

REVISIÓN CRÍTICA DE LAS NUEVAS TENDENCIAS SOBRE CORRELACIÓN ENTRE ACUSACIÓN Y SENTENCIA EN DERECHO ESPAÑOL, CON UN BREVE EPÍLOGO SOBRE EL DERECHO MEXICANO Y EL CÓDIGO PROCESAL PENAL MODELO PARA IBEROAMÉRICA

Manuel ORTELLS RAMOS

SUMARIO: I. Correlación entre acusación, defensa y sentencia; II. Los recientes cambios, legales y jurisprudenciales; III. La influencia de la Constitución y de otras normas en el cambio jurisprudencial; IV. Desarticulación de un argumento complejo; V. La insuficiencia de las disposiciones de Lecrim para tutelar; VI. La limitada protección dispensada por la interpretación tradicional del artículo 733 al derecho de contradicción de las partes; VII. Modificación de la acusación, preclusiones probatorias y desprotección de la defensa; VIII. Una innovación necesaria en la estructura del juicio oral; IX. El principio acusatorio y la amplitud de los poderes oficiales del juzgador; X. Breve epílogo sobre el tema en el proceso penal mexicano y en el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica; XI. Apéndice: Principales artículos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española.

I. CORRELACIÓN ENTRE ACUSACIÓN, DEFENSA Y SENTENCIA

Aunque sea con las importantes diferencias que, con más precisión, se estudiarán después, también en el proceso penal debe cumplirse, como en el proceso civil, un deber de adecuación, de correlación entre los actos fundamentales de petición y alegación de las partes, por un lado, y la sentencia, por el otro.

De entrada, para designar este tema en el proceso penal es normal hablar de correlación y no de congruencia, para significar una mayor laxitud en el debido ajuste entre los términos de comparación.

Por otra parte, el tema suele enunciarse normalmente como la correlación entre acusación y sentencia. Ese planteamiento, aunque comprende un aspecto muy importante, es insuficiente. Por de pronto no alude al ajuste (de la sentencia) con la defensa, que es gene-

radora de deber de resolución. Pero aun extendiendo la correlación a la defensa, el enunciado no consigue ser completo porque, a diferencia del proceso civil, no son sólo actos de parte (aquí la acusación y la defensa) los que influyen en la correlación.

A. La correlación como deber de pronunciamiento exhaustivo y como límite a la potestad de resolver

El requisito de la correlación puede ser incumplido de dos modos: por defecto, si no se resuelve sobre todo lo que se debe resolver, y por exceso, si se resuelve sobre lo que no es objeto de resolución.

Esto evidencia dos facetas diferentes de este requisito. Por un lado, la exhaustividad, el deber de pronunciamiento sobre todo aquello que en un concreto proceso debe ser resuelto por el órgano jurisdiccional. Este aspecto de la correlación se formula como precepto en el artículo 742 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española. La sanción por su incumplimiento aparece muy claramente —aunque no sólo se aplica en este caso— en el artículo 851.3º de dicha ley.

Por otro lado, el deber de que la sentencia no trascienda de los límites que le fija la acusación y —aunque con influencia menor— otros actos de petición y alegaciones de las partes y ciertos actos del propio órgano jurisdiccional.

Con enunciación propia de precepto, sólo en el proceso abreviado hay una norma que establezca este aspecto de la correlación: el artículo 794.3. Sin embargo, la sanción de ineficacia por su incumplimiento (y con ello, implícitamente, el precepto correspondiente) está también prevista, para el proceso ordinario, en el artículo 851.4º.

Cada uno de estos aspectos de la correlación tiene un fundamento distinto, pero como este trabajo se ciñe al segundo aspecto de la correlación, referiremos el tratamiento, a partir de ahora, sólo a éste.

El *fundamento de la correlación como límite a la potestad de resolver* radica en los principios acusatorio y de contradicción.

En virtud del primero, el juzgador no puede resolver más que sobre el objeto (u objetos) del proceso propuesto por el acusador y respecto a la persona que ha sido acusada por éste. En ningún caso es admisible que el órgano jurisdiccional introduzca de oficio —y para resolver sobre los mismos— cambios (por vía de complemento o de variación) sobre esos dos elementos.

Ahora bien, a diferencia de lo que ocurre en el proceso civil, cualquier cuestión influyente en la admisibilidad y en el contenido de

fondo de la resolución sobre la acusación, debe ser considerada de oficio por el juzgador, atendiendo a lo que resulte del juicio oral y sin vinculación a su formal alegación por las partes.

En este aspecto pasa a un primer plano el principio de contradicción: es indiferente que la cuestión no haya sido introducida en el juicio oral por alegación de las partes, pero la cuestión ha debido ser debatida por éstas previamente a su resolución. La posibilidad de debate es clara si las partes han planteado la cuestión en sus actos de acusación y defensa. En cambio si, aunque la cuestión resulte de lo actuado en el juicio oral, sólo es formalmente planteada al ser apreciada de oficio en la sentencia, el principio de contradicción puede sufrir detrimento, por haber pasado la cuestión desapercibida para las partes. El problema es hasta qué punto garantiza el ordenamiento que una cuestión apreciable de oficio deba ser formalmente sometida a debate.

B. *Determinación de la correlación*

Para determinar si se cumple la correlación han de compararse dos términos (de un lado, cierta actividad de las partes, principalmente; de otro, una actividad del órgano jurisdiccional) y, en primer lugar, precisar con exactitud cuáles son esos términos.

En cuanto a la actividad de las partes el término de la comparación está integrado por la persona del acusado, el objeto del proceso y las cuestiones planteadas por la resolución sobre lo anterior. Todo ello debe haber sido formulado por las partes de modo admisible y, por esa razón, hecho materia tratable en el proceso (artículo 742: “cuestiones *que hayan sido objeto* del juicio. . . de que *se haya conocido* en la causa. . . que *hayan sido objeto* del juicio”). Excepcionalmente, se integra en este término de la comparación un acto de planteamiento formal de cuestiones por parte del órgano jurisdiccional.

Los actos a los que hay que atender para determinar este primer término de la comparación son los siguientes:

a) Las calificaciones de los acusadores, en cuanto delimitan el objeto del proceso, indican la persona del acusado y formulan alegaciones y peticiones relevantes para la resolución. Estas calificaciones son las definitivas (artículo 732) pero a condición de que, si se han modificado las provisionales presentadas al principio, la modificación se haya mantenido en los límites admisibles (no modificación

del hecho objeto del proceso, ni de la persona acusada). Después de las calificaciones definitivas no son admisibles modificaciones, salvo para asumir las tesis propuestas por el órgano jurisdiccional en ejercicio de la facultad prevista en el artículo 733 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En el proceso abreviado el acto es el de conclusiones definitivas de los acusadores (artículo 793.6 y 7, Ley de Enjuiciamiento Criminal), que están relacionadas con los escritos de acusaciones inicialmente presentados (artículo 790.5, *idem*).

b) Las calificaciones definitivas de la defensa (artículos 732 y 738) son el cauce procesal más importante para formular las alegaciones defensivas, pero al que debe añadirse lo que alegue el acusado en la última palabra (artículo 739). En un proceso en que no rige el principio de aportación de parte, estos actos sólo importan para la correlación como deber de pronunciamiento exhaustivo.

En el proceso abreviado hay que atender a las conclusiones definitivas de la defensa (artículo 793.6 y 7, en relación con el artículo 791.1 y 2).

c) En fin, y sólo en el proceso ordinario, la propuesta de calificación que formule el órgano jurisdiccional ejercitando la potestad que le confiere el artículo 733 de la citada ley.

En el proceso abreviado también puede el juzgador “solicitar del Ministerio Fiscal y de los letrados un mayor esclarecimiento de aspectos concretos de la prueba y la valoración jurídica de los hechos, sometiéndoles a debate una o varias preguntas sobre puntos determinados” (artículo 793.6, II). Pero estas propuestas no tienen la misma eficacia que las formuladas al amparo del artículo 733 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (Lecrim), porque, al menos en cuanto conduzcan a la agravación de la pena, no son por sí solas término de referencia para determinar la correlación, sino que han de ser asumidas por alguna parte acusadora (artículo 794.3, Lecrim).

El otro término de la comparación es la sentencia en su conjunto, no sólo su fallo o parte dispositiva. En efecto, si no se atendiera a la motivación serían difíciles de detectar ciertos supuestos de infracción del límite a la potestad de resolver (por ejemplo, el de pronunciarse sobre hecho distinto al acusado, aunque con la misma calificación jurídica y pena correspondientes al último) y el campo de la falta de correlación por omisión de pronunciamiento quedaría reducido a la falta de éste sobre un objeto del proceso, sin alcanzar a las cuestiones que inciden en la admisibilidad y sentido de la deci-

sión sobre el objeto (cuya expresa consideración no se incluye en el fallo, sino en los fundamentos).

Veamos ahora más específicamente qué impone el deber de correlación, en su doble aspecto de límite a la potestad de resolver y deber de pronunciamiento exhaustivo.

1) Impone, en primer término, limitar el pronunciamiento a *la persona que ha sido acusada*.

La condena de quien no hubiera sido acusado en calificaciones provisionales o en el escrito de acusación lesiona gran parte de las garantías del artículo 24, Constitución Española, contradice uno de los elementos esenciales del sistema acusatorio y sería un caso patente de nulidad del numeral 3 del artículo 238 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Pero tampoco es admisible la absolución de quien no ha sido acusado, porque ello violaría el derecho a la tutela judicial efectiva de los acusadores.

2) También debe existir correlación en cuanto al *objeto del proceso*: sólo sobre él y en todo caso respecto a él debe dictarse la sentencia.

El objeto del proceso penal —a diferencia del proceso civil— no es una pretensión procesal, sino un “hecho justiciable”, que el sistema acusatorio requiere que sea fijado por las partes acusadoras antes del inicio del juicio oral.

En consecuencia, para determinar la correlación en cuanto al objeto del proceso no tiene trascendencia la petición de pena que se formule por ese hecho, sino los elementos de identificación del mismo. Esos elementos no son todos los aspectos de hecho jurídicamente relevantes (es decir, que tienen influencia en la solución jurídica del caso), sino sólo aquellos que permiten identificar un hecho objeto del proceso y diferenciarlo de otro.

La correlación como límite a la potestad de resolver impone que la sentencia no se pronuncie sobre un hecho distinto de aquel por el que se formuló acusación inicialmente (calificaciones provisionales, escrito de acusación), sea ese nuevo hecho sustitutivo o complementario del inicialmente fijado por los acusadores.

La *Leccrim*, en su redacción originaria, que sigue siendo de aplicación al *proceso ordinario*, contempla expresamente la correlación en cuanto al delito y la pena (artículo 851.4º) pero no formula tan nítidamente la correlación en cuanto al hecho —objeto del proceso—. Ello no puede excluir que la correlación tenga ese alcance. En

primer lugar, el mismo artículo 733 (Lecrim) limita la posibilidad de plantear nuevas tesis jurídicas a que vengan referidas al mismo “hecho justiciable” (no a otro distinto). En segundo lugar, y en coherencia con un elemento esencial del sistema acusatorio, el Tribunal Constitucional ha sostenido que mantener de la acusación inicial a la sentencia la identidad del hecho punible, viene impuesto por la prohibición de indefensión y por el derecho a ser informado de la acusación —artículo 4.1 y 2, Constitución Española— (sentencia del Tribunal Constitucional 12/1981, de 10 de abril; 105/1983, de 23 de noviembre; 20/1987, de 19 de febrero).

En el régimen del *proceso abreviado* sí que hay norma explícita sobre este aspecto de la correlación: “La sentencia no podrá... condenar por delito distinto cuando éste conlleve una diversidad de bien jurídico protegido o *mutación sustancial del hecho enjuiciado*” (artículo 794.3, Lecrim).

3) La correlación que deba existir entre la sentencia y las *alegaciones* de las partes *que no afecten a la identidad del hecho-objeto del proceso*, las *calificaciones jurídicas* y la *pena pedida*, necesita un tratamiento matizado.

La primera cuestión es ésta: ¿hasta qué punto los actos de los acusadores vinculan al órgano jurisdiccional en los aspectos citados, en el sentido de limitar su potestad de resolver?

Debe distinguirse el régimen del proceso ordinario y el del proceso abreviado.

En el proceso ordinario los preceptos básicos son el artículo 851.4º en relación con el 733 (Lecrim). Para el artículo 851.4º se infringe el límite a la potestad de resolver si la sentencia condena por un delito más grave que el que ha sido objeto de la acusación, salvo que el tribunal haya procedido de acuerdo con el artículo 733 (Lecrim).

Ello significa, en primer lugar, que para determinar este aspecto de la correlación, hay que comparar no la gravedad de las penas concretas pedidas en las calificaciones definitivas y de las impuestas en la sentencia, sino la gravedad de los tipos penales aplicados en esos actos (gravedad que se determina por la de las penas que la ley prevé para los mismos).

Dentro del límite del tipo penal de igual o menor gravedad, el órgano jurisdiccional no está vinculado a los actos de los acusadores en cuanto a los hechos que determinen un cambio de tipificación,

diferentes grados de ejecución y formas de participación, ni en cuanto a las calificaciones jurídicas, conducentes unas y otras, a una determinada pena. A estos efectos, el órgano jurisdiccional, respetando en todo caso la identidad del hecho-objeto del proceso introducido por los acusadores, puede atender a los hechos que resulten de la prueba, asumir la calificación jurídica que estime correcta e imponer la pena que, en función de ello, corresponda. Ésta era la opinión predominante en la jurisprudencia hasta que se inician las nuevas tendencias a las que nos referiremos en el apartado II.

Pero, en segundo lugar, incluso la limitación de la gravedad del tipo penal no es insuperable. Si el órgano jurisdiccional ejercita la potestad que le confiere el artículo 733 (Lecrim) y pone a debate el tipo penal distinto y más gravemente penado que el sostenido por las partes acusadoras, la sentencia puede pronunciarse sobre el mismo, aunque ninguna parte acusadora lo haya asumido (artículo 851.4º, Lecrim).

En el *proceso abreviado* la solución es distinta, porque el artículo 794.3 (Lecrim) dispone que “la sentencia no podrá imponer pena que exceda de la más grave de las acusaciones”.

De entrada la limitación a la potestad de resolver ya no viene puesta en el delito más grave, sino en la pena más grave de las peditas por los acusadores. Consecuentemente tampoco cabrá entender autorizado que el tribunal aprecie ningún elemento agravatorio no alegado por los acusadores.

Pero además el órgano jurisdiccional no puede desvincularse en modo alguno de esa limitación. El artículo 793.6 y 7 (Lecrim) no autoriza al juzgador a resolver en la sentencia sobre planteamientos eventualmente agravatorios que hubiera sometido a discusión, salvo que hubieran sido asumidos por algún acusador en conclusiones definitivas. Basta comparar los artículos 794.3 y 851.4º (Lecrim), el primero no hace salvedad del caso de haberse sometido a debate la tesis agravatoria.

Los actos de la defensa no establecen, sin embargo, ninguna limitación a la potestad de resolver, en el sentido de que el acusado puede ser absuelto o condenado a una pena más leve, sin que los elementos fácticos o jurídicos que conducen a una resolución en ese sentido hayan sido formalmente alegados en las calificaciones de la defensa y sin que eventuales reconocimientos de puntos de las calificaciones de los acusadores vinculen al órgano jurisdiccional.

II. LOS RECIENTES CAMBIOS, LEGALES Y JURISPRUDENCIALES

En la segunda mitad de la década de los ochenta se han producido cambios importantes en el modo tradicional de entender la correlación como límite a la potestad de resolver en el proceso penal español.

En primer término, y por vía de reforma legal, la Ley Orgánica de 28 de diciembre de 1988 ha introducido en la Lecrim un procedimiento abreviado en el que, como ya se ha expuesto, la correlación se configura de modo diferente al proceso ordinario por delitos graves.

Pero, en segundo término, el cambio se ha producido también por vía jurisprudencial, propugnándose por el Tribunal Supremo una nueva interpretación de las normas rectoras de la correlación en el proceso ordinario por delitos graves.

Como suele ser característico de los cambios jurisprudenciales, el que nos ocupa, si bien construye sus fundamentos sobre una argumentación bastante uniforme (principio acusatorio, prohibición de indefensión, derecho a ser informado de la acusación), no sigue una orientación plenamente unitaria.

En primer término, la nueva jurisprudencia empieza por dividirse en el punto básico de la interpretación que debe dársele al artículo 733 (Lecrim) en el contexto del régimen normativo de la correlación. Así, además de algunas sentencias particularmente inseguras en este aspecto, nos encontramos con que:

a) Según una de las corrientes esa disposición debe ser reinterpretada en el sentido de ampliar el requisito del planteamiento de la tesis —del que depende la eficacia de la sentencia en ciertos casos— a otros supuestos, además del de posibilidad de apreciación de un tipo de delito de mayor gravedad.

b) Según la otra orientación, para evitar la ineficacia de la sentencia por falta de correlación, no sería suficiente con el planteamiento de la tesis —aun con la mayor amplitud postulada por la interpretación que se acaba de mencionar—, sino que sería necesario que algún acusador hiciera suya la nueva tesis suscitada por el tribunal.

c) Para una tercera orientación, el párrafo III del artículo 733 (Lecrim) habría quedado derogado. Pero hay que precisar qué significa esta derogación.

Las sentencias parten de la interpretación tradicional de dicho artículo, en cuyo contexto el párrafo III significaba la no necesidad

de poner a debate ciertas cuestiones porque, en cuanto a las mismas, empezaba por no existir vinculación. Esta tercera orientación se limita a entender que existe, sin más, vinculación en cuanto a esas cuestiones y, por tanto, el párrafo está derogado y no hay que reinterpretarlo en el sentido que lo hace la corriente expuesta en el inciso *a*).

En segundo lugar, hay divergencia en cuanto a los casos en que procedería el planteamiento de la tesis —además, obviamente, de aquellos para los que tradicionalmente se requería—. Me parece que esto se explica más por el caso singular que contempla cada sentencia, que por diferencias de principio. No obstante hay que apuntar que unas sentencias se refieren a las circunstancias agravantes, otras a las formas de participación, a la apreciación de un tipo de delito distinto aunque su gravedad sea igual o menor a la del acusado y salvo que sea homogéneo con éste, a la apreciación de cualquier elemento inculpatario o agravatorio e incluso a la posibilidad de no apreciar un elemento favorable al acusado. Ninguna sentencia he encontrado, sin embargo, en que se plantee el problema de la estimación de elementos favorables al acusado, la necesidad de que sean formalmente alegados o, en defecto de ello, sometidos de oficio a debate.

En tercer lugar, y dentro de la corriente que he descrito en el anterior inciso *b*), hay sentencias que se limitan a mencionar el requisito de que alguna acusación asuma la nueva tesis planteada por el tribunal, otras que puntualizan que esa asunción debe producirse de modo que resulten bien definidos los nuevos elementos de la acusación y, en fin, otras que a lo anterior añaden la exigencia de que la defensa pueda reaccionar, con alegaciones y pruebas, frente a la rectificación de la acusación.

III. LA INFLUENCIA DE LA CONSTITUCIÓN Y DE OTRAS NORMAS EN EL CAMBIO JURISPRUDENCIAL

La principal razón del cambio jurisprudencial, expresamente aducida en casi todas las sentencias, está en las normas constitucionales que reconocen derechos fundamentales procesales (artículo 24, Constitución española) y también en las normas correspondientes del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) —por su simple vigencia en nuestro país y por la específica virtualidad que le da el artículo 10.2, Constitución española—. Incluso cuando se aducen

razones sin una precisa expresión normativa (por ejemplo, el principio acusatorio), suele argumentarse su raigambre constitucional.

Y en efecto, no requiere una amplia explicación la incidencia que sobre la configuración de la correlación como límite a la potestad de resolver, tiene la prohibición de indefensión y el derecho a la defensa (artículo 24.1, *in fine*, y 2, Constitución española, resultarían infringidos si pudiera válidamente resolverse sobre algo que no ha sido objeto de contradicción), el derecho a ser informado de la acusación (artículo 24.2; su infracción acarrearía la violación de los anteriores derechos, porque, para la parte acusada, este derecho es lógicamente previo a aquéllos) y el más genérico (aunque en este aspecto innecesario en cuanto están reconocidos los anteriores) derecho a un proceso con todas las garantías (artículo 24.2, Constitución española). Pocas veces se cita, en este tema, el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa (artículo 24.2, Constitución española), pero más adelante veremos cómo también guarda relación con el mismo.

Del Convenio Europeo de Derechos Humanos la incidencia más precisa corresponde al derecho reconocido a toda persona a que su causa sea oída por un tribunal que decidirá sobre cualquier acusación en materia penal dirigida contra aquélla (artículo 6.1), al derecho a ser informado detalladamente de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él (artículo 6.3, a) y al de disponer del tiempo y las facilidades necesarias para la preparación de su defensa (artículo 6.3, b).

Parece conveniente, para aproximarnos a un significado más concreto de las normas citadas, revisar cuál ha sido la doctrina de los intérpretes más autorizados de esos textos en punto a las exigencias que derivan de los mismos para el régimen de la correlación como límite a la potestad de resolver.

La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) sobre esta materia es escasísima. Desde luego, la jurisprudencia directa sobre el mismo; también la indirecta, pero con valor orientativo.

Entre la segunda suele citarse sentencia del TEDH, 17 de enero de 1970, en el caso *Delcourt*, que, versando en esencia sobre los requisitos de independencia e imparcialidad del tribunal de casación belga por la participación en sus deliberaciones del fiscal general, puntualiza incidentalmente —para justificar que la casación no se sustrae de las exigencias del artículo 6.1 CEDH— que “la expresión

bien fondé, que se halla en el texto francés del artículo 6.1, se refiere no sólo a que la acusación esté bien fundada en los hechos, sino a que lo sea en derecho”. Esta doctrina es recordada en la sentencia del TEDH, 27 de febrero de 1980, en el caso Deweer. De la misma se extrae, en definitiva, la razonable conclusión de que el sujeto pasivo de una acusación ha de conocer y contradecir en el juicio, tanto el fundamento fáctico, como la justificación jurídica de la misma, de modo que infringiría los derechos del artículo 6 la sentencia que se pronunciara sobre una acusación respecto a la cual lo anterior no hubiera sido previamente garantizado.¹

Una doctrina más directa sobre nuestro tema tuvo ocasión de sentarla el tribunal en la sentencia del TEDH, 6 de diciembre de 1988, en el caso Colak, aunque la prioridad de ciertas cuestiones de mero hecho ha dejado en un segundo plano la valoración jurídica de los acontecimientos del proceso penal interno desde el punto de vista del convenio.

Éstos habían sido, en esencia, los siguientes: la acusación inicial fue por tentativa de homicidio; el tribunal —en cumplimiento del parágrafo 265.1 de la *Strafprozessordnung* (alemana)— advirtió que los hechos podían ser también calificados como lesiones y heridas graves; al parecer, el presidente del tribunal, fuera de las sesiones, comunicó al defensor que el tribunal sólo contaba con la segunda hipótesis, no obstante lo cual la condena se produjo a título de tentativa de homicidio.

El recurso —fundado en la violación del derecho al juicio justo (artículo 6.1), porque la advertencia del presidente indujo a la defensa a descuidar la primera calificación— fue desestimado por los motivos de que el defensor sabía que el tribunal fallaría fundándose sólo en los resultados de las sesiones del juicio y de que, en las mismas, no se dio a entender que ya no se consideraba la posibilidad de resolver sobre la acusación por tentativa de homicidio.

De esta sentencia hay que resaltar, de un lado, la trascendencia del conocimiento de la tesis jurídica a tenor de la cual se puede resolver y, de otro, que no aparece objeción alguna a que sea el tribunal el que revele las posibles tesis jurídicas (distintas a la de la acusación) que se ajusten a los hechos enjuiciados.

¹ Sin embargo alguna decisión de la comisión se basó en el principio *iura novit curia* para negar infracción del principio de contradicción en el supuesto de que una parte no haya podido debatir sobre extremos de mero derecho; véase, sobre esto, Chiavario, M., *Processo e Garanzie della Persona*, Milán, 1982, t. II, p. 159.

Para terminar, por ahora, la referencia a la jurisprudencia del TEDH, destacaré sólo el hecho negativo importante de que los supuestos de falta de imparcialidad (o de riesgo de la misma) en el órgano decisor, no se han presentado ante el tribunal con relación a casos en que los tribunales internos han condenado excediéndose en alguna medida de la acusación, sino como supuestos en los que en el órgano juzgador se integraban quienes habían sido instructor o actuado como fiscal en la misma causa (sentencias de los casos De Cubber, Pauwels y Piersack). En el último apartado del trabajo volveremos sobre esta cuestión.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional es ciertamente más abundante y también su orientación más uniforme si se compara con la jurisprudencia del Tribunal Superior.

De entrada 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 delito.

Por lo demás, esta jurisprudencia aduce de modo preponderante como fundamento el derecho a ser informado de la acusación y la prohibición de indefensión. Entiende que esos derechos no son vulnerados si se mantiene la identidad del hecho punible entre la acusación inicial y la sentencia y, aunque varíe la calificación jurídica, siempre que los tipos de delito sean homogéneos, en el sentido de que todos los elementos del tipo por el que se condene estén comprendidos en el tipo del que se acusó y, consiguientemente, haya podido haber defensa respecto a los mismos. En el caso de que el tipo que se estime correcto sea más grave que el acusado, el tribunal deberá someterlo a debate en ejercicio de la facultad del artículo 733 (sentencias del Tribunal Constitucional 104/1986, 17 de julio; 134/1986, 29 de octubre; 12/1981, 10 de abril; 105/1983, 23 de noviembre; 17/1988, 16 de febrero; 54/1985, 18 de abril; las cuatro últimas exponen el significado y aplicación del artículo 733).

Esa doctrina viene a sintetizarse en el fundamento jurídico 2 de la sentencia del Tribunal Constitucional 205/1989, 11 de diciembre, que, además, extiende la garantía del artículo 733 a la apreciación de oficio de circunstancias agravantes y encierra potencialidad para extenderla a la apreciación de otros elementos agravatorios. Así se expresa el Tribunal Constitucional: El artículo 24 de la Constitu-

ción establece, en lo que aquí interesa, un sistema complejo de garantías íntimamente vinculadas entre sí —principios acusatorio y de contradicción y defensa y prohibición de la indefensión— que, en el proceso penal, se traduce en la exigencia de que, entre la acusación y la sentencia, exista una relación de identidad del hecho punible, de forma tal que la condena recaiga sobre los hechos que se imputan al acusado, como configuradores de la ilicitud, punibilidad y responsabilidad criminales, puesto que el debate procesal vincula al juzgador impidiéndole excederse de los términos en que viene formulada la acusación o apreciar hechos o circunstancias que no han sido objeto de consideración de la misma, ni sobre los cuales por lo tanto, el acusado ha tenido ocasión de defenderse, a no ser que el tribunal sentenciador los ponga de manifiesto, introduciéndolos en el debate por el cauce que, al efecto, previene el artículo 733 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y, de no hacer uso de la facultad que le confiere este precepto, no podrá calificar o penar los hechos de manera más grave a lo pretendido por la acusación, ni condenar por delito distinto, salvo que, respetando la identidad de los hechos se trate de tipos penales homogéneos —sentencias del Tribunal Constitucional, entre otras, 12/1981, de 10 de abril; 105/1983, de 23 de noviembre, y 17/1988, de 6 de febrero.

La anterior doctrina, fundada en los principios acusatorio y de contradicción y defensa y, en último término, en la prohibición de indefensión, obliga a establecer que sin la tesis previa del citado artículo 733, el tribunal sentenciador no puede apreciar agravantes que no hayan sido objeto de la acusación, y así lo reconoce la sala segunda del Tribunal Supremo, siguiendo consolidada jurisprudencia de la que cita la sentencia de la misma sala de 4 de noviembre de 1986.

Ciertamente no falta la utilización del argumento de la posición imparcial del juzgador en un proceso regido por el principio acusatorio, pero a mi juicio ese argumento se sitúa en un segundo plano respecto a la preocupación principal por la efectividad de la contradicción. Me refiero, a continuación, a algunos ejemplos probatorios de lo que acabo de decir.

En la sentencia del Tribunal Constitucional 54/1985, 18 de abril, se llega a argumentar lo siguiente: “Derechos de información y defensa que difícilmente pueden lograrse sin un previo trámite de exposición de la acusación *por el juez, si se estimare indebidamente, que a éste corresponde ejercitarla en el juicio de faltas*, por no ha-

llarse regulado el mismo en las minuciosas normas que desarrollan este proceso, y que resultaría imposible de admitir cuando la acusación se realizare, confundiéndola con la condena, en la sentencia, pues en tal supuesto la indefensión resultaría absoluta”.

En varias sentencias relativas a supuestos similares de infracción de la prohibición de *reformatio in peius* (en segunda instancia de juicio de faltas) el argumento de la posición imparcial del juzgador no aparece siempre, mientras que se repite en todas ellas la argumentación atinente al derecho a conocer la acusación y a la defensa (véanse, sentencias del Tribunal Constitucional, 115/1986, 6 de octubre; 225/1988, 28 de noviembre; 84/1985, 8 de julio; 6/1987, 28 de enero).

La sentencia del Tribunal Constitucional 104/1985, 4 de octubre, se refiere a un supuesto grave de infracción del principio acusatorio (en juicio de faltas una parte resulta condenada cuando ningún acusador había dirigido acusación contra ella). Al argumentar la estimación del amparo no se refiere a la asunción por el juzgador del papel del acusador, sino a la violación del derecho de defensa y a un proceso con todas las garantías.

La sentencia del Tribunal Constitucional 53/1987, 7 de mayo, tras una descripción demasiado esquemática del sistema acusatorio, en el análisis del caso concreto distingue acertadamente entre el principio acusatorio —respetado en cuanto el Ministerio Fiscal solicitó la agravación de la pena impuesta en primera instancia— y la prohibición de indefensión, que es violada en el caso concreto, porque la solicitud del Ministerio Fiscal no se produjo en el trámite adecuado para posibilitar la defensa.

IV. DESARTICULACIÓN DE UN ARGUMENTO COMPLEJO

Es muy frecuente que la jurisprudencia se refiera en conjunto al triple fundamento del principio acusatorio-derecho a ser informado de la acusación-prohibición de indefensión para justificar la correlación como límite a la potestad de resolver, o que cite ese principio y esos dos derechos como infringidos cuando se excede de ese límite. Sin negar que existe una relación estrecha entre esos tres elementos, que merece ser estudiada como tal relación, también entiendo que la claridad en el planteamiento de los problemas requiere deshacer ese argumento complejo y determinar, en primer lugar, la virtualidad por separado de cada uno de sus componentes.

Un sistema legal que responda al principio acusatorio más puro no asegura, por esa sola razón, la más plena satisfacción del derecho de defensa. Esto segundo dependerá de cómo se configure normativamente el régimen de información de la acusación y de las posibles modificaciones de la misma, así como del régimen de las posibilidades defensivas frente a esa acusación. Una configuración inadecuada podría dejar incólume el principio acusatorio, pero dar al traste o proteger insuficientemente los derechos a ser informado de la acusación y de defensa.

Del mismo modo tampoco es cierto que un sistema legal que responda al principio acusatorio, pero que reconozca un ámbito de poderes oficiales del órgano jurisdiccional, signifique, en sí y por sí, lesión o menor protección del derecho de defensa.

Lo último dependerá de cómo se regule el derecho a conocer previamente no ya la acusación, sino las opiniones del tribunal acerca del ejercicio en el caso concreto de sus poderes oficiales, y las posibilidades (subsiguientes a ese conocimiento) de tomar postura frente a las mismas y de contradecirlas por parte del acusado.

Acabamos de referirnos sólo a la posibilidad de contradicción de una de las partes procesales (la parte acusada). Pero otra de las ventajas de descomponer los argumentos que se aducen para fundar la correlación como límite a la potestad de resolver, es la de hacer evidente que si el derecho a la no indefensión corresponde a ambas partes en el proceso, también para el eficaz ejercicio de los más amplios poderes oficiales indudablemente no atentatorios al principio acusatorio (los que permiten no acoger la acusación y apreciar elementos favorables al acusado) sería necesario regular una posibilidad de previo conocimiento por los acusadores y de reacción efectiva de los mismos.

Partiendo de lo acabado de exponer, me parece imprescindible, a la hora de revisar los fundamentos de la correlación entre acusación y sentencia, distinguir, principalmente, entre lo que es exigencia del principio acusatorio y lo que lo es del principio de contradicción (o de los preceptos constitucionales que recojan, en alguna medida, estos principios).

El principio acusatorio, en su significado más estricto, está relacionado con la exigencia de que los titulares del órgano jurisdiccional queden situados en una posición de imparcialidad. En atención precisamente a ese principio (y a su raíz constitucional) debe tratarse la cuestión de hasta qué punto se excluye o es aceptable reconocer al

órgano jurisdiccional poderes oficiales de dirección material del proceso penal (o tal vez menos que eso: la simple potestad de subsunción, determinando las consecuencias legales previstas, de hechos alegados y probados sólo por las partes).

Por otra parte, habrá que atender al derecho de defensa, a la prohibición de indefensión. En definitiva, al derecho a contradecir de modo eficaz sobre todo elemento, en principio, que sea relevante para la admisibilidad y el sentido de la sentencia, se introduzca en el proceso por las partes o, de oficio, por el órgano jurisdiccional.

En este aspecto del fundamento del deber de correlación, quedarían comprendidos:

1º El derecho del acusado a ser informado de la acusación, como lógico presupuesto de otras manifestaciones del derecho de defensa.

2º El derecho del acusador a ser informado de la defensa, porque en otro caso se produciría indefensión para la postura de aquella parte procesal.

3º También como lógico presupuesto de otras manifestaciones del derecho de defensa, el derecho de las partes a ser previamente informadas del modo concreto en que el órgano jurisdiccional tiene previsto ejercer los poderes oficiales que le asisten.

4º En fin, y de modo subsiguiente a los anteriores derechos presupuestos, el derecho a reaccionar en respuesta a esas informaciones con medios procesales adecuados (alegaciones, medios de prueba).

V. LA INSUFICIENCIA DE LAS DISPOSICIONES DE LECRIM PARA TUTELAR

Como demostró hace tiempo Gómez Orbaneja, el autor de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, tanto con el modo en el que creyó estar configurando la correlación como límite a la potestad de resolver, como de la manera en que, por el resultado de la interpretación sistemática de las normas, vino en efecto a configurarla, acabó por dejar sin protección —expresa, por lo menos— un componente esencial del principio acusatorio.²

Lo que más aparentemente resulta establecido en la Lecrim, a efecto de determinar si se ha respetado la preceptiva correlación, es la comparación entre las calificaciones jurídicas sostenidas por

² Gómez Orbaneja, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, I, pp. 290, 316-317; del mismo autor, "Sentencia 12 de junio de 1945. Quebrantamiento de forma. Delito continuado y principio acusatorio", en *Revista de Derecho Procesal*, 1946, pp. 128-129.

las partes (en las conclusiones definitivas) y las acogidas por el órgano jurisdiccional (en la sentencia).

Esto resulta sorprendente por varias razones. En primer lugar, porque establecer una vinculación del tribunal a lo que estrictamente es calificación jurídica sostenida por las partes (no a otros componentes de los actos fundamentales de iniciación procesal de éstas) contradice el principio *iura novit curia*, que ni siquiera en un proceso dispositivo se desconoce, aunque se matice su exacta comprensión.³

La segunda razón —y creo que principal porque 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. Se consigue de ese modo que el tribunal del juicio no pierda su posición de imparcialidad, lo que ocurriría si debiera ser él quien, investigando en una realidad histórica de contornos indefinidos, tuviera que determinar cuál es el hecho posiblemente constitutivo de delito y quién su posible responsable.⁴

En tercer lugar, objeto del proceso no puede serlo estrictamente una calificación jurídica —que, por su esencial abstracción, no puede satisfacer las necesidades de identificación a las que sirve la noción de objeto procesal—⁵ sino que ha de consistir en un concreto acontecer histórico. Esto lo impone tanto la funcionalidad hacia dentro del proceso del objeto del mismo, al que se refieren la alegación y la prueba de los datos de hecho de los que depende la aplicación de la norma, como la funcionalidad externa del objeto, es decir, dejar acotado el ámbito de la decisión a los efectos de la litispendencia y de la cosa juzgada.

Con todos los inconvenientes derivados de la apuntada imperfección técnica,⁶ el conjunto de la Lecrim ofrece suficiente fundamento

³ Ortells, *Derecho jurisdiccional*, Barcelona, 1991, con Montero, Gómez Colomer, pp. 327-328.

⁴ Gómez Orbaneja, *Comentarios*, I, p. 187, Vázquez Sotelo, "El principio acusatorio y su reflejo en el proceso penal español", en *RJC*, 1984, pp. 379-384.

⁵ Véase sobre esto Ortells, *Derecho jurisdiccional*, *cit.*, con Montero y Gómez Colomer, pp. 96-97.

⁶ Véase el detallado análisis de los mismos que hace Vázquez Sotelo, citado en nota anterior, pp. 406-415.

para entender que la esencial vinculación al hecho concreto por el que se acusa se halla establecida.⁷ Incluso se halla presupuesta en el artículo 733 en cuanto las diferentes tesis jurídicas que puede suscitar el tribunal y a tenor de las cuales puede resolver han de estar referidas al llamado *hecho justiciable*.

Al mantenimiento de la identidad del hecho justiciable desde la acusación a la sentencia, respondía y sigue respondiendo⁸ una reiterada doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo,⁹ ahora también acogida por el Tribunal Constitucional como hemos visto que, aun partiendo de la no vinculación o de la posibilidad de desvinculación respecto al tipo de delito afirmado por los acusadores, requiere la homogeneidad con éste del tipo de delito que afirme la sentencia, porque esta homogeneidad es índice de la coincidencia de los elementos de hecho esenciales para los diferentes tipos de delito que se han barajado en el proceso.

VI. LA LIMITADA PROTECCIÓN DISPENSADA POR LA INTERPRETACIÓN TRADICIONAL DEL ARTÍCULO 733 AL DERECHO DE CONTRADICCIÓN DE LAS PARTES

Presupuesto que la vigencia del principio acusatorio no excluya de modo absoluto el reconocimiento al órgano jurisdiccional de poderes oficiales (en el apartado X entraremos más a fondo en este argumento), importa ver ahora de qué modo el ejercicio de esos poderes se conjuga con la efectiva vigencia del principio de contradicción.

En un proceso configurado según los principios dispositivo (en cuanto a la determinación de su objeto), de aportación de parte (en cuanto a la introducción y prueba de los hechos relevantes para resolver) y de control a instancia de parte de los presupuestos de

⁷ Gutiérrez de Cabiedes, "La correlación entre acusación y sentencia", en *Estudios de derecho procesal*, Pamplona, 1974, pp. 519; Alamillo Canillas, "El principio acusatorio y sus limitaciones en la Ley de Enjuiciamiento criminal", en *Actualidad Jurídica*, 1981, X, p. 16.

⁸ Así lo entienden también Gómez Orbaneja, *Derecho procesal penal*, Madrid, 1984, con Herce Quemada, p. 413, y Vázquez Sotelo, *El principio acusatorio y su reflejo en el proceso penal español*, en RJC, 1984, pp. 134-135.

⁹ Véase la amplia reseña de la misma que ofrece Soto Nieto, *Correlación entre acusación y sentencia*, Madrid, 1979, pp. 83-141, y además, STS 5 de julio de 1990, marzo de 1988, RA 2119; STS 5 de julio de 1990, RA 6231; STS 7 de febrero de 1990, RA 1179; STS 14 de mayo de 1990, RA 3918; STS 25 de mayo de 1990, RA 4439.

admisibilidad de la resolución de fondo, la mecánica de la contradicción se realiza casi “naturalmente”. Cada parte conoce los actos de la contraria y puede tomar postura frente a ellos. Y los actos de una y otra parte son los únicos relevantes para acotar el ámbito de la resolución e influir en su contenido.

Diversamente, si el órgano jurisdiccional tiene atribuidos poderes oficiales, su ejercicio puede sorprender a las partes, porque al tener lugar y mostrar su resultado en la propia resolución judicial, las partes ya no tienen posibilidad de contradecir (con alegaciones y/o pruebas) para influir en el contenido de la resolución.

Para evitar, en estos casos, la lesión o insuficiente efectividad del principio de contradicción,¹⁰ existe una técnica nada novedosa y no sólo aplicada en el proceso penal, consistente en que previamente al ejercicio de los poderes oficiales y como presupuesto de la eficacia del mismo, el órgano jurisdiccional ha de someter sus apreciaciones a contradicción de las partes.

Manifestación de esa técnica es el artículo 733 Lecrim, pero también por ejemplo, los artículos 8.2, 62.2 y 47 LJCA y los artículos 35.2, 50.1, 83 y 84 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Más próximos al artículo 733, Lecrim, porque los artículos acabados de citar sólo se refieren a poderes de dirección formal del proceso, están los artículos 43.2 y 79.2 LJCA y el artículo 84 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

a) El artículo 733 es ciertamente una manifestación de esa técnica comentada de tutela del principio de contradicción. Pero la interpretación predominante del mismo —que expuse en otro momento—¹¹ y su propio contenido normativo —con límites claros, que no toleran cualquier intento interpretativo— hacen de ese precepto un instrumento insuficiente para cumplir aquel fin con efectividad plena.

En primer lugar, y como resultado de esa interpretación predominante, sólo está garantizado que se someterá a debate la concurrencia de un tipo de delito más grave que el afirmado por los acusadores. No la de un tipo de delito simplemente diferente, como hubiera permitido sostener sin dificultad la letra del artículo 733. Ni siquiera queda asegurado que deba someterse a debate la posible concurrencia de una circunstancia eximente, porque la inequívoca

¹⁰ En general sobre este tema puede consultarse Denti, V., “Questioni rilevabili d'ufficio e contraddittorio”, en *Rivista di Diritto Processuale*, 1968, pp. 217-231.

¹¹ Véase *supra*, apartado I.

mención que hace el artículo 733 no tiene luego la cobertura del motivo casacional.

Por descontado —porque en esto la propia letra del artículo no da pie— no queda en absoluto garantizado que la apreciación de oficio de cualquier elemento de agravación diferente de un tipo delictivo más grave, dependa de su previo sometimiento a debate.

Y, de modo más evidente aún, nada obliga a someter a debate la apreciación de oficio de elementos de atenuación y de exención de la pena, de modo que el derecho a contradecir de la parte acusadora queda expuesto a importantes riesgos de lesión.

Dice Gómez Orbaneja, en un resumen eficaz, que “la garantía que 733 ofrece a ésta (la defensa) queda, en vez de extendida, sumamente limitada. Absolutamente inaplicada la que ofrece al acusador.”¹²

Pero el 733 tiene una insuficiencia adicional muy distinta a las tratadas hasta ahora. No sólo no establece que se deba comunicar a las partes todo posible ejercicio de un poder de resolver *ex officio* cuestiones atinentes al fondo del asunto, sino que, incluso cuando lo establece, esa disposición y sus concordantes (artículo 737, en relación con los tres anteriores y el último párrafo del propio 733) sólo prevé una actividad defensiva limitada a contradecir argumentativamente en los informes la tesis planteada. Particularmente, ninguna específica previsión de nueva proposición de prueba.

b) La nueva jurisprudencia antes reseñada ha venido a ampliar la garantía que supone el artículo 733 para el principio de contradicción ante el ejercicio de poderes oficiales.

Como mínimo, y según una de las corrientes de esa nueva jurisprudencia, las calificaciones jurídicas diferentes a las sostenidas por las partes que deben ser previamente sometidas a debate para que sea válido el pronunciamiento a tenor de las mismas, ya no son sólo las que se refieren a un tipo de delito más grave, sino también a otras cuestiones.¹³

En este aspecto la nueva jurisprudencia es indiscutiblemente correcta, porque ha cumplido adecuadamente el mandato del artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de interpretar la norma

¹² Gómez Orbaneja, *Comentarios*, I, pp. 289-290.

¹³ Véase *supra*, apartado II. También sobre la ampliación de la aplicación del artículo 733 como técnica de tutela del principio de contradicción, De Diego Díez, L. A., “El derecho a la tutela judicial efectiva en la sentencia penal: los principios acusatorio y de contradicción”, en *Justicia*, 1988, pp. 118-130.

de acuerdo con la Constitución. Partiendo de la interpretación predominante del artículo 733 en relación con el 851.4º, ha venido a extender el fomento de oficio de la contradicción sobre cuestiones jurídicas, más allá del restrictivo límite en el que antes se situaba.

Sin embargo creo, por una parte, que la jurisprudencia se ha quedado corta en las posibilidades que ofrece este camino de acomodación interpretativa. Por otro lado, que las técnicas de ajuste interpretativo no son suficientes para paliar las deficiencias de la efectividad del principio de contradicción en estos supuestos.

Por lo que hace a la primera observación, cabe resaltar que no he visto cuestionada —por más que la letra del artículo 733 lo propicie— la interpretación tradicional sobre la apreciación de oficio de circunstancias eximentes.¹⁴ A partir de ahí no es posible extrañarse de que no haya mención de que la apreciación de oficio de elementos favorables a la parte acusada tuviera que ser precedida, como mínimo, por su sometimiento a debate, para no incurrir en la indefensión prohibida (artículo 24.1, CE) de la posición de los acusadores, en este caso. No creo que explique la falta de eclosión de este problema en la nueva jurisprudencia la inexistencia, en favor de los acusadores, de un motivo análogo al del artículo 851.4º. Se hubiera podido tratar del mismo *obiter dicta*. Había buenas razones, porque en alguna sentencia se echa mano del argumento de la igualdad de las partes en el proceso. Por otro lado, hay que indicar que gran parte de los supuestos en torno a los que se ha formado la nueva jurisprudencia, no han accedido a casación por la vía del motivo 4º del artículo 851, sino con base en el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, cauce sin duda también apropiado para las quejas de indefensión de los acusadores.

Vayamos a la segunda observación. Haber ampliado los supuestos en los que el órgano jurisdiccional debe someter una calificación jurídica a discusión, no resuelve el problema de las limitadas posibilidades de reacción que el artículo 733 y correlativos reconocen a las partes acusadoras. Como se deduce del propio artículo 733 (“Si juzgando por el resultado de las pruebas entendiere el tribunal. . .”),¹⁵

¹⁴ Con la excepción de Gómez Orbaneja, *Derecho procesal penal*, con Herce Quemada, p. 412.

¹⁵ Sobre este aspecto Gómez Orbaneja, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, I, p. 219; del mismo, “Sentencia 12 de junio de 1945. Quebrantamiento de forma. Delito continuado y principio acusatorio”, en *Revista de Derecho Procesal*, 1946, p. 129; Ortells, “El nuevo procedimiento penal abreviado: aspectos fundamentales”, en *Justicia*, 1989, p. 554.

la tesis que somete el tribunal a debate no significa, por lo común, sólo un cambio en las calificaciones jurídicas de los acusadores, sino que ese cambio responde al resultado de la prueba practicada y, por lo tanto, puede sustentarse en una versión de los hechos en alguna medida diferente en comparación con la de las calificaciones (provisionales y definitivas) de las partes.

La fórmula que establece el artículo 733 no impone que el órgano jurisdiccional defina con precisión ese cambio de la versión del hecho. Sólo le obliga a enunciar la nueva calificación jurídica. Y, después de ello, la ley tampoco permite que la parte acusada articule la defensa amplia (alegaciones, prueba) que, en algún caso, puede ser necesaria para contrarrestar las variaciones en la versión de los hechos, sino que se limita a considerar que las partes podrán discutir la cuestión propuesta (artículo 733, IV) y que se acomodarán a ella los informes (artículo 737).

La nueva jurisprudencia ha sido también sensible a estos inconvenientes para la plena efectividad del derecho a la defensa, pero, a mi juicio, ha cometido el error de achacarlos en exclusiva a los supuestos en que el órgano jurisdiccional ejercita sus poderes de oficio con arreglo al artículo 733. Y partiendo de ese error, al menos una de las orientaciones de esa nueva jurisprudencia¹⁶ ha acumulado argumentos en favor de la necesidad de que los acusadores asuman la tesis del tribunal —modificando en todo lo que corresponda sus calificaciones— para que pueda haber pronunciamiento a tenor de la misma, sin violación de los derechos a ser informado de la acusación y de defensa.

En realidad, esos mismos inconvenientes subsisten cuando no es el órgano jurisdiccional, sino las partes acusadoras las que modifican sus planteamientos en calificaciones definitivas.

VII. MODIFICACIÓN DE LA ACUSACIÓN, PRECLUSIONES PROBATORIAS Y DESPROTECCIÓN DE LA DEFENSA

El término de comparación para determinar la correlación entre acusación y sentencia son las calificaciones definitivas, y éstas pueden modificar —como se halla expresamente dispuesto (artículo 732)— las calificaciones provisionales iniciales. Los problemas son, en primer lugar, dónde están los límites de la posibilidad de modi-

¹⁶ Véase *supra*, apartado II.

ficación y, en segundo término, cuáles son o deberían ser las consecuencias de la modificación.

No quisiera extenderme ahora sobre el tema de la interdicción o de las eventuales condiciones en que podría permitirse modificaciones que afectaran al propio objeto del proceso, sustituyendo el hecho justiciable afirmado en calificaciones provisionales, o introduciendo, junto a aquél, otro nuevo y distinto. Aunque falten normas expresas formuladas con la conveniente perfección técnica, la interpretación sistemática de varios preceptos de *Leccrim* y algunos derechos proclamados en el artículo 24 (CE) y en el artículo 6 (CEDH) indudablemente excluirían la validez de una sentencia que fuera correlativa a una acusación modificada con aquel alcance.

Pero ¿por qué razón se excluiría la validez? No ciertamente por infringirse el principio acusatorio, en absoluto lesionado si el órgano jurisdiccional decide debidamente estar vinculado por la nueva acusación. La razón es que se escamotearía plenamente la garantía de la contradicción respecto al propio objeto del proceso, porque faltarían todas las posibilidades defensivas que sí han estado abiertas para tratar el objeto del proceso, como venía propuesto en calificaciones provisionales.

Otra cosa es que con las normas adecuadas, o instrumentando con ese fin normas ya existentes (pienso en la que regula la sumaria instrucción complementaria)¹⁷ pudiera ser alterado el propio objeto del proceso con pleno respeto al principio de contradicción, tal como está expresamente regulado en algunos ordenamientos (artículos 517, 518 y 519, *Codice di Procedura Penale*; artículo 359, *Código de Processo Penal*; la llamada *Nachtragsanklage* del párrafo 266 de la *Strafprozessordnung*).

Considero de mayor interés centrarme en las modificaciones que no afectan a la identidad del objeto del proceso.

Habría que distinguir entre las consistentes en cambios de la mera calificación jurídica sostenida en provisionales (con la consecuente repercusión en el punto 5º de la calificación) y las consistentes en cambios de los propios hechos que se narraban en la calificación provisional, no determinantes de un hecho justiciable-objeto del pro-

¹⁷ Sobre las posibilidades que abre el artículo 746, 6º, *Leccrim*, véase Serra Domínguez, M., "Información suplementaria", en *Estudios*, cit., pp. 785 y ss.; Vázquez Sotelo, *El principio acusatorio*, cit., p. 132; García de la Puerta, Ma. Isabel, *La suspensión del proceso penal por información suplementaria*, Córdoba, 1987, pp. 123-215.

ceso distinto —por referirse a hechos accidentales, no identificadores del objeto— pero relevantes para el sentido de la resolución sobre él. A esta segunda clase de cambios acompañan los de calificación jurídica (para ajustarla a la nueva narración) y, como lógica derivación, el de la conclusión relativa a la penalidad.

Si las modificaciones se refieren sólo a la calificación jurídica las posibilidades defensivas previstas por la ley parecen adecuadas. Es suficiente la argumentación que puede desarrollarse en los informes finales para rebatir la pretendida mayor corrección de la nueva calificación que se sostiene. Sólo es criticable que, a diferencia de lo previsto para su caso por el artículo 733, IV, no se prevea la posibilidad de una breve suspensión antes de los informes para permitir un cierto estudio de las cuestiones que suscite la nueva calificación.

Más insatisfactorio es el régimen legal cuando la modificación se refiere —de entrada y con las lógicas repercusiones— a la propia narración de los hechos para ajustarla al resultado de las pruebas.

La Lecrim, en el proceso ordinario por delitos graves, no tiene un modelo definido sobre el tratamiento de la modificación de las alegaciones iniciales de las partes, característica de un procedimiento oral¹⁸ y en concreto del que regula la propia Lecrim (artículo 732, I: la modificación de las conclusiones de los escritos de calificación se realiza en atención a la prueba practicada). Esa indefinición ha conducido a un tratamiento incorrecto.

De entrada, la ley parece inclinarse por soluciones próximas a los principios de eventualidad y de preclusión, que, en realidad, resuelven la cuestión antes expuesta con la sencilla técnica de impedir que se plantee. La proximidad a aquellos principios —principalmente al primero de ellos— se demuestra en el artículo 653 (Lecrim) que prevé el planteamiento de conclusiones alternativas¹⁹ sobre los diferentes puntos de la calificación “para que si no resultare del juicio la procedencia de la primera, pueda estimarse cualquiera de las demás en la sentencia”. La preclusión relativa a la proposición de prueba, resulta del artículo 728,²⁰ y ciertamente tiene excepciones, pero no tan amplias como sería necesario según luego veremos.

¹⁸ Véase por ejemplo, Montero, J., *Introducción al derecho procesal*, Madrid, 1979, pp. 261-266.

¹⁹ El artículo habla sólo de conclusiones alternativas, pero de su texto se deduce que está pensando —o, como mínimo, que está pensando también— en una formulación subsidiaria de las conclusiones.

²⁰ Véase mi *Derecho jurisdiccional*, III, con Montero, Gómez y Colomer y Montón, *cit.*, p. 340.

Ocurre luego, sin embargo, que la ley no es consecuente con esos principios o con alguno de ellos. Principalmente: no limita las posibilidades de modificación de las calificaciones a aquellas diversas tesis que, de modo alternativo o subsidiario, ya se anunciaron en calificaciones provisionales, sino que, omitiendo toda restricción en ese sentido, a pesar del recuerdo que podía suponer el párrafo tercero del artículo 732, autoriza ampliamente el ajuste de las calificaciones definitivas al resultado de las pruebas practicadas.

Se inclina, de ese modo, en definitiva, por la elasticidad de las alegaciones, pero mantiene la rigidez de la preclusión en las aportaciones de prueba, al menos en cuanto no prevé específicamente que éstas sean admisibles para contrarrestar ciertas versiones de los hechos, ahora afirmadas, pero que en calificaciones provisionales no aparecían o no estaban suficientemente definidas.

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

VIII. UNA INNOVACIÓN NECESARIA EN LA ESTRUCTURA DEL JUICIO ORAL

En definitiva, las deficiencias que se detectaban en caso de ejercicio de los poderes oficiales del juzgador según el artículo 733 (Lecrim), en los supuestos que expresamente contempla y en los más amplios a los que debe aplicarse a tenor de la nueva jurisprudencia, coinciden con las que también se observan cuando las calificaciones definitivas consisten en determinadas modificaciones respecto a las calificaciones provisionales.

Subsiste, entre los dos casos, alguna diferencia: que la forma de planteamiento de la tesis prevista en el artículo 733, no prevé que el tribunal manifieste cuál es, a su juicio, el resultado de las pruebas que le induce a plantear tesis jurídicas no sostenidas por las partes; de otro modo: no impone describir el hecho hipotético. Pero esta diferencia, con ser importante y deber ser específicamente corregida, resulta, en el actual contexto normativo de la materia, irrelevante, porque en un caso, como en otro —sin expresión de las variaciones no sustanciales de los hechos, o con ella, respectivamente—

te—, lo decisivo en perjuicio de la contradicción es que no se halla específicamente prevista una posibilidad de defensa completa.

La protección efectiva del principio de contradicción en estos casos requiere, en definitiva, una innovación en la estructura del juicio oral para recoger esa posibilidad, como ya ocurre en otros ordenamientos europeos, y en el nuestro, aunque limitadamente al proceso abreviado.

El párrafo 265 de la Strafprozessordnung (alemana) establece la suspensión de la vista a petición del acusado que alegue no estar suficientemente preparado para la defensa, respecto a un simple cambio de calificación jurídica a otra más grave, o ante nuevas circunstancias que determinan un aumento de la penalidad o la aplicación de medidas de seguridad. Más genéricamente establece la suspensión, a instancia de parte o de oficio, cuando un cambio en la situación de hecho haga adecuada la suspensión para una preparación suficiente de la acusación o la defensa. Evidentemente resulta admisible en estos casos la proposición de nuevas pruebas, porque el momento *a quo* de esa admisibilidad viene situado en el comienzo de la publicación de la sentencia al término de la vista.²¹

El nuevo Código de Proceso Penal portugués distingue entre alteraciones sustanciales (artículo 359; en realidad son nuevos objetos procesales, que dan lugar a acusaciones complementarias en el mismo procedimiento, o a otro procedimiento) y alteraciones no sustanciales de los hechos descritos en la acusación (o en la pronuncia si la hubiere) relevantes para la decisión de la causa (artículo 358.1).

En este segundo caso el presidente del tribunal, de oficio o a instancia de parte, lo comunica al acusado y, si lo pide, le concede el tiempo estrictamente necesario para preparar la defensa. La admisibilidad de nuevas proposiciones de prueba está asegurada, porque, aunque el artículo 340 no fija límite temporal a la proposición, hay que entender que éste se halla en el inicio de las alegaciones orales, que incluso pueden ser interrumpidas para practicar nuevas pruebas en ciertos casos (artículo 360.4).

En fin, por lo que hace a los ordenamientos extranjeros, el artículo 519 del Codice di Procedura Penale establece la posibilidad de suspensión del juicio y, aquí de manera expresa, de proposición de nuevas pruebas, no sólo cuando hay un cambio en el propio ob-

²¹ Gollwitzer, M., en Lowe-Rosenberg *Die Strafprozessordnung und die Gerichtsverfassungsgesetze*, Berlín-Nueva York, 1987, III, marg. 102, del comentario al artículo 244.

jeto del proceso (y se puede continuar procediendo respecto al nuevo objeto —artículo 518.2 y, discutiblemente, delitos conexos según artículo 517—), sino también cuando aparezcan circunstancias agravantes no mencionadas en el *decreto che dispone il giudizio* (artículo 517.1), o resulte de la prueba que el hecho es distinto a como viene descrito en ese decreto (artículo 516.1).

Por lo que hace a nuestro ordenamiento, el artículo 793.7, aplicable en el procedimiento abreviado, revela una exquisita tutela del derecho de contradicción de la parte acusada, y palía en este aspecto las insuficiencias del régimen del proceso ordinario por delitos graves, permitiendo, en caso de cambio de la tipificación o de apreciación de la pena, un aplazamiento y la aportación de elementos de descargo, incluidas nuevas pruebas.²² Que este artículo sólo se refiera a los casos en que lo anterior resulta de una modificación de las conclusiones de las partes, y no de las cuestiones que, de oficio, ha podido plantear el tribunal —artículo 793.6— es, en este momento, del todo secundario.

Esa matización es relevante como indicativa de la postura tomada por el autor de esta ley en punto a la amplitud de los poderes oficiales del juzgador, pero en nada afecta a la justificación y virtualidad del artículo 793.7 como técnica de tutela del derecho de contradicción.

IX. EL PRINCIPIO ACUSATORIO Y LA AMPLITUD DE LOS PODERES OFICIALES DEL JUZGADOR

Después de lo dicho hasta ahora, creo que puede afirmarse que el fundamento constitucional del principio acusatorio no se halla estrictamente en la prohibición de indefensión derecho a la defensa (y en el previo derecho a ser informado de todo lo relevante para la sentencia), fundamento consistente en que sólo la vigencia de aquel principio permite garantizar esos derechos.

Hemos visto que en supuestos de nítida vigencia del principio acusatorio (modificación por los acusadores de sus calificaciones provisionales), la preceptiva contradicción es insuficientemente realizada. Por contraste, con las matizaciones a un principio acusatorio puro que caracterizan al sistema procesal español y a otros europeos, puede coexistir una cuidadosa tutela del principio de contradicción

²² Ortells, *El nuevo procedimiento penal abreviado*, cit., p. 554.

y, concretamente en derecho español, una de las corrientes de la nueva jurisprudencia sobre los artículos 733 y 851.4º ha supuesto un loable avance en esa dirección.

Se impone, pues, la revisión desde una perspectiva distinta a la del principio acusatorio-garantía de contradicción, de aquella otra corriente de esta nueva orientación jurisprudencial que argumenta con el principio acusatorio para sostener que, si el juzgador entiende que algunos puntos de las calificaciones han de ser rectificadas en función del resultado de la prueba, es necesario que algún acusador asuma la propuesta del tribunal, para que éste pueda válidamente sentenciar también a tenor de esa rectificación. Y ciertamente esa revisión crítica será extensible a la plasmación legal que, en el proceso abreviado, ha tenido este modo de entender la correlación entre acusación y sentencia.²³

A mi juicio, el fundamento constitucional del principio acusatorio para el proceso penal, radica en el derecho a un proceso con todas las garantías (artículo 24.2, Constitución española) que, a través del artículo 10.2 (CE) conecta con el derecho a que la causa sea oída por un tribunal imparcial, reconocido por el artículo 6.1 (CEDH). Sin salirse de la Constitución también sería correcto decir que descansa en el derecho a un juez que responda a la imagen constitucional del mismo (artículo 24.2, Constitución española), que sin duda comprende el requisito de imparcialidad.

La comisión de un delito hace nacer en el Estado un concreto poder de imponer una pena, pero dicho poder, a diferencia de otros que el Estado puede actuar por la vía de la autotutela administrativa, sólo puede ser actuado por los órganos jurisdiccionales mediante su potestad jurisdiccional. El poder de penar, en el Estado moderno, es un poder del Estado-juez, es jurisdicción, potestad jurisdiccional.²⁴

Ahora bien, la potestad jurisdiccional dirigida a la actuación del derecho penal puede ser ejercida de dos modos: de oficio por el propio órgano jurisdiccional, que conduciría el proceso hasta la sentencia sin ningún impulso exterior (principio inquisitivo); a instancia de otro órgano estatal o sujeto ajeno al órgano jurisdiccional, que le

²³ Sobre el mismo, véase, en principio mi *El nuevo procedimiento penal abreviado*, cit., pp. 560-561.

²⁴ Goldschmidt, J., *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*, Barcelona, 1935, pp. 23-26; Calamandrei, P., "Linee fondamentali del processo civile inquisitorio", en *Opere giuridiche*, Nápoles, 1965, I, pp. 160-161; Gómez Orbaneja, *Comentarios*, cit., I, pp. 32-33 y II, pp. 162-165, 183-188.

pide que ejercite su potestad jurisdiccional, actuando el derecho penal respecto a un determinado hecho y persona.²⁵ Cuando la potestad jurisdiccional se ejerce según esa segunda modalidad decimos que rige el principio acusatorio formal.

El fundamento de este principio es garantizar la imparcialidad del juez que podría verse comprometida si se le atribuyeran a él mismo las funciones de descubrir, investigar y perseguir los posibles delitos. Para conseguir ese distanciamiento del juez respecto a la proposición del objeto del proceso, que asegura su imparcialidad, se reproduce artificialmente en el proceso penal de estructura del *actus trium personarum* a la que responde el proceso civil, como lógica consecuencia de la estructura jurídico-material de las relaciones que en él se deducen.²⁶

Si es correcto establecer esta conexión entre principio acusatorio y el requisito constitucional de la imparcialidad del juzgador, el problema de constitucionalidad de ciertas normas por contradicción con aquel principio, habría que plantearlo así: ¿qué poderes cabe atribuir al juzgador y cómo ha de configurarse su ejercicio para que pueda afirmarse que se mantiene en la posición de imparcialidad que es exigencia constitucional? ¿A partir de qué punto la atribución de poderes ejercitables de oficio pone esencialmente en cuestión la imparcialidad?

Estas cuestiones tienen una respuesta segura y comúnmente aceptada para un aspecto que es fundamental para la vigencia del principio acusatorio: la concurrencia en un mismo titular de la potestad de dirigir el juicio oral y dictar sentencia, y de los poderes de conducir la investigación-instrucción previa en el mismo proceso, se entiende que, en un sentido objetivo, excluye el requisito de imparcialidad, porque el juzgador se sitúa ante los materiales que se aportan al juicio oral con un criterio ya formado en el desarrollo de la investigación.²⁷

²⁵ Sobre esta alternativa Goldschmidt, *Problemas jurídicos y políticos*, pp. 68-70; Roxin, K., *Strafverfahrensrecht*, Munich, 1989, p. 66.

²⁶ Schmidt, E., *Lehrkommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz*, Göttingen, 1964, I, p. 197; Shafer, K., *Stralprozessrecht. Eine Einführung*, Berlín-Nueva York, 1976, pp. 220-221; Bertel, Ch., *Grundrisdes österreichischen Strafprozessrecht*, Wien, 1975, p. 7; Goldschmidt, *Problemas jurídicos y políticos*, cit., pp. 28-31; Gómez Orbaneja, *Comentarios*, cit., II, pp. 164-165.

²⁷ Respecto a esto son de obligada cita las sentencias del TEDH de 1 de octubre de 1982, en el caso Piersack, y de 26 de octubre de 1984, en caso De Cubber; y las sentencias del TC 145/1988, 12 de julio, 164/1988, de 26 de septiembre. Información principalmente sobre doctrina española en torno a esta garantía y a su

Pero no es ciertamente ese el aspecto del principio acusatorio que ahora está en discusión, sino este otro: ¿el poder del juzgador de resolver a tenor de la calificación jurídica que estime más ajustada a los hechos probados, y los poderes de contribuir con las partes a la prueba del hecho justiciable, ejercitados uno y otros sin más limitación a lo alegado y pedido por las partes que la relativa al hecho justiciable y persona del acusado, implican, objetivamente, pérdida de imparcialidad y prejuicio, y, por consiguiente, chocan con el fundamento constitucional del principio acusatorio?

Conviene distinguir y ocuparse, en primer término, de los poderes oficiales relativos a la calificación jurídica.

No creo que haya pérdida de la imparcialidad ni prejuicio, si se reconoce al juzgador el poder de determinar de oficio cuál es la calificación jurídica más correcta de los hechos que resultan de la prueba practicada, y, en función de ello, también cuáles son las consecuencias jurídicas previstas por la ley penal en concreto procedentes, porque la única implicación activa del juzgador absolutamente indiscutible es la del ejercicio de su potestad de juzgar, que comprende la determinación de los hechos ciertos y la aplicación de la norma, proclamando el efecto jurídico que de ello derive.

Otra cosa es que, en la parte del ordenamiento cuya realización jurisdiccional está informada por el principio dispositivo, la potestad de juzgar, de actuar el derecho en el caso concreto, no autorice a decir cuál es la consecuencia jurídica que, con arreglo a derecho, deriva del hecho cierto, sino solamente si la consecuencia jurídica pretendida es la que corresponde, atendidos cuáles son los hechos probados y las normas aplicables. Pero la razón de ser de este principio estructural de un proceso de tipo dispositivo no es, en verdad, garantizar una posición imparcial al juzgador, sino dejar a salvo en el momento de la tutela jurisdiccional la libre disponibilidad de los derechos e intereses jurídicos privados, que se corresponde con el

proclamación en las citadas sentencias, en Fernández Entralgo, J., "La institucionalidad de la acumulación de funciones instructora y decisora, consecuencia del derecho a un juez objetivamente imparcial", en *Revista General de Derecho*, 1989, núm. 534, pp. 1041-1094; De Diego Díez, L. A., "El principio 'el que instruye no debe juzgar' como garantía de imparcialidad en el enjuiciamiento penal", en *Poder Judicial*, 1987, núm. 8, pp. 9-26; De la Oliva Santos, A., *Jueces imparciales, fiscales investigadores y nueva reforma para la vieja crisis de la justicia penal*, Barcelona, 1988, pp. 13-58.

principio de la autonomía de la voluntad, informador de una parte del derecho material.²⁸

La realización jurisdiccional del derecho penal no se ha entendido, en nuestro ordenamiento, y no sólo en él,²⁹ hasta ahora, de ese modo. Pero si así tuviera que entenderse mediante el oportuno cambio legislativo o por imponerse una de las corrientes jurisprudenciales estudiadas, y si así tiene que serlo en el ámbito de aplicación del artículo 794.3 (Lecrim) diré que la clave explicativa habrá que buscarla no en el objetivo de garantizar la imparcialidad del juzgador, sino en el de reforzar el poder de disposición de los acusadores sobre los efectos jurídico-penales.

Vayamos, en segundo lugar, a la vigencia, dentro del juicio oral, del que suele llamarse principio de investigación oficial, frente al principio de aportación de parte.

²⁸ Carnacini, T., "Tutela giurisdizionale e tecnica del processo", en *Studi in onore di E. Redenti nel XL anno del suo insegnamento*, Milán, 1951, II, p. 752 y el conjunto del artículo; Javernig, O., *Zivilprozessrecht*, Munich, 1981, p. 66; Cappelletti, M., *El proceso civil en el derecho comparado*, Buenos Aires, 1973, pp. 3-39; Montero, J., *Introducción al derecho procesal*, Madrid, 1979, pp. 214-215; del mismo, "Los principios informadores del proceso civil en el marco de la Constitución", en *Trabajos de derecho procesal*, Barcelona, 1988, pp. 233-239; Gimeno, J. V., *Fundamentos del derecho procesal*, Madrid, 1981, pp. 178-179; Almagro, I., "Garantías constitucionales del proceso civil", en *Justicia 81*, núm. especial, pp. 17-19.

²⁹ Para lo que ocurre en derecho alemán basta remitirse a los parágrafos 264 y 265 de la STPO. Para el derecho italiano, el artículo 521.1 CPP dispone que "Nella sentenza il giudice può dare al fatto una definizione giuridica diversa da quella enunciata nell'imputazione, purché il reato non ecceda la sua competenza", el apartado 2 del mismo concede al juzgador el poder de oficio de remitir las actuaciones al Ministerio Público, si entiende que los hechos aparecen de la prueba como distintos a la descripción contenida en el decreto de apertura, para que el Ministerio Público, de acuerdo con el principio de obligatoriedad de la acción penal, asuma las correspondientes variaciones y las notifique al acusado (sobre esto, Illuminati, G., en Conso, G., Grevi, V., *Profili del nuovo Codice di Procedura Penale*, Padova, 1990, pp. 362-372; Amodio, E., "Il modello accusatorio nel nuovo Codice di Procedura Penale", en Amodio, E., Dominioni, O., *Commentario del nuovo Codice di procedura penale*, Milán, 1989, I, pp. XL-XLIII). El reciente Código de Proceso Penal portugués considera nula, en su artículo 379,b, la sentencia que condene por *hechos diversos* a los descritos en la acusación o en la "pronuncia" en su caso, salvo cuando la ley permite acusación supletoria y se han cumplido sus requisitos (artículo 359), o cuando se trate de alteraciones no sustanciales de los hechos, y el juzgador, a instancia de parte o *de oficio*, las hubiera comunicado al acusado (artículo 358.1). Ninguna vinculación, pues, a las calificaciones jurídicas, como también resulta del apartado 3 del artículo 368 que dispone que se deliberarán y votarán "todas las cuestiones de derecho suscitadas por los hechos referidos en el número anterior", y tales hechos son no sólo los alegados por la acusación y la defensa, sino también los que resultaren de la discusión de la causa (artículo 368.2).

Ciertamente el aumento de los poderes del juzgador en cuanto a la introducción y prueba de los hechos relevantes para resolver sobre el objeto del proceso, no es una cuestión extraña a la imparcialidad del órgano jurisdiccional.³⁰ Ahora bien ese reconocimiento no ha conducido a excluir de un modo absoluto estos poderes del juez en los procesos civil, laboral y administrativo,³¹ y muchísimo menos en el proceso penal.

La atribución al juzgador penal de esta clase de poderes oficiales se salva del reproche de riesgo para la imparcialidad, principalmente porque no hace del juzgador un investigador, sino que sólo le autoriza para, sin alterar en esencia el acacer histórico acotado y llevado ante él por el acusador, contribuir —en concurso con la actividad probatoria de las partes— a comprobar la certeza de los elementos fácticos jurídicamente relevantes de aquel acacer, y a utilizar con ese fin las fuentes de prueba que la propia actividad del juicio oral y la instrucción previa han relevado existentes.³²

El parágrafo 244, II, STPO, dispone que para la investigación de la verdad, el tribunal puede extender de oficio la práctica de prueba a todos los hechos y medios de prueba que sean importantes para la resolución. Y por referirse a procesos penales de reciente configuración decididamente orientada hacia el principio acusatorio, el artículo 340.1 del código portugués formula nítidamente el principio de investigación (“El tribunal ordena, de oficio o a petición de parte, la producción de todos los medios de prueba cuyo conocimiento le parezca necesario para el descubrimiento de la verdad y la acertada decisión de la causa”), y el código italiano, sin excluirlos, ha optado

³⁰ Liebman, E. T., “Fondamento del principio dispositivo”, en *Rivista di Diritto Processuale*, 1960, pp. 551-565; Baur, F., “Potere giudiziario e formalismo del diritto processuale”, en *Rivista Trimestrale di Diritto Processuale Civile*, 1965, pp. 1698-1699; Cavallone, B., “Crisi delle maximen e disciplina dell’istruzione probatoria”, en *Rivista di Diritto Processuale*, 1976, pp. 697-698; Montesano, M. L., “Le prove disponibile d’ufficio e l’imparzialità del giudice civile”, en *Rivista Trimestrale di Diritto Processuale Civile*, 1978, pp. 189-205; Chioyenda, G., *Instituciones de derecho procesal civil*, III, Madrid, 1936, pp. 59-60; Córdón Moreno, F., “En torno a los poderes de dirección del juez civil”, en *Revista de Derecho Procesal*, 1979, p. 811.

³¹ Sobre esto, Montero, *Introducción*, p. 230; Córdón, “En torno a dos poderes de dirección”, *cit.*, p. 826; Sentís Melendo, S., *La prueba. Los grandes temas de derecho probatorio*, Buenos Aires, 1978, pp. 141 y ss., 437 y ss.; Montesano, M. L., “Le prove disponibile d’ufficio e l’imparzialità del giudice civile”, *cit.*, pp. 189-206.

³² Gómez Orbaneja, *Comentarios*, *cit.*, I, pp. 112-113, 114-116; Baur, *Potere giudiziario*, *cit.*, p. 1699; Montesano, “Le prove disponibili d’ufficio”, *cit.*, pp. 192-196.

por un sistema de poderes del tribunal complementarios de la normal iniciativa probatoria de las partes (artículos 506, 507).³³

En nuestro derecho, tanto para el proceso ordinario por delitos graves como para el proceso abreviado (artículo 780.1, Lecrim), rige el principio de investigación oficial en cuanto a la prueba de los hechos en el juicio oral.³⁴ Partiendo de ahí, me parece un despropósito pretender amparar en la imparcialidad del juzgador, como fundamento constitucional del principio acusatorio, la concepción de la correlación que aflora en el primer inciso del artículo 794.3 (Lecrim) y que se sostiene por una de las corrientes de la nueva jurisprudencia.

Si se le reconocen al juzgador poderes de intervenir de oficio en la prueba de los hechos es, sin duda, para que pueda resolver válidamente sin quedar sujeto a los hechos tal como resulten sólo de las alegaciones y pruebas de las partes, sino atendiendo también a lo que provenga de la intervención *ex officio* en la prueba.³⁵

Pues bien. He aquí el despropósito: el artículo 794.3 (Lecrim) y la corriente jurisprudencial antes mencionada, vienen a eliminar esta consecuencia práctica del principio de investigación oficial, pero dejan subsistente un sistema en el que el juzgador (pretendidamente) ha perdido su imparcialidad por actuar y haber actuado de oficio en la actividad probatoria. La imparcialidad quedaría puesta en cuestión y, además, sin objeto alguno.

Ya como última observación crítica relativa a la extensión de los poderes oficiales del juzgador cuando rige el acusatorio, estimo que la disposición y la línea jurisprudencial de continua referencia, merecen una objeción fundamental precisamente desde la perspectiva de la preservación de la imparcialidad del juzgador.

Pocas veces he visto defender que la apreciación de oficio de elementos absoluta o relativamente exculpatórios dependa, en su validez, de que hayan sido previamente sometidos a debate contradictorio. Menos veces —por no decir ninguna— he visto sostener que la apreciación de dichos elementos no pueda hacerse de oficio.

Quisiera, antes de seguir, salir al paso de la opinión de que esto pudiera ser un reflejo del derecho a la presunción de inocencia. No.

³³ Sobre la solución del código italiano: Illuminati, G., *Giudizio*, p. 367; Amodio, *Il modello accusatorio nel nuovo Codice*, cit., p. XXXVII.

³⁴ Remito para un repaso de sus diversas manifestaciones a nuestro *Derecho jurisdiccional*, cit., III, pp. 329-330, 339-342, 608.

³⁵ Como dice el artículo 368.2 del código portugués para formar la sentencia se someten a deliberación y votación “los hechos alegados por la acusación y la defensa, así como las que resultaren de la discusión de la causa, relevantes. . .”

Presupuesto ese derecho o con independencia de él, queda abierta la cuestión sobre si los hechos relevantes sólo van a poder ser válidamente apreciados si resultan de la alegación y prueba de las partes, o también si resultan de la prueba oficial, o una cosa u otra según las clases de hechos.

En la línea en que vengo argumentando, y a la vista de lo dicho dos párrafos antes, llega el momento de preguntarse si es razonable sostener que la imparcialidad sólo se quiebra si el ordenamiento admite que el juzgador contribuya con sus poderes oficiales a clarificar los elementos de cargo, pero no si le autoriza a hacer lo mismo con los de descargo.

Si fuera cierto —que no acepto que lo sea— que la atribución al juzgador de ciertos poderes oficiales pone en cuestión su imparcialidad, habrá que concordar en que resulta evidente que permitir el juego de la investigación oficial sólo para los hechos favorables a una de las posiciones procesales, implica admitir en flagrante contradicción con el primer postulado que es correcto que la propia ley empiece por crear un riesgo de parcialidad estrictamente unidireccional.

X. BREVE EPÍLOGO SOBRE EL TEMA EN EL PROCESO PENAL MEXICANO Y EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL MODELO PARA IBEROAMÉRICA

Con todas las reservas, por no haber tenido a mi disposición información bibliográfica suficiente, entiendo que el proceso penal mexicano (al menos en su configuración por los Códigos Federal de Procedimientos Penales y de Procedimientos Penales del Distrito Federal) regula la correlación entre acusación y sentencia precisamente de modo similar al que propugnan las nuevas tendencias del derecho español, que he analizado críticamente en las páginas que preceden.

Significativo me parece, en ese sentido, que cuando el Ministerio Público formula conclusiones contrarias a las constancias procesales y, ante el planteamiento formal de la contradicción por el juez, el mecanismo de control interno que se instaura da como resultado (expreso o tácito —por transcurso del plazo para que el procurador modifique las conclusiones—) la confirmación de las conclusiones formuladas, el juez debe resolver tomando en consideración estas conclusiones.³⁶

³⁶ Rivero Silva, Manuel, *El procedimiento penal*, México, Porrúa, 1991, pp. 296-300.

En el bien entendido que ese tomar en consideración va a suponer que en cuanto “las conclusiones del Ministerio Público señalan camino y límite para la condena. . . la sentencia condenatoria no puede ser por delito distinto al que se refieren las conclusiones, ni puede excederse en la penalidad de los límites invocados también en las propias conclusiones”.³⁷

Los criterios en los que, principalmente, he sustentado mi crítica están más próximos a aquellos a los que responde, en esta materia, el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica, preparado en el seno del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal.

En cuanto a la posibilidad de que el tribunal del juicio tome en consideración, de oficio, elementos de hecho de cargo, resultantes de la prueba, y que no supongan una alteración del propio hecho objeto del proceso penal, el código opta por una orientación más restrictiva que la que, con fundamento en el régimen de algunos ordenamientos europeos, he considerado que podía sostenerse.³⁸

En efecto, considera ampliación de la acusación —y requiere que como tal se plantee, para que la sentencia que la aprecia no resulte viciada (artículo 328.7 en relación con el 322, I, código modelo)— no sólo “la inclusión de un nuevo hecho”, sino también la de una nueva “circunstancia que modifica la calificación legal o la pena del mismo hecho objeto del debate, o integra la continuación delictiva” (artículo 319, I, código modelo). Sin embargo, la integración judicial de oficio del objeto del proceso penal la garantiza, sin menoscabo de la imparcialidad del órgano juzgador, mediante ciertos pronunciamientos que puede contener el auto de apertura del juicio, dictado por el órgano jurisdiccional competente para el periodo intermedio (artículo 274, código modelo: “La resolución por la cual el tribunal decide admitir la acusación y abrir el juicio deberá contener: . . . 2. Las modificaciones con que admite la acusación, indicando detalladamente las circunstancias de hecho omitidas, que deben formar parte de ella; 3. La orden de interponer acusación cuando rechace el sobreseimiento —absolución anticipada— o la clausura pedidos por el Ministerio Público, caso en el cual se individualizará al imputado y determinará el hecho punible según se prevé en el artículo 263”). Y ese auto de apertura es término de comparación para determinar la correlación (artículo 322, I, código modelo).

³⁷ *Ibid.*, p. 311.

³⁸ Véase el apartado IX.

Por otro lado, deja absolutamente clara la potestad del tribunal del juicio para determinar, de oficio, la calificación jurídica de los hechos y las consecuencias jurídicas derivadas de ello, aunque sujetando el ejercicio de esa potestad a las garantías de la contradicción. Básico —y de diáfana expresión— es en este aspecto el artículo 322, II, del código modelo: “En la condena, el tribunal podrá dar el hecho una calificación jurídica distinta de aquella de la acusación o del auto de apertura del juicio, o aplicar penas más graves o medidas de seguridad, siempre que no excedan su propia competencia. Empero, el acusado no puede ser condenado en virtud de un precepto penal distinto del invocado en la acusación, comprendida o no su ampliación, o en el auto de apertura, si previamente no fue advertido de la modificación posible de la calificación jurídica; la regla comprende también a los preceptos que se refieren sólo a la pena y a las medidas de seguridad y corrección”.

APÉNDICE: PRINCIPALES ARTÍCULOS CITADOS DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL ESPAÑOLA

a) Proceso ordinario por delitos graves

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

1ª Los hechos punibles que resulten del sumario.

2ª La calificación legal de los mismos hechos, determinando el delito que constituyan.

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

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

5ª Las penas en que hayan incurrido el procesado o procesados, si fueren varios, por razón de su respectiva participación en el delito.

El acusador privado en su caso, y el Ministerio Fiscal cuando sostenga la acción civil, expresarán además:

1º La cantidad en que aprecien los daños y perjuicios causados por el delito, o la cosa que haya de ser restituida.

2º La persona o personas que aparezcan responsables de los daños y perjuicios o de la restitución de la cosa, y el hecho en virtud del cual hubieren contraído esta responsabilidad.

653. Las partes podrán presentar sobre cada uno de los puntos que han de ser objeto de la calificación dos o más conclusiones en forma alternativa, para que si no resultare del juicio la procedencia de la primera, pueda estimarse cualquiera de las demás en la sentencia.

732. Practicadas las diligencias de la prueba, las partes podrán modificar las conclusiones de los escritos de calificación.

En este caso formularán por escrito las nuevas conclusiones y las entregarán al presidente del Tribunal.

Las conclusiones podrán formularse en forma alternativa, según lo dispuesto en el artículo 653.

733. Si juzgando por el resultado de las pruebas entendiere 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 de 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 número. . . 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 de 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 día siguiente.

851. Podrá también interponerse el recurso de casación por la misma causa:

4^o Cuando se pene un delito más grave que el haya sido objeto de la acusación, si el Tribunal no hubiere procedido previamente como determina el artículo 733.

b) Proceso abreviado

790. 5. El escrito de acusación comprenderá, además de la solicitud de apertura del juicio oral ante el órgano que se estime competente y de la identificación de la persona o personas contra las que se dirige la acusación, los extremos a que se refiere el artículo 650 de esta Ley. La acusación se extenderá a las faltas imputables al acusado del delito o a otras personas, cuando la comisión de la falta o su prueba estuviera relacionada con el delito. También se expresarán la cuantía de las indemnizaciones o fijación de las bases para su determinación y las personas civilmente responsables, así como los demás pronunciamientos sobre entrega y destino de cosas y efectos e imposición de costas procesales.

En el mismo escrito se propondrán las pruebas de que intenten valerse en el juicio oral, expresando si la reclamación de documentos o las citaciones de peritos y testigos deben realizarse por medio de la oficina judicial.

En el escrito de acusación se podrá solicitar la práctica anticipada de aquellas pruebas que no puedan llevarse a cabo durante las sesiones del juicio oral, así como la adopción, modificación o suspensión de las medidas provisionales a que se refiere el artículo 785 de esta Ley, o cualesquiera otras que resulten procedentes o se hubieren adoptado, y la cancelación de las tomadas en contra de personas contra las que no se dirija acusación.

793. 6. Terminada la práctica de la prueba, el juez o Presidente del Tribunal requerirá a la acusación y a la defensa para que manifiesten si ratifican o modifican las conclusiones de los escritos inicialmente presentados y para que expongan oralmente cuanto estimen procedente sobre la valoración de la prueba y la calificación jurídica de los hechos.

El requerimiento podrá extenderse a solicitar del Ministerio Fiscal y de los letrados un mayor esclarecimiento de aspectos concretos de la prueba y la valoración jurídica de los hechos, sometiéndoles a debate una o varias preguntas sobre puntos determinados.

7. Cuando, en sus conclusiones definitivas, la acusación cambie la tipificación penal de los hechos o se aprecien un mayor grado de participación o de ejecución o circunstancias de agravación de la pena, el juez o Tribunal podrá conceder un aplazamiento de la sesión, hasta el límite de diez días, a petición de la defensa, a fin de que ésta pueda aportar los elementos probatorios y de descargo que

estime convenientes. Tras la práctica de una nueva prueba que pueda solicitar la defensa, las partes acusadoras podrán, a su vez, modificar sus conclusiones definitivas.

794. 3. 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.