la equiparación de lo que se ha denominado como las dos vertientes de la correlación entre acusación y sentencia, es decir, aquella que tiene que ver con el cambio de elementos meramente accidentales y por lo tanto también con el principio de contradicción, frente a la otra faceta relacionada con la alteración o inclusión de nuevos hechos normativos susceptibles de traer consigo una vulneración del principio acusatorio. Pues bien, al aunar estas dos vertientes en una sola, cualquier modificación, sea esencial o no, que pretenda introducir el órgano jurisdiccional en su sentencia ha sido reconducida por la jurisprudencia de nuestro país a un supuesto de infracción del principio acusatorio con lo que ello implica de ampliación excesiva del citado principio;

4º) muchas sentencias de nuestros tribunales parecen perder de vista que el fundamento del principio acusatorio ha de encontrarse en la garantía de imparcialidad que ha de predicarse del órgano jurisdiccional competente para fallar la causa. En vez de esto, el principio acusatorio se reconduce

con demasiada frecuencia a la prohibición de indefensión que pudiese derivar del hecho de que la parte no hubiera sido suficientemente informada de la acusación formulada contra ella; y

5º) finalmente, también se ha querido ver una relación entre la institución de la conformidad y el principio acusatorio, debido a que la existencia de aquella vincula al tribunal de forma más o menos estricta a la pena conformada, según la modalidad de conformidad de que se trate. Sin embargo, esta vinculación no encuentra su fundamento en el principio acusatorio, pues según éste a los únicos términos que queda vinculado el tribunal es a los hechos, mientras que en relación con la pena a imponer es de aplicación el principio de legalidad. Por el contrario, lo que sucede en la conformidad es que este último principio citado queda excepcionado por una cierta puerta que se abre para dar entrada al de oportunidad, pero esto no tiene nada que ver con la vigencia en nuestro proceso penal del principio acusatorio.

Séptima.- Si bien a simple vista puede dar la impresión de que estas distinciones que venimos proponiendo efectuar entre el principio acusatorio y la garantía de contradicción, por un lado, y, por otro, entre el objeto del proceso en sentido amplio –que abarca también los cambios que sean de carácter meramente accidental- y en sentido normativo –que sólo se refiere al núcleo normativo de los hechos; aparentemente, repetimos, puede resultar que estas distinciones sean de carácter puramente teórico, sin que en la práctica lleven aparejada consecuencia alguna.

Sin embargo, esta primera impresión es difícilmente sostenible, pues lo que proponemos a lo largo de este trabajo es que se dé un tratamiento diferenciado a aquellos supuestos en que las modificaciones que el tribunal crea necesario llevar a cabo sobre el objeto del proceso introducido por las partes no sean esenciales de aquellos otros en que sí lo son. Así, cada uno

de estos dos casos enunciados se encauzará a través de una u otra vía, las cuales, hoy por hoy vienen esencialmente constituidas por la prevista en el artículo 733 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para los supuestos de modificación o inclusión de elementos no esenciales y la del artículo 746,6º del mismo cuerpo legal, para aquellos otros que no supongan tal alteración o ampliación de la esencia del objeto del proceso.

Octava.- Éstos que acabamos de citar son los cauces previstos de *lege data* en nuestra ya más que centenaria Ley de Enjuiciamiento Criminal en relación con la posibilidad de modificación del objeto del proceso, ya sea en sentido esencial, o no. Si bien es cierto que –por el carácter de proceso común que se predica del ordinario por delitos graves, dentro del cual están comprendidos los dos preceptos referidos- su aplicación se extiende tanto al proceso abreviado como al que tiene lugar ante el Tribunal del jurado, no es menos cierto que estos dos últimos también cuentan con una regulación específica de la materia.

Novena.- En este sentido, creemos que, de *lege ferenda*, sería conveniente dotar al proceso penal español de una regulación unitaria en relación con el tema que ha constituido el objeto de este trabajo, pues la única razón que puede haber llevado a incluir tantos tratamientos específicos como distintos procesos hay en nuestro ordenamiento es la que trae causa de los problemas de interpretación que se han generado en la práctica en relación con el contenido del artículo 733 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pudiéndose afirmar que la dicción literal de este precepto no tiene nada que ver con la aplicación práctica del mismo.

Por ello, de cara a una futura y anunciada reforma del proceso penal, la materia objeto de este trabajo debería ser objeto de una regulación unitaria aplicable a cualquier tipo de proceso penal. Desde un punto de

vista sistemático y de forma similar a lo que sucede en el ordenamiento procesal penal alemán, una fórmula acertada sería la de reunir en preceptos consecutivos –por ejemplo, una vez llegados a las conclusiones definitivas– el tratamiento, por un lado, de aquellos cambios accidentales que sólo requieran se garantice la contradicción y, en su caso incluso, nueva práctica de prueba y, por otro lado, el de alteraciones o ampliaciones que afecten al objeto normativo del proceso y que puedan requerir la suspensión del juicio oral para la práctica –en terminología legal actual– de alguna *sumaria instrucción suplementaria*.

En cuanto al primero de los preceptos que proponemos, el mismo deberá prever la posibilidad de que el tribunal plantee nuevas calificaciones jurídicas que no supongan alteración en la esencia de los hechos. Asimismo, dicho precepto deberá recoger la posibilidad de que el órgano jurisdiccional, cumpliendo con su deber de integrar el objeto del proceso, incluya elementos fácticos de carácter accidental o meramente complementador de los hechos que las partes le han sometido para su enjuiciamiento. Aunque accidentales, nos hallamos ante nuevos elementos fácticos, por lo que, como ya adelantábamos, podría darse eventualmente la necesidad de practicar alguna nueva prueba.

Como se imaginará, será en esta disposición a la que nos estamos refiriendo donde también se incluyan las posibles alteraciones que consistan en la apreciación de circunstancias agravantes, atenuantes, eximentes, distintas formas de participación o de autoría y nuevas modalidades o grados de ejecución. En definitiva, todas aquellas circunstancias que, según el tribunal, hayan resultado probadas en el juicio y que no tengan entidad suficiente como para constituir, por sí solas, el objeto de un nuevo proceso. Frente a todas estas posibles modificaciones que no afecten al núcleo esencial de los hechos, la ley deberá posibilitar la contradicción no sólo en relación con la parte pasiva del proceso penal,

sino también por lo que se refiere a las partes acusadoras, cuestión esta última que no está prevista en el § 265 de la Ordenanza procesal penal alemana.

Finalmente, vista la doctrina general sentada por el Tribunal Supremo en relación con la necesidad de que alguna de las partes haga suya o acepte previamente la tesis que el tribunal ha sometido a contradicción para que éste pueda incluirla efectivamente en su sentencia; vista esta línea jurisprudencial, repetimos, no estaría de más que se incluyese en la norma que estamos proponiendo alguna alusión referente a que en ningún caso será necesaria tal aceptación previa por las partes, pues el tribunal a través de este trámite procesal lo que ha de garantizar es la contradicción para evitar posibles indefensiones, pero no puede quedar sometido al criterio de las partes, pues en tal caso se le estaría privando del ejercicio de la potestad jurisdiccional que le atribuye con carácter exclusivo el artículo 117.3 de nuestra Constitución.

En otro precepto consecutivo al que acabamos de proponer sería conveniente prever los posibles cambios o ampliaciones que sí afecten al objeto normativo del proceso. En estos supuestos es donde, en rigor, entra en juego el principio acusatorio y su garantía de preservar la imparcialidad del juzgador en el sentido de mantener siempre la separación entre las funciones acusadora y de enjuiciamiento. Así, si el tribunal no respetase los requisitos contenidos en este precepto que ahora nos ocupa, estaría extralimitándose de su deber de enjuiciamiento exhaustivo (*Kognitionspflicht*) de los hechos, por lo que quedaría en entredicho su necesaria imparcialidad.

Podría tratarse de una disposición del tipo de la contenida en el artículo 746,6º de la actual Ley de Enjuiciamiento Criminal, pero creemos que debería ser una regulación de carácter específico para estos casos. Por supuesto, la misma deberá aludir a la circunstancia de que ha de tratarse de

hechos conexos, cuyo enjuiciamiento por separado traería consigo el riesgo de sentencias contradictorias, pues si ello no fuera así, entonces el órgano jurisdiccional, lógicamente, debería limitarse a deducir el correspondiente tanto de culpa, a raíz de lo cual los nuevos hechos se enjuiciarían en un nuevo proceso distinto del que ya estaba teniendo lugar.

Otra referencia que ha de incluir en todo caso el precepto que nos ocupa es la relativa a la necesidad de que, aquí sí, alguna parte acepte formular acusación adicional por los nuevos hechos de carácter esencial que han resultado de la celebración del juicio. Si esto no fuera así, sí se produciría una vulneración del principio acusatorio, ya que sería el tribunal el que, en relación con tales nuevos hechos, estaría formulando la acusación.

Décima.- Dado el contenido tan amplio que se ha querido atribuir en nuestro país al principio acusatorio, no estaría de más la existencia de un precepto que llevase a cabo una regulación del mismo, estableciendo que regirá en la fase de juicio oral y consistirá en garantizar la imparcialidad del órgano jurisdiccional sentenciador a través de mantener siempre la debida separación entre las funciones acusadora y de enjuiciamiento.

Undécima.- Por lo que se refiere al juicio de faltas, a éste le será de aplicación la regulación unitaria en relación con los problemas que nos hemos planteado a lo largo de todo este trabajo, si bien puede tenerse en cuenta que, dada la índole de este tipo de juicio, no será necesaria una aplicación excesivamente formal de aquella regulación general.

Por otro lado y también en cuanto al juicio de faltas, hemos de propugnar desde aquí la necesidad de que se elimine la posibilidad prevista en el párrafo segundo del artículo 969 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de que el Ministerio Fiscal no asista a los juicios de faltas

semipúblicas, situación esta que, objetivamente, podría llevar al Juez de instrucción a perder su necesaria imparcialidad.

Duodécima.- Finalmente, en cuanto a la denominada retirada de la acusación, o mejor, petición de sentencia absolutoria por todas partes acusadoras, si bien no se puede llegar al extremo de prohibir tal posibilidad, esta petición tampoco puede suponer necesariamente la obligación para el órgano jurisdiccional de dictar sentencia absolutoria. Por el contrario, creemos que lo correcto será que la Ley establezca expresamente esa no vinculación del tribunal frente a posibles peticiones absolutorias.

BIBLIOGRAFÍA

AA.VV.

El nuevo Proceso Penal. Estudios sobre la Ley Orgánica 7/1988, Tirant lo Blanch, Valencia, 1989

Commento al Nuovo Codice di Procedura Penale (coord. da Mario Chiavario), t. V, UTET, Torino, 1991

La Giurisprudenza sul nuovo Processo Penale (a cura di Mario D'Andria), Giuffrè, Milano, 1993

El juicio oral en el proceso penal (con especial referencia al procedimiento abreviado), Comares, Granada, 1995

Comentarios al Nuevo Código Penal (dirigidos por Quintero Olivares), Aranzadi, Pamplona, 2001

Ley Orgánica del Tribunal del Jurado. Comentarios prácticos al nuevo proceso penal ante el Tribunal del Jurado, a cargo de Gimeno Sendra y Garberí Llobregat, Colex, Madrid, 1996

Comentarios sistemáticos a la Ley del Jurado y a la reforma de la prisión preventiva (Pérez-Cruz Martín, Méndez López, López-Muñoz y Larraz, del Moral García, Serrano Butragueño, Marchena Gómez, Díaz Cabiale y Bujosa Vadell), Comares, Granada, 1996

La Reforma de la justicia penal (Estudios en Homenaje al Profesor Klaus Tiedemann). Gómez Colomer y González Cussac (coordinadores), Publicaciones de la Universitat Jaume I, Castelló de la Plana, 1997

Jurisdicción Contencioso-Administrativa (Comentarios a la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa), (dirigidos por Enrique Arnaldo Alcubilla y Rafael Fernández Valverde), El Consultor, Madrid, 1998

Comentarios a la Ley del Jurado (coordinados por Andrés de la Oliva Santos), Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1999

Comentarios a la Ley del Jurado. Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del jurado (coordinados por Juan Montero Aroca y Juan-Luis Gómez Colomer), Aranzadi, Pamplona, 1999

El Proceso Penal. Doctrina, Jurisprudencia y Formularios, (dir. por Moreno Catena), edición a cargo de Flores Prada, vol. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000

Los procesos penales. Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal con formularios y jurisprudencia, Barcelona, Bosch, 2000

ACHENBACH, Hans, "Strafprozessuale Ergänzungsklage und materielle Rechtskraft", en ZStW 1975, t. 87, pp. 74-102

AGUILERA DE PAZ, Enrique, Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, Reus, Madrid, 1924

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, "La Teoría General del Proceso y la enseñanza del Derecho Procesal", en RDP 1968-1, pp. 9-91

ALMAGRO NOSETE, José, Derecho procesal, t. II, Proceso penal, (con Gimeno Sendra, Moreno Catena y Cortés Domínguez), Tirant lo Blanch, Valencia, 1989

AMODIO, Ennio, "Il modello accusatorio nel Nuovo Codice di Procedura Penale", en Commentario del Nuovo Codice di Procedura Penale (dirigido por Ennio Amodio y Oreste Dominione), vol. I, Giuffrè, Milano, 1989

- "Il modello accusatorio statunitense e il nuovo processo penale italiano: miti e realtà della giustizia americana", en Il processo penale negli Stati Uniti d'America (a cargo de Ennio Amodio y M. Cherif Bassiouni), Giuffrè, Milano, 1988

ARAGONESES MARTÍNEZ, Sara, "Del principio inquisitivo al principio dispositivo. (Algunos ejemplos del tratamiento procesal del principio acusatorio en el nuevo "procedimiento abreviado por delitos")", en XII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, t. II, Mérida, 1990, pp. 1.693-1.704

ARENAL, Concepción, Obras completas, (estudios penitenciarios), Suárez, Madrid, 1895

ARMENTA DEU, Teresa, Principio acusatorio y derecho penal, Bosch, Barcelona, 1995

-Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España, PPU, Barcelona, 1991

-"Principio acusatorio: realidad y utilización (lo que es y lo que no)", en RDP 1996-2, pp. 265-291

ASENCIO MELLADO, José María, Principio acusatorio y derecho de defensa en el proceso penal, Trivium, Madrid, 1991

-La prisión provisional, Civitas, Madrid, 1987

BARONA VILAR, Silvia, La conformidad en el proceso penal, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994

-Prisión provisional y medidas alternativas, Bosch, Barcelona, 1988

BAUMANN, Jürgen, Derecho Procesal Penal. Conceptos fundamentales y principios procesales, (trad. española por FINZI), Depalma, Buenos Aires, 1986

BELING, Deutsches Reichsstrafprozeßrecht, Walter de Gruyter, Berlin Leipzig, 1928

BENNECKE-BELING, Lehrbuch des deutschen Reichsstrafprozeßrechts, Breslau, 1900

BERTEL, Christian, Die Identität der Tat, Springer, Wien-New York, 1970

BERTOROTTA, Francesco, "Mezzi di prova disposti d'ufficio dal giudice e principi accusatorio", en Archivio della nuova procedura penale, 1992, pp. 9-11

BERZOSA FRANCOS, Victoria, "Principios del proceso", en Justicia 1992-3, pp. 553-620

BETTIOL, Giuseppe, Scritti Giuridici, t. I, Cedam, Padova, 1966

-La correlazione fra accusa e sentenza nel processo penale, Giuffrè, Milano, 1936

- "Sentenza penale di condanna e accertamento alternativo di fatti", en *Rivista italiana di diritto penale*, 1935, pp. 463-473

BORGMANN, Fritz, *Die Identität der Tat*, Göttingen (tesis doctoral), 1891

BRICHETTI, Giovanni, *La modificazione dell'accusa nell'istruzione en el juicio penal*, Eugenio Jovene, Milano, 1956

CARNELUTTI, Francesco, *Principii del processo penale*, Morano editore, Napoli, 1960

- "Cenerentola", en *Rivista di Diritto Processuale*, 1946-1, pp. 73-78

CONSO, Giovanni, "Accusa e sistema accusatorio", en *Enciclopedia del Diritto*, t. I, Giuffrè, Milano, 1958, pp. 330-345

CORDÓN MORENO, Faustino, *El Proceso Contencioso Administrativo. Conforme a la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Aranzadi, Pamplona, 1999

CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, *La cosa juzgada penal*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1975

CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, *El delito continuado*, Marcial Pons, Madrid, 1997

- "La identificación de la pretensión punitiva y derecho de defensa", en *RGD* 1996 (619), pp. 3.459-3.487

DE DIEGO DÍEZ, Luis Alfredo, *La conformidad del acusado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997

- "El derecho a la tutela judicial efectiva en la sentencia penal: los principios acusatorio y de contradicción", en *Justicia* 1988-1, pp. 103-138

- "El principio «el que instruye no debe juzgar» como garantía de imparcialidad", en *Poder Judicial* 1987-8, pp. 9-26

DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, *La conexión en el proceso penal*, Universidad de Navarra, Pamplona, 1972

- "El Proyecto de Ley del Jurado, de 1994, y la estructura del proceso penal", en RDP 1994-3, pp. 761-778

- "Disponibilidad del objeto, conformidad del imputado y vinculación del tribunal a las pretensiones en el proceso penal, Revista General de Derecho, 1992 (oct.-nov.), pp. 9.863-9.889

DEL MORAL GARCÍA, Antonio, "Sobre la no vinculación del Juez de Instrucción a la petición de transformación del procedimiento formulada por el Ministerio Público", en Memoria de la Fiscalía General del Estado (año 1993), pp. 872-878

- "El derecho a ser informado de la acusación en el procedimiento abreviado para determinados delitos", en Actualidad Penal 1989-1, pp. 649-677

DÍAZ CABIALE, José Antonio, Principios de aportación de parte y acusatorio: la imparcialidad del juez, Comares, Granada, 1996

EISENBERG, Ulrich, Beweisrecht der StPO. Spezialkommentar, 2ª ed., Beck, München, 1996

ENDRUWEIT, Günter, Die Wahlfeststellung und die Problematik der Überzeugungsbildung, der Identitätsbestimmung, der Urteilssyllogistik sowie der sozialen und personalen Gleichwertigkeit von Straftaten, Carl Heymann, Köln-Berlin-Bonn-München, 1973

ESER, Albin, "Jueces legos en el proceso penal. Una comparación entre los sistemas inquisitivo y *adversativo* desde la perspectiva alemana", en Justicia 1994- 4, pp. 941-965

- "Funktionswandel strafrechtlicher Prozeßmaximen: Auf dem Weg zur 'Reprivatisierung' des Strafverfahrens?", en ZStW 1992, (t. 104) pp. 361-397

- "Zur Renaissance des Opfers im Strafverfahren", en Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, Heymanns Verlag, Köln, Berlin, Bonn, München, 1989

FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, "Perfiles en las relaciones entre proceso civil y penal: la teoría general del proceso", en Anuario de Derecho Civil, 1995-1, pp. 51 y ss.

- "Comentarios al 'Anteproyecto de ley del Jurado' de 11 de marzo de 1994", en RDP 1994-2, pp. 431-500

- "Las conformidades del sujeto pasivo en el procedimiento de la Ley 28 de diciembre de 1988", en Justicia 1989-1, pp. 7-33

- "Sobre el pasado, presente y posible futuro del artículo 733 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal", en Libro homenaje a Jaime Guasp, Comares, Granada, 1984

- "La disponibilidad del derecho a la defensa en el sistema acusatorio español", en Temas del ordenamiento procesal, t. II, Tecnos, Madrid, 1969, pp. 1.199-1.246

FENECH NAVARRO, Miguel, El proceso penal, Artes gráficas y ediciones, Madrid, 1974

FEZER, Gerhard, Strafprozeßrecht I, Beck, München, 1986

- Strafprozeßrecht II, Beck, München, 1986

- "Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Strafverfahrensrecht", Teil 2, en Juristen Zeitung, 1996, pp. 655-668

"§§129, 129 a StGB und der strafprozessuale Tatbegriff. Ein Beitrag zur Wehrlosigkeit der Dogmatik", en Rechtsdogmatik und Rechtspolitik, Duncker & Humblot, Berlin, 1990, pp. 125-139

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, Direito Processual Penal, Coimbra editora, Coimbra, 1974

- "Strafverfahrensreform in Portugal", (trad. por Peter Hünerefeld), en ZStW, t. 104, 1992-2, pp. 448-471

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, "El proceso ante el Tribunal del Jurado: su ámbito de aplicación", Circular 3/1995

- "El proceso ante el Tribunal del Jurado: las actuaciones en el Juzgado de Instrucción", Circular 4/1995

FONT SERRA, Eduardo, La acción civil en el proceso penal. Su tratamiento procesal, La Ley, Madrid, 1991

- "En torno a la reformatio in peius en el proceso penal (Estudio de la jurisprudencia constitucional)", en LA LEY 1989-4, pp. 1.214-1.220

GARBERÍ LLOBREGAT, José, "Formación y contenidos del 'objeto del veredicto' en la nueva Ley Orgánica del Tribunal del Jurado", LA LEY 1996-3, pp. 1.431-1.435

GARCÍA DE LA PUERTA, María Isabel, La suspensión del proceso penal por información suplementaria, El Almendro, Córdoba, 1987

GERLAND, Heinrich, Der deutsche Strafprozess, Bensheimer, Mannheim, 1927

GILLMEISTER, Ferdinand, "Zur normativ-faktischen Bestimmung der strafprozessualen Tat", en NStZ, 1989, pp. 1-5

GIMENO SENDRA, Vicente, Derecho Procesal Penal, (con Moreno Catena y Cortés Domínguez), Colex, Madrid, 1999

- Constitución y proceso, Tecnos, Madrid, 1988

- Fundamentos del Derecho Procesal, Civitas, Madrid, 1981

- La querrela, Bosch, Barcelona, 1977

- "La segunda reforma urgente de la Ley del Jurado", en Actualidad Jurídica Aranzadi, diario de 8 de febrero de 1996, pp. 1-4

- "La nueva regulación de la conformidad (Ley Orgánica 7/1988)", en LA LEY, 1990-3, pp. 977-982

- "Algunas sugerencias sobre la atribución al M.F. de la investigación oficial", en Justicia 1988-4, pp. 829-834

- "El auto de procesamiento", en RGLJ, 1979 (t. 247), pp. 305-346

- "El Juez imparcial en la doctrina del Tribunal Constitucional", en Poder Judicial, nº especial VI, pp. 267-281

GISBERT GISBERT, Antonio, "La iniciativa probatoria del órgano jurisdiccional y el principio acusatorio", en RDP 1998-3, pp. 603-625

- "El artículo 729,2º, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal", en Poder Judicial, 1997, núm. 46, pp. 395-412

GOLDSCHMIDT, James, Principios generales del proceso, II, Problemas jurídicos y políticos del proceso penal, EJEA, Buenos Aires, 1961

GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis, Derecho Jurisdiccional, t. III, Proceso Penal, 10ª ed., (con Montero Aroca, Montón Redondo y Barona Vilar), Tirant lo Blanch, Valencia, 2001

- El proceso penal especial ante el Tribunal del Jurado, Civitas, Madrid, 1996

- El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas, Bosch, Barcelona, 1985

- "La instrucción del proceso penal por el Ministerio Fiscal: aspectos estructurales a la luz del derecho comparado", en La reforma de la justicia penal (Estudios en homenaje al Prof. Klaus Tiedemann), coord. por Juan-Luis Gómez Colomer y José-Luis González Cussac, Publicaciones de la Universitat Jaume I, Castelló de la Plana, 1997, pp. 459-496

GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, Fernando, El proceso ante el Tribunal del Jurado, Forum, Oviedo, 1995

GÓMEZ ORBANEJA, Emilio, Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, Bosch, Barcelona, 1951

- Derecho Procesal Penal (con HERCE QUEMADA, Vicente), Artes Gráficas y Ediciones, 10ª ed., Madrid, 1986

- "Principio acusatorio y medida de la pena. "Cuestión nueva" en casación", (comentario a la STS de 14 de abril de 1950), en RDP, 1950-3, pp. 481-496

- "Quebrantamiento de forma. Delito continuado y principio acusatorio (arts. 505 y 506 Cód. Pen. de 1932, y artículos 733 y 912, núm. 4, LECRIM.)", en RDP, 1946-1, pp. 121-130

GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás, Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal, Colex, Madrid, 1990

- GRANADOS PÉREZ, Carlos, *Acuerdos del Pleno de la Sala Penal del T.S. para unificación de la Jurisprudencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000
- GRÜNWALD, Gerald, "Der Verbrauch der Strafklage bei Verurteilungen nach den §§129, 129 a StGB", en *Festschrift für Paul Bockelmann*, Beck, München, 1979, pp. 737-758
- GUASP DELGADO, Jaime, *Derecho Procesal Civil*, t. I, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1961
- GUTIÉRREZ-ALVIZ Y CONRADI, "Aspectos Del derecho de defensa en el proceso penal", en *RDPib.*, 1973-4, pp. 757-800
- GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Eduardo, "La correlación entre acusación y sentencia", en *Estudios de Derecho Procesal*, EUNSA, Pamplona, 1974, pp. 510-537
- HERRMANN, Joachim, "Die Strafprozeßreform vom 1.1.1975. Ein kritischer Rückblick", en *JuS* 1976-7, pp. 413-420
- ILLUMINATI, Giulio, "Accusatorio ed inquisitorio (sistema)", en *Enciclopedia Giuridica* (fundada por G. Treccani), Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 1994 (puesta al día)
- ISASCA, Frederico, *Alteração substancial dos factos e sua relevância no processo penal português*, Almedina, Coimbra, 1992
- JESCHECK, Hans-Heinrich, "Die Entschädigung des Verletzten nach deutschem Strafrecht", en *JZ*, 1958, pp. 591 y ss.
-*Juristen Zeitung*, 1957, pp. 29-31
- KLEINKNECHT/MEYER-GÖBNER, *Kommentar zur StPO und zum GVG*, 43ª ed., Beck, München, 1997
- KÖCKERBAUER, Hans Peter, *Das Adhäsionsverfahren nach der Neuregelung durch das Opferschutzgesetz 1987 und seine rechtliche Problematik*, Peter Lang, Frankfurt a. M., 1993
- KÖHLER, Michael, *Inquisitionsprinzip und autonome Beweisvorführung (§ 245 StPO)*, Decker, Heidelberg-Hamburg, 1979

- KÜHNE, Hans Heiner, Strafprozeßlehre, 2ª ed., Engel Verlag, Kehl, Straßburg, 1982
- LA ROCCA, Manlio, Studi sul problema del fatto nel processo penale, Napoli, 1966
- LAMPE, Joachim, "Ermittlungszuständigkeit von Richter und Staatsanwalt nach dem 1. StVRG", en NJW 1975-5, pp. 195-199
- LEONE, Francesco, "Colpevolezza e correlazione tra imputazione e sentenza", en Scritti Giuridici in onore di Alfredo Marsico, vol. Ii, Giufrè, Milano, 1960
- LIU, Keetsin, Der Begriff der Identität der Tat im geltenden deutschen Strafprozeßrecht, Schletter, Breslau, 1927
- LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, Tomás, Las intervenciones telefónicas en el proceso penal, Colex, Madrid, 1991
- LORCA NAVARRETE, Antonio María, "Sobre la prohibición de la «reformatio in peius»", en LA LEY 1989-3, pp. 1.150-1.170
- LÖWE-ROSENBERG, Großkommentar zur StPO und zum GVG, 24ª ed., Walter de Gruyter, Berlin, 1987
- LUZÓN CUESTA, José María, El recurso de casación penal, Colex, Madrid, 1993
- MANZINI, Vincenzo, Trattato di Diritto Processuale Penale italiano, t. IV, 6ª ed., Unione Tipografico-editrice Torinese, Torino, 1972
- MARCHENA GÓMEZ, Manuel, El Ministerio Fiscal: su pasado y su futuro, Marcial Pons, Madrid, 1992
- MARTÍN OSTOS, José de los Santos, "La prueba de oficio en el nuevo proceso civil", en LA LEY 1998-5, pp. 1.786-1.790
- MARTÍNEZ ARRIETA, Andrés, La nueva concepción jurisprudencial del principio acusatorio, Comares, Granada, 1994
- "El principio acusatorio: teoría general y desarrollo jurisprudencial", en Justicia 1992-4, pp. 833-879

MATTES, Heinz, La prisión preventiva en España (traducción de Manuel Gurdiel Sierra), Servicio de publicaciones de la Fundación universitaria San Pablo (CEU), Madrid, 1975

MAYMAT, Jean-Christophe, Procédure pénale, Dalloz, París, 1996

MIR PUIG, Santiago, Derecho Penal. Parte General, 5ª ed., Reppertor, Barcelona, 1998

MIRA ROS, Corazón, Régimen actual de la conformidad, Colex, Madrid, 1998

MITTERMAIER, Carl Josef Anton, Die Gesetzgebung und Rechtsübung über Strafverfahren nach ihrer neuesten Fortbildung, Erlangen, 1856

MONTERO AROCA Juan, Derecho Jurisdiccional, t. I, Parte General, (con Ortells Ramos), Bosch, Barcelona, 1987

-Derecho Jurisdiccional III, Proceso Penal, 10ª ed., (con Gómez Colomer, Montón Redondo y Barona Vilar), Tirant lo Blanch, Valencia, 2001

-El nuevo proceso civil, (con Gómez Colomer, Montón Redondo y Barona Vilar), Tirant lo Blanch, Valencia, 2000

-Sobre la imparcialidad del Juez y la incompatibilidad de funciones procesales, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999

-Principios del proceso penal. Una explicación basada en la razón, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997

-Introducción al proceso laboral, 4ª edición, Bosch, Barcelona, 1997

-"El juez que instruye no juzga. (La incompatibilidad de funciones dentro del mismo proceso)", en LA LEY 1999-1, pp. 1.801-1.816

-"La garantía procesal penal y el principio acusatorio", en LA LEY 1994-1, pp. 973-984

-"El principio acusatorio. Un intento de aclaración conceptual", en Justicia, 1992-4, pp. 775-788

MORÓN PALOMINO, Manuel, Derecho Procesal Civil (Cuestiones fundamentales), Marcial Pons, Madrid, 1993

- "Sobre el concepto del Derecho Procesal", en RDP 1962-3, pp. 67-125

NARVÁEZ RODRÍGUEZ, Antonio, El jurado en España. Notas a la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado, Comares, Granada, 1995

ORTEGO PÉREZ, Francisco y PICÓ I JUNOY, Joan, "Ámbito de la discrecionalidad judicial en la determinación de la responsabilidad penal", en Revista Jurídica de Cataluña, 1995-3, pp. 27-67

ORTELLS RAMOS, Manuel, Derecho Jurisdiccional, t. I, Parte General, (con Montero Aroca), Bosch, Barcelona, 1987

- El proceso penal abreviado. (Nueve estudios), Comares, Granada, 1997

- "Correlación entre acusación y sentencia: antiguas y nuevas orientaciones jurisprudenciales", en Justicia, 1991-3, pp. 529-550

- "Principio acusatorio, poderes oficiales del juzgador y principio de contradicción. Una crítica de cambio jurisprudencial sobre correlación entre acusación y sentencia", en Justicia, 1991-4, pp. 775-799

PERCHINUNNO, Vincenzo, L'accertamento alternativo nel processo penale, Giuffrè, Milano, 1980

PERRON, Walter, Das Beweisantragsrecht des Beschuldigten im deutschen Strafprozeß, Duncker & Humblot, Berlin, 1995

- "Das Beweisantragsrecht des beschuldigten – Ursache oder Symptom der Krise des deutschen Strafprozesses?", en ZStW, 1996-1, pp. 128-154

PETERS, Karl, Strafprozess, 4ª ed., C.F.Müller, Heidelberg, 1985

PFEIFFER, Gerd, "Die Anklage", en Festschrift für Günter Bemann, Nomos, Baden-Baden, 1997

PICÓ I JUNOY, Joan, La imparcialidad judicial y sus garantías: la abstención y la recusación, Bosch, Barcelona, 1998

- "La prueba en el Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil", en LA LEY 1999-3, pp. 1.826-1.837

- "El juez penal y su iniciativa probatoria: reconsideración de una errónea doctrina jurisprudencial", en LA LEY 1999-5, pp. 1.928-1.931

- "Reflexiones en torno a la cuestionada iniciativa probatoria del juzgador penal", en Justicia 1996-1, pp. 145-181

PLANCHADELL GARGALLO, Andrea, El derecho fundamental a ser informado de la acusación, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999

PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, Leonardo, Derecho Procesal Civil, 5ª ed., Tecnos, Madrid, 1989

- "La doctrina y la práctica sobre el proceso penal", en Trabajos y orientaciones del Derecho Procesal, Revista de Derecho Privado (editorial), Madrid, 1964

PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, Leonardo y GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Eduardo, Derecho Procesal Penal, 4ª ed., Tecnos, Madrid, 1989

PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, Leonardo, "El Ministerio Fiscal en Europa", en RDP ib. 1977-1, pp. 7-36

PUPPE, Ingeborg, "Die Individualisierung der Tat in Anklageschrift und Bussgeldbescheid und ihre nachträgliche Korrigierbarkeit", en NStZ 1982-6, pp. 230-235

REVERÓN PALENZUELA, Benito, "La contradicción procesal como garantía del derecho de defensa en la llamada «fase intermedia» del proceso penal por delito", en LA LEY 1998-3, pp. 1.783-1.795.

RIVAS CARRERAS, Víctor- Rafael, "El planteamiento de la tesis por el tribunal: el artículo 733 de la L.E.Cr. en la Ley y en la jurisprudencia", en RJC 1992-2, pp. 163-174

ROXIN, Claus, Strafverfahrensrecht, 24ª ed., Beck, München, 1995

- "Die Wiedergutmachung im strafrechtlichen Sanktionensystem", en Wege und Verfahren des Verfassungslebens, (Festschrift für Peter Lerche), Beck, München, 1993

- "Zur Wiedergutmachung als einer 'dritten Spur' im Sanktionensystem", en Festschrift für Jürgen Baumann, Giesecking, Bielefeld, 1992, pp. 243 y ss

- "Zur Frage, wann die Identität der Tat noch gewahrt ist, wenn sich das Tatbild zwischen Anklage und Urteil verändert (hier: Verurteilung wegen Mordes nach Anklage wegen Strafvereitelung)", en JR 1984-8, pp. 344-349

RUÍZ GUTIÉRREZ, Urbano, "Algunas notas sobre el origen del Ministerio Público en España", en RDP 1952-3, pp. 407-420

RUÍZ VADILLO, Enrique, El principio acusatorio y su proyección en la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, Actualidad Editorial, Madrid, 1994

- "La determinación de la pena en el procedimiento abreviado", en LA LEY 1993, pp. 1.049-1.052

- "Algunas desviaciones del sistema acusatorio y la Ley de Enjuiciamiento Criminal", en RGD 1957, pp. 207-218

SAAVEDRA RUÍZ, Juan, "La iniciativa del Tribunal en el acto del juicio oral. Alcance de los artículos 729 y 733 LECrim.", en Cuadernos de Derecho Judicial. Cuestiones de Derecho Procesal Penal, nº 10, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994, pp. 13-51

SCHLÜCHTER, Ellen, Systematischer Kommentar zur Strafprozeßordnung und zum GVG, Luchterhand, Neuwied, 1995

SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, Maunz-Dürig Grundgesetz-Kommentar, Beck, München, 1996

SCHNEK, Friedrich, Der Adhäsionsprozeß nach österreichischem Recht, Perles, Wien, 1928

SCHÜNEMANN, Bernd, "Die informellen Absprachen als Überlebenskrise des deutschen Strafverfahrens", en Festschrift für Jürgen Baumann, 1992, pp. 361-382

- SCHWINGE, "Identität der Tat im Sinne der Strafprozeßordnung", en Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, t. 52 (1932), pp. 203-236
- SENTÍS MELENDO, Santiago, "Los poderes del juez. (Lo que el juez «puede» o «podrá»)", en RJC, 1976-3, pp. 139 y ss., también publicado en La prueba. Los grandes temas del derecho probatorio, EJEA, Buenos Aires, 1978
- SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, Estudios de Derecho Procesal, Ariel, Barcelona, 1969
- SERRANO HOYO, Gregorio, La prohibición de indefensión y su incidencia en el proceso, Comares, Granada, 1997
- SOTO NIETO, Francisco, Correlación entre acusación y sentencia. La tesis del artículo 733 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, Montecorvo, Madrid, 1979
- SOTO VÁZQUEZ, Rodolfo, "El auto de procesamiento y alguno de sus problemas", en RDP, 1966-2, pp. 109-126
- STEFANI, Gaston, LEVASSEUR, Georges, BOULOC, Bernard, Procédure pénale, Dalloz, París, 1993
- STILE, Alfonso M., "Die Reform des Strafverfahrens in Italien", en ZStW, t. 104 (1992), pp. 429-447
- TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel, "La incongruencia penal por «ultra petita»: estudio jurisprudencial", en RGD 1991 (nº 558), pp. 1.095-1.127
- TIEDEMANN, Klaus, Entwicklungstendenzen der strafprozessualen Rechtskraftlehre, Mohr, Tübingen, 1969
- VARELA GÓMEZ, Bernardino J., El recurso de apelación penal, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997
- VÁZQUEZ SOTELO, José-Luis, -«Presunción de inocencia» del imputado e «íntima convicción» del tribunal (Estudio sobre la utilización del imputado como fuente de prueba en el proceso penal español), Bosch, Barcelona, 1984

-"El principio acusatorio y su reflejo en el proceso penal español", en Revista Jurídica de Cataluña, 1984-2, pp. 93-135

VERGER GRAU, Joan, La defensa del imputado y el principio acusatorio, Bosch, Barcelona, 1994

VIADA LÓPEZ-PUIGCERVER, Carlos, y ARAGONESES ALONSO, Pedro, Curso de Derecho Procesal Penal, t. II, Prensa Castellana, Madrid, 1974

VIADA LÓPEZ-PUIGCERVER, Carlos, "Correlación entre la acusación y la sentencia", en RDP, 1959, pp. 319-342

VOLKMANN-SCHLUCK, Thomas, Der spanische Strafprozeß zwischen Inquisitions- und Parteiverfahren, Nomos, Baden-Baden, 1979

VON KRIES, August, Lehrbuch des deutschen Strafprozeßrechts, Mohr, Freiburg i. Br., 1892

WOLTER, Jürgen, "Tatidentität und Tatumgestaltung im Strafprozeß", en Goldammer's Archiv für Strafrecht, 1986, pp. 143-176