

EL PRINCIPIO ACUSATORIO

LADISLAO ROIG BUSTOS

1. SU JUSTIFICACION

Uno de los principios que rigen nuestro derecho penal es el principio acusatorio, conforme al cual no cabe que los Tribunales condenen por delito más grave que aquel que por la acusación correspondiente le haya sido imputado en la calificación definitiva a quien aparezca como acusado. Principio que, recogido tradicionalmente en nuestros textos jurídicos, quedó definitivamente consagrado al recogerlo como principio constitucional el artículo 24-2 de la Constitución: "... todos tienen derecho... a ser informados de la acusación formulada contra ellos" Sin embargo toda una serie de dudas, legales unas, de práctica judicial otras, siguen manteniéndose en orden a la efectividad de su aplicación y ello pese a que el Tribunal Constitucional haya definido su contenido al afirmar que consiste en "la identidad del hecho punible de forma que el hecho debatido en juicio, señalado por la acusación y declarado probado, constituya supuesto fáctico de la calificación de la sentencia, junto con otra condición consistente en la homogeneidad de los delitos objeto de la condena y de la acusación" (S. 29/10/86) o bien que se trata de que la acción sea identificada "subjctivamente por la persona del acusado y objetivamente por el hecho sobre el que recae la acusación" (S. 10/12/86), afirmando igualmente nuestro más alto Tribunal que "el principio acusatorio forma parte de las garantías sustanciales del proceso penal" (S. 7/5/87).

La vigencia hoy del citado principio no ofrece dudas, tanto por el citado artículo 24-2 de la Constitución como por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que no sólo, como acabamos de ver, lo sigue manteniendo, sino que incluso ha ampliado su ámbito de aplicación al extender su eficacia a los juicios de faltas donde tradicionalmente no recogía el principio acusatorio (a título de ejemplo, entre otras muchas, S. 4/10/85), manteniéndolo igualmente en materia de indemnizaciones por daños derivados de delito o falta (S. 12/2/87).

Una primordial razón para la vigencia del principio acusatorio radica en la propia situación del acusado; una defensa mínimamente eficaz sólo puede nacer de un conocimiento previo de aquello de lo que es acusado. Y si bien es cierto que sobre la acusación pesa la carga de la prueba, precisamente por ello ésta, la acusación, sólo se fundará en tanto en cuanto quien la sustente piense haber acumulado suficiente material probatorio para mantenerla. En contrapartida la situación de quien es acusado puede ser en principio de quietismo, de estar simplemente a la espera, pues de entrada tiene la presunción de inocencia a su favor y es claro que quien puede ser condenado a penas tan graves como la privación de su libertad tiene el mínimo derecho de utilizar todos aquellos argumentos legales o válidos y ello conlleva saber de qué se le acusa para así saber de qué tiene que defenderse.

Este es el sentido dado por el Tribunal Constitucional al principio que tratamos. Así la sentencia de 18/4/85: “La acusación debe ser previamente formulada y conocida... con la evidente finalidad de que se puede ejercitar el derecho de defensa”; o la de fecha 6/2/84: “Debe darse oportunidad para que el acusado presente prueba de descargo sobre la acusación formulada”, la sentencia de 7/5/87 es aún más precisa: “El sistema acusatorio impone una contienda procesal entre dos partes netamente contrapuestas, acusador y acusado, resuelta por un órgano que se coloca por encima de ambos...” para añadir que “el principio acusatorio admite y presupone el derecho de defensa del imputado y, consecuentemente, la posibilidad de contestación o rechazo a la acusación, o sea, el enfrentamiento dialéctico entre las partes, y hace posible el conocer los argumentos de la otra parte, el manifestar ante el Juez los propios, el indicar los elementos fácticos que constituyen su base y el ejercitar una actividad plena en el proceso”.

Con todo ello se realiza la plena eficacia en nuestro derecho del principio de presunción de inocencia; quien aparece como acusado es, todavía, inocente y consecuentemente nada tiene en principio que probar; es a aquel que pide una condena a quien le corresponda probar los hechos y hacerlo además dentro de unos cauces formales que conlleven las suficientes y mínimas garantías para el imputado. Felizmente ya han pasado los tiempos que nos relata Tellechea Idígoras en su obra “Cárceles inquisitoriales”, cuando nos señala como al detenido, acusado de haber cometido un delito, era totalmente aislado del mundo exterior al efecto de no poder preparar una defensa eficaz y asegurar así la “verdad” del proceso. Hoy, en un Estado de Derecho, ya no basta con condenar a quien comete un delito si esa condena no está avalada por el más exquisito respecto a las garantías y derechos básicos de los ciudadanos (y los delincuentes y presuntos delincuentes siguen teniendo esa condición), porque

la razón de ser de un Estado no está en “la razón de Estado”, sino en que el Estado, y sus instituciones, se carguen de razón a la hora de ejercer sus legítimas funciones represivas, demostrando que es más importante poseer la “autoridad”, el poder moral, que el “imperium”, el poder material. Sólo en tanto en cuanto la primera domina al segundo, la autoritas al imperium, estamos ante un Estado de Derecho, porque la verdad del proceso reside en el pleno respeto del ciudadano, que no súbdito, en sus derechos fundamentales, aunque ello suponga en ocasiones la imposibilidad de demostrar una verdad material en un caso concreto. Por ello cualquier limitación a las garantías fundamentales de un acusado, y el principio acusatorio es una de ellas, es una quiebra grave de los pilares en los que debe asentarse un Estado Democrático y de Derecho.

Junto a este argumento hay otro que se nos aparece como de similar entidad para justificar la existencia del principio acusatorio, como es la de la propia limitación a quien ostenta el poder. Porque efectivamente es en los Jueces y Magistrados individualmente considerados en cuanto Tribunales de Justicia donde radica realmente el Poder Judicial. Y aunque hoy por hoy dicho Poder está en fase embrionaria, iniciando la difícil andadura de reconvertir lo que era Administración de Justicia en poder judicial, en lo que sólo se convertirá cuando los demás Poderes y poderes (institucionales y fácticos) asuman que el Juez es Poder, no es menos cierto que si de un Estado Democrático y de Derecho hablamos, de la misma forma que el Poder para ser tal necesita de medios y atribuciones para ejercerlo, ese poder necesita de limitaciones, de freno, de controles que lo hagan realmente Poder Democrático y no absolutista.

Y es en este marco soberanamente expuesto donde el principio acusatorio se enmarca, porque en el ámbito penal dicho principio es el único límite que los Tribunales penales tiene. Quienes conforman un Poder, con mayúsculas, es evidente que deben tener poderes, con minúsculas; y es igualmente evidente que Jueces y Magistrados penales tiene facultades quasi-omnípodas cuando un asunto les llega a su esfera de competencia: la incoación o no del procedimiento, la selección de cual debe ser éste, la adopción de medidas cautelares (prisiones, fianzas, embargos), los dictados de autos de procesamiento, al que ahora nos referimos y cuyas repercusiones sociales son de particular gravedad, la absolución o archivo de las causas, la condena inferior a aquella que la acusación solicitaba, todo ello se hace, como es lógico en un sistema judicial, con la única sujeción a la Ley, a la norma, ente a veces tan abstracto y tan susceptible de interpretaciones diversas como para dar lugar a tantos temas pendientes ante los Tribunales de Justicia. Pero quienes forman un Poder, si lo ejercen en un Estado social y democrático de Derecho, también DEBEN tener un control, unas limitaciones a sus poderes; y en nuestro

sistema judicial, junto al sistema de recursos, que se utiliza frente a una medida YA adoptada, no puede resultar gratuito que precisamente en lo más nocivo para el ciudadano, la condena, normalmente aparejada a un bien de tanta envidia como el de la libertad, se tenga por Jueces y Magistrados el control de no condenar ni por algo que no se acusa ni por más de lo que acusa.

2. FASE PROCESAL DONDE INCARDINARIO

A la vista de lo antedicho en el sentido de que el principio acusatorio equivale al derecho del acusado de ser informado de la acusación que pesa sobre él, el problema de donde se inicia ese derecho queda resuelto en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional al señalar que es en el escrito de acusación o de calificación provisional, toda vez que el principio queda cumplido siempre que EN EL JUICIO se de oportunidad para que el acusado presente pruebas de descargo sobre la acusación allí formulada, pues en tal caso no puede decirse que no haya conocido a tiempo la acusación (sentencia Tribunal Constitucional 6/2/84; y en similar sentido sentencias de 29/10/86 y 10/12/86).

Tal doctrina, sin embargo, lleve aparejada la pregunta de si con ello se hace desaparecer toda la eficacia y virtualidad que hasta ahora se le otorgaba, L.E. Criminal en la mano, al Auto de procesamiento. Dicho en otros términos, admitida como doctrina pacífica, jurisprudencial y doctrinalmente, que la calificación jurídica que de los hechos haga el juez Instructor en el auto de procesamiento en nada vincula ni afecta a la posterior actividad de Fiscales, Abogados, Tribunales, el paso siguiente a la luz de la citada doctrina del Tribunal Constitucional es que tampoco los hechos que el Juez Instructor recoja en el Auto de Procesamiento vinculan en nada la actividad posterior. Quizá con un ejemplo se vea más claro: Detenido un individuo como presunto autor de dos delitos de robo, el juez incoa sumario y tras la práctica de las correspondientes pruebas sumariales decide procesarle por un delito de robo (no por los dos), le recibe declaración indagatoria (lógicamente por un solo hecho y un solo robo), concluye el sumario y le emplaza; entregando el sumario al Fiscal para evacuar su escrito de calificación, éste decide acusar por dos delitos de robo (o más) y tras el correspondiente juicio la Sala condena por dos delitos de robo. ¿Se ha cumplido en este caso con las garantías contenidas en el principio acusatorio?.

La respuesta es afirmativa si a la doctrina del Tribunal Constitucional antes citada nos atenemos, pues si el principio queda cumplido siempre

que en el juicio se de oportunidad al acusado para presentar las pruebas de descargo sobre la acusación “allí” (en el juicio), formulada, es decir, en el escrito de acusación o de conclusiones, será indiferente aquello por lo que el Juez Instructor haya procesado para centrarnos, EXCLUSIVAMENTE, a aquello recogido en él o los escritos de Acusación, único momento donde se fija la litis en cuanto hechos y derecho. Con ello se sigue la línea jurisprudencial del Tribunal Supremo al afirmar que el auto de procesamiento tiene como única virtualidad la de dirigir el procedimiento, separar las partes acusadoras de las acusadas y ordenar la adopción de medidas cautelares, sin ningún tipo de vinculación posterior cara al Juicio Oral y en la línea igualmente admitida de forma unánime que es en el Juicio Oral, en el Plenario, donde se produce la auténtica aportación de la prueba y el auténtico debate contradictorio con igualdad de oportunidades entre las partes, siendo toda la fase sumarial sólo de mera preparación de la prueba que se aportará al juicio oral (S. Tribunal Supremo 5 y 8 de mayo de 1.987).

Todo lo hasta ahora dicho no hace sino tratar de realzar la importancia del juicio oral, tal y como nuestro viejo legislador lo plasmó en la ley de Enjuiciamiento Criminal, y que paulatinamente ha ido degradándose con corruptelas acomodaticias que llegaron, y llegan, en ocasiones, a convertir el acto fundamental del proceso penal, el juicio oral, en otro trámite más e incluso a veces en un mero trámite formal de manera que el sumario, la preparación del juicio, se convierte en la esencia y el juicio en poco menos que la guinda que corona la tarta ya sacada del horno, en una inversión de valores claramente inaceptable. Pero sí todo ello es así, no lo es menos que con todo lo dicho se está haciendo ineficaz un instituto como es el auto de procesamiento y con ello derogando de facto más de un artículo de la L.E. Criminal, a los que se convierte tan sólo en instrumentos dilatorios, amén de limitar las primeras defensas que el acusado puede poner frente a la acusación.

Efectivamente, la anterior doctrina hace en buena medida inútiles e ineficaces artículos como el 384, párrafo 2º y 5º y el 388 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Establece el párrafo 2º del Artículo 384 que “el procesado podrá, desde el momento de serlo... solicitar la práctica de las diligencias que le interesen... pudiendo apelar ante la Audiencia si el Juez Instructor no accediese a sus deseos”; el párrafo 5º del mismo artículo instaura los recursos de reforma y subsidiaria apelación contra el auto de procesamiento y el artículo 388 regula la llamada declaración indagatoria en la que el procesado “será preguntado... si conoce el motivo por el que se la ha procesado”. Pues bien, si los hechos recogidos en el auto de procesamiento en nada vinculan ni limitan a lo que después puede ser el cuerpo de la acusación y del juicio en sentido estricto, ¿para qué

se le ha de preguntar al procesado si conoce el motivo de su procesamiento?; habrá que preguntarle si sabe de qué puede ser acusado visto el contenido del sumario y abstracción hecha de aquello en concreto por lo que ha sido procesado. Y la solicitud de la práctica de diligencias que le interesen o la interposición de los recursos de reforma y subsidiaria apelación, ligados lógicamente por su incursión en el artículo 384 ya citado al auto de procesamiento, y ligado, no lo olvidemos, a los hechos, puesto que su calificación jurídica nunca es vinculante, pierden buena parte de su virtualidad pues no tiene demasiado sentido centrar la práctica de nuevas diligencias o un recurso sobre unos hechos que no son exclusivos, para tener que centrarse en todo aquello que tenga posibilidad de ser objeto de acusación con la necesaria in concreción y generalización que ello llevará consigo. Igual sucederá, *mutata mutandis*, con los párrafos penúltimo y último del mismo artículo 384.

Esta pérdida de eficacia del auto de procesamiento supone una evidente disminución de los medios y derechos de defensa del procesado, Gimeno Sendra, aún partidario de la tesis expuesta de la no vinculación de los hechos, no por ello deja de reconocer que dicho auto “ilustra fehacientemente al procesado y a su abogado del hecho delictivo cuya comisión es aquél atribuido”, “posibilita la defensa privada del propio procesado ya que en la indagatoria podrá exculparse” y “robustece la defensa del abogado mediante el ejercicio de los medios de impugnación contra el propio auto”. Pero es lo cierto que si los hechos no vinculan, ya no hay “ilustración fehaciente” y se disminuye la eficacia de la exculpación que pueda hacer en la indagatoria, lo mismo que no cabe hablar de “robustecer la defensa” mediante el sistema de recursos por lo acabado antes de exponer.

De otro lado, es evidente que quien se sabe “no procesado” por uno o unos determinados hechos se abstendrá de proponer práctica de pruebas sobre ellos (a él no le corresponde probar in genere su inocencia que se le presume) y si bien es cierto que es en el acto del juicio oral donde se han de practicar las pruebas en su totalidad y plenitud, no es menos cierto que es en la fase sumarial donde esas pruebas pueden y deben ser preparadas y que alguna de esas pruebas no practicadas en fase de instrucción por una omisión lógica de quien se sabe “no procesado”, difícilmente podrán aportarse debidamente preparadas, por su falta de inmediación y desconexión temporal, en el acto de la vista (así, imposibilidad de las pruebas anticipadas).

Porque siguiendo con el ejemplo anterior (individuo detenido por dos robos y procesado sólo por uno), si la parte acusadora se aquieta ante la notificación del auto de procesamiento primero y del auto de conclusión del sumario después, el procesado no propondrá pruebas ni recurri-

rá contra el auto de procesamiento por aquellos hechos por los que no ha sido procesado (¿cómo podría recurrirlos si sobre ellos no hay procesamiento?) ni, en definitiva, preparará su defensa por aquel hecho por el que fue detenido pero no procesado y no la prepara precisamente durante el trámite procesal destinado a ello, la instrucción del sumario, y sin embargo podrá verse acusado de esos hechos no incluidos en el procesamiento si la acusación lo estima pertinente.

Con todo lo expuesto no tratamos sino de abogar por el criterio de que el auto de procesamiento debe dársele la eficacia y la importancia que el propio legislador preveyó en los arts. antes citados de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sin olvidar tampoco la evidente transcendencia social que el auto de procesamiento tiene ante la opinión pública; entendemos que dicho auto no puede quedar relegado a separar las partes acusadoras de las acusadas, claramente diferenciados en el noventa y nueve por cien de las ocasiones, ni a ordenar la adopción de medidas cautelares, para lo que ya existen las correspondientes piezas separadas (de situación personal y de responsabilidad civil) y que son dictadas a través de auto, y por tanto fundadamente y recurribles, ni puede el auto de procesamiento quedar reducido a una mera inculpación genérica sin una mínima especificación de los hechos que indiciariamente se imputan a la persona en cuestión.

Todo ello tampoco significa en modo alguno dejar al árbitrio del Juez Instructor los hechos que pueden ser enjuiciados, convirtiendo el auto de procesamiento en una criba infranqueable cara a dirigir la acusación; quien ostente la condición de parte acusadora tiene los recursos de reforma y subsidiaria apelación para lograr que se extienda el auto de procesamiento a aquellos otros hechos sobre los que crea que también existen indicios racionales de criminalidad, así como la posibilidad de que concluido el sumario pueda pedir del Tribunal la revocación del auto de conclusión del sumario y la extensión del procesamiento en la forma antes señalada. Con ello no se limita en modo alguno las facultades de la acusación, respetando sin embargo todas las posibilidades de defensa y todos los medios con los que desde un principio pueda contraargumentar quien aparezca como acusado.

En toda esta materia no se puede olvidar que estamos ante una faceta del Derecho, el penal, con evidentes caracteres represivos y que las privaciones de derechos a ciudadanos sólo es válida, ya lo dijimos, en tanto en cuanto haya una plena legalidad y legitimidad para ello. Por eso, mantener que los hechos descritos en el auto de procesamiento deben vincular a la acusación, y por ende al enjuiciamiento posterior, que tiene a su vez remedios legales ya expuestos para su ampliación, en nada obstaculiza la función acusadora y garantiza, en cambio, una plena eficacia de la

posible defensa de los acusados desde el primer momento en que formalmente tienen tal carácter de acusados, es decir, desde el momento en que son, precisamente, procesados.

3. SU EXCEPCION: LA TESIS DEL ARTICULO 733 DE LA L.E. CRIMINAL

Si a lo largo de lo visto hasta ahora hemos expuesto la vigencia entre nuestros principios penales del principio acusatorio, el mismo tiene su excepción en el art. 733 de la L.E. Criminal en cuyos párrafos 1º y 2º se afirma: "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 los defensores del procesado (o los defensores de las partes cuando fuesen varias) le ilustren acerca de si el hecho justiciable constituye el delito de... o si existe la circunstancia eximente de responsabilidad a que se refiere el número... del artículo.... del Código Penal".

Esta facultad que la Ley otorga al Tribunal es la única posibilidad en nuestro derecho de que un procesado pueda ser condenado por un delito de mayor gravedad que aquél de que venía siendo objeto de acusación, y en tal sentido la propia Ley lo califica, en el párrafo 3º del artículo citado, como "facultad excepcional, de que el Tribunal usará con moderación..." y ello no sólo, y como razón fundamental, por el riesgo de indefensión que puede conllevar para el procesado, sino igualmente porque como afirma el Tribunal Constitucional en sentencia de 12-2-87, "debe preservarse el principio acusatorio para alcanzar la mejor independencia y equilibrio del Juez, sin que éste pueda anular o sustituir las funciones atribuidas al Ministerio Fiscal", lo que liga con lo ya explicado al inicio en orden a la justificación del principio que aquí tratamos.

Una primera matización a esta facultad excepcional debe centrarse en que la misma solo puede referirse a la calificación jurídica, no a los hechos objeto de debate; efectivamente, el artículo 733 de la L.E. Criminal se refiere, por dos veces, "al hecho justiciable" calificado con manifiesto error, de lo que debe derivarse que la llamada "tesis" debe respetar absolutamente los hechos que al Tribunal le son presentados, única posibilidad de que no se produzca la indefensión del procesado al conocer "hechos nuevos" tras la celebración, stricto sensu, del juicio. Numerosos son los autores que se manifiestan en este sentido y así Jiménez Asenjo (Derecho procesal Penal, volumen 2, págs. 211 y ss.) afirma como las fa-

cultades del 733 “solo pueden utilizarse sobre la conclusión segunda” y como “los posibles errores de las partes en la valoración material de las pruebas vinculan al Tribunal”; Miguel Fenech (Derecho Procesal Penal, tomo 3º, págs. 101 y ss.) señala que esta facultad se refiere exclusivamente “a modificar el fundamento jurídico de la pretensión punitiva”; y en la misma línea de pensamiento Aguilera (Comentarios a la L.E. Criminal, págs. 505 y ss.) al hablar del momento en que la tesis debe ser planteada asegura que debe ser “aquél en que ha de quedar fijada la litis”, es decir cuando “resultan ya definitivamente determinadas las cuestiones que han de ser objeto del fallo”. No cabe pues que el Tribunal, a través de esta facultad excepcional, añada nuevos hechos o los modifique sustancialmente con necesaria incidencia posterior en la calificación jurídica, sino que los hechos y su determinación les vienen dados por la actividad probatoria desarrollada por las partes, sin que quepa suplir por los Tribunales su deficiencia; la deducción de testimonio de aquellos hechos que no han sido en sentido estricto enjuiciados y la depuración de responsabilidades por omisión de la acusación que no ha sabido ejercerla con eficacia son las únicas posibilidades que le son permitidas al Tribunal.

Una segunda matización viene derivada igualmente de la propia redacción del artículo 733, que habla de cuando el Tribunal entendiere “que el hecho justiciable ha sido calificado con manifiesto error...” Estamos pues no solo ante un supuesto error de la calificación jurídica, sino que además ese error debe ser “manifiesto”. Con ello no cabe que los Tribunales puedan utilizar la citada facultad en aquellos supuestos en que, por ser dudosa la calificación jurídica, la acusación opte por una teoría distinta a la que a priori pudiera tener el Tribunal si ella (la teoría mantenida por la acusación) no es claramente errónea; así por ejemplo si es dudosa la intensidad de la violencia utilizada para arrebatar el bolso a una viandante y la acusación opta por entender que los hechos son un hurto y no un robo con violencia ó si es dudosa la valoración de la prueba practicada en orden a determinar si los hechos son un robo (prisión menor) ó una receptación (prisión menor y multa, delito por tanto más grave) y la acusación se inclina por hacerlo por robo. En todos estos supuestos estamos ante una opción de la acusación plenamente válida; no hay, por tanto, manifiesto error en la calificación, lo que permitiría la “tesis”, sino interpretación de las normas o de las pruebas practicadas que limita y vincula al Tribunal aunque este hubiera preferido optar por otra vía interpretativa. En definitiva, sólo cuando hay un error manifiesto en la calificación jurídica podrán los Tribunales utilizar la “tesis”, no cuando lo que haya sea una distinta interpretación de las normas o de los hechos entre la acusación y el Tribunal; la interpretación de aquella vincula a

éste, so pena en caso contrario de anular ó sustituir invadiendo las funciones del Ministerio Fiscal ó de la acusación particular como señala la sentencia del Tribunal Constitucional antes reseñada.

Esta interpretación del artículo 733 no hace sino ser conforme a esa cualidad de esta facultad que además de ser excepcional, ya indicamos que así la califica la propia Ley, es claramente contraria a los intereses del reo, por tanto si es usada por los Jueces lo es en tanto el procesado puede ser condenado a delito más grave que aquél por lo que era acusado. Dos condiciones pués, excepcionalidad y perjuicio del reo, claramente conectadas entre sí, que conllevan casi necesariamente a esa rigidez interpretativa de la norma. Y así lo ha entendido el propio Tribunal Supremo cuando en sentencias de 4-11-86 y 21-4-87 ha entendido derogado por inconstitucional el párrafo 3º del artículo 733 (referido a que los Tribunales podrán apreciar, sin necesidad de acudir a la “tesis”, circunstancias agravantes aunque la acusación no las haya apreciado) por entender que “dicho párrafo debe entenderse como no vigente toda vez que la libre apreciación por el Tribunal de circunstancias agravantes no invocas supone una contradicción con el artículo 24.1 de la Constitución, al propiciar situaciones de indefensión... El Tribunal no puede introducir elementos de cargo nuevos”.

Queda claro, una vez más, la plena vigencia y efectividad del principio acusatorio; éste queda formulado ó incorporado en el escrito de acusación (salvedad hecha de la teoría relativa al auto de procesamiento antes expuesta) y los hechos allí formulados por el órgano acusador vinculan plenamente al Tribunal; su facultad de proponer la “tesis” alcanza solo a la calificación jurídica realizada con manifiesto error, no a los hechos ni a criterios interpretativos, y en cualquier caso dicha facultad debe ser usada con moderación y con criterios restringidos derivados de su excepcionalidad y su configuración contra los intereses del reo.

Sin embargo la teoría aplicada a la práctica puede generar no pocos problemas y dudas; quizás uno de los ejemplos más típicos sea el que plantea los delitos de robo y receptación: Producido en la mañana del día 10 un robo de una cadena por el procedimiento del tirón, en la tarde del mismo día una persona vende la cadena robada en un establecimiento de compra-venta; en base a ello el Fiscal acusa como autor de un delito de robo con violencia al vendedor de la cadena y aporta como prueba el hecho mismo de la venta y la conexión temporal entre el hecho del robo y el hecho de la venta del objeto robado. El Tribunal, por contra, terminada la fase probatoria del juicio, entiende que no hay prueba suficiente para condenar al procesado como autor del robo, pero que sí la hay para condenarle por un delito de receptación, sin poder hacerlo al ser un delito más grave (prisión menor para el robo con violencia, prisión menor y

multa para la receptación). ¿Se puede en este caso plantear la “tesis”?

A nuestro juicio no. De un lado estamos ante la valoración de la prueba practicada que, como ya expusimos, vincula al Tribunal; de otro lado no hay “manifiesto error” en la calificación jurídica, pues la acusación relata unos hechos que se corresponden con la tipificación delictiva; y, finalmente, se produciría una indefensión del procesado al que se le acusa de un hecho, robar, y se le puede condenar por otro hecho, vender un objeto robado, hechos pues conexos pero no iguales, rompiendo así la identidad objetiva que configura el principio acusatorio tal y como señalan las sentencias ya citadas del Tribunal Constitucional de 29-10-86 y 10-12-86. Porque si la razón del principio acusatorio es conocer la acusación para poder oponer una defensa eficaz, y si al procesado se le acusa de dar un “tirón” en una determinada fecha y en un determinado lugar, defensa eficaz será buscar y presentar testigos que acrediten que ese día y a esa hora el acusado estaba en lugar distinto a aquél en donde se produjo el hecho. Y si a través de la “tesis”, formulada por el Tribunal una vez elevadas a definitivas las calificaciones provisionales de las partes y, por consiguiente, sin que se pueda ya proponer ni practicar prueba alguna, se cambian los hechos y por ende la calificación jurídica, el procesado se encontrará con que ahora de lo que tiene que defenderse es de no haber vendido un objeto robado ó de no saber la procedencia de dicho objeto, y tendrá que hacerlo, precisamente, en un momento procesal en el que ya no cabe practicar prueba.

Entendemos que en estricta legalidad habrá que absolver por falta de pruebas si así lo entiende el Tribunal, del delito de robo de que en concreto el procesado venía acusado sin perjuicio de la posible deducción de testimonio por el delito de receptación, sin que este supuesto pudiera hablarse de cosa juzgada por faltar esa identidad de hecho, la identidad objetiva a la que antes nos hemos referido.

Otro tema conflictivo es aquel en que la acusación lo hace por un solo hecho y un solo delito y el Tribunal entiende que hay más hechos constitutivos igualmente de delitos; así, acusado el procesado de un delito de imprudencia con vehículo de motor y resultado muerte, el Tribunal entiende que pueda existir, además, un delito de omisión del deber de socorro. Entendemos que tampoco aquí cabe la aplicación de la “tesis”, toda vez que estamos ante un hecho nuevo, entendiendo por nuevo en el sentido de que el procesado no ha sido informado de esa acusación hasta el último momento, y por tanto no puede oponer a ello ningún tipo de prueba que constituya una defensa mínimamente eficaz. De nuevo la deducción de testimonio de esa “hecho nuevo” aparece como la única solución eficaz.

Otro punto debatible en esta materia es el del momento procesal en

que la “tesis” es planteada, una vez elevadas a definitivas las calificaciones provisionales de las partes, punto al que ya antes hicimos referencia. Dice el párrafo último del artículo 733 que “si el Fiscal ó cualquiera de los defensores de las partes indicaran que no están suficientemente preparados para discutir la cuestión propuesta por el Presidente, se suspenderá la decisión hasta el siguiente día”, de esta forma el plazo de un día que se otorga a las partes si ellas lo piden es tan solo para preparar su informe, no para realizar ningún tipo de prueba puesto que el periodo probatorio ya ha sido concluído. Sin embargo, ello no puede considerarse como indefensión, pues si la “tesis” no puede abarcar ni afectar a los hechos y si el principio acusatorio consiste en que el acusado sea informado de los hechos en que se basa la acusación, esos hechos siguen ahí inmutables, la “tesis” solo se refiere al derecho, a la norma aplicable, y por tanto la defensa ha podido oponerse eficazmente a esos hechos independientemente de su calificación jurídica que es materia del informe final. De otro lado la tesis solo puede plantearse precisamente en ese momento procesal y únicamente en ese momento, pues es entonces cuando se han practicado ya todas las pruebas que configuran el hecho finalmente enjuiciable.

En resumen de lo dicho, ante el artículo 733 de la L.E. Criminal pueden plantearse cuatro cuestiones:

A) El Tribunal entiende que los hechos son distintos a los que propone la acusación y que su configuración penal constituye un delito más grave (supuesto de robo y receptación antes señalado): Entendemos que el Tribunal debe absolver de los hechos que han sido estricto sensu objeto del juicio y, en su caso, ordenar deducir testimonio de los “otros” hechos.

B) El Tribunal entiende que además de los hechos que propone la acusación, hay otros hechos igualmente constitutivos de delito (supuesto de la imprudencia y la omisión del deber de socorro): El Tribunal podrá condenar por los hechos que se han enjuiciado y deducir testimonio de los otros hechos que en sí no han sido objeto de juicio por falta de acusación prima facie sobre ellos.

C) Fijados los hechos y aceptados por el Tribunal, éste configura una interpretación jurídica de los mismos distinta a la que ofrece la acusación (robo con violencia o falta de hurto): No cabe plantear la tesis por quedar vinculado el Tribunal a lo que es una interpretación, no un error.

D) Fijados los hechos y aceptados por el Tribunal, la acusación incurre en un manifiesto error en su calificación jurídica (se dice que entró por una ventana y se llevó un video y se califica de hurto): Unico supuesto en el que cabe la aplicación del artículo 733.

Cierto que todo ello puede suponer, y de hecho supone, una limita-

ción a Jueces y Tribunales que a veces puede parecer excesiva; piénsese en aquel supuesto en que la acusación califica de falta de lesiones y el Tribunal piensa que es homicidio frustrado (herida por navaja en el estómago que cura a los 10 días tras operación quirúrgica); los hechos están aceptados y lo que varía es la interpretación jurídica de los mismos o la valoración de la intención del atacante (*ánimus necanni* o *laendendi*) que es en definitiva una valoración de la prueba y, por ende, vinculado el Tribunal a la tesis de la acusación. Pero aunque ello pueda parecer un exceso, ya quedan expuestas todas las razones en favor de esa limitación al Poder Judicial; si a los jueces les corresponde la doble tarea de instruir y decidir (a veces unidas en una simbiosis no demasiado acertada), es la acusación el único tamiz a su potestad, esa es su función y su responsabilidad y, de alguna forma, su razón de ser.

No se pueden terminar estas líneas sin hacer una alusión a la modificación de conclusiones en la labor de la acusación. Efectivamente, terminada toda la fase probatoria, a las partes se les ofrece la posibilidad de modificar las conclusiones provisionales para elevarlas a definitivas, y es en ese momento cuando la acusación puede variar también los hechos. El ejemplo de robo-receptación antes expuesto es plenamente válido para los que ahora tratamos y buena parte de lo dicho hasta ahora al hablar de la "tesis" es plenamente aplicable a la modificación de conclusiones cuando de variar los hechos se trata, pues también aquí el procesado ve como en el último momento y cuando ya no cabe practicar ninguna prueba, le son cambiados los hechos de la acusación.

Si de un lado es cierto que sólo tras el plenario, con la práctica real de la prueba, se pueden determinar los hechos, no es menos cierto que quien se defiende lo hace en orden a unos hechos que no por provisionales dejan de ser la base fáctica sobre la que defenderse. Este conflicto de intereses, la acusación fija definitivamente los hechos concluso el periodo probatorio (no podrá hacerlo antes), la defensa tiene que saber de qué exactamente tiene que defenderse y no puede basar su defensa en las múltiples suposiciones de lo que la acusación puede pensar una vez practicada la prueba, tiene difícil solución con nuestra actual legislación; quizás de lege ferenda una solución sería que cuando la acusación modifique sus conclusiones en el sentido de variar sustancialmente los hechos, se otorgase a instancia de parte un mínimo plazo de ampliación del periodo probatorio para que la defensa, a la vista del cambio de hechos, pudiese planear una nueva estrategia que le permitiera una defensa eficaz.

A lo largo de todo lo escrito quizá una frase haya sido la más repetida: "Defensa Eficaz". Y la repetición ha sido consciente. Al principio dijimos lo que ahora nos sirve para concluir: Cuando en un Estado de Derecho un ciudadano se ve privado de derechos tan fundamentales como el

de la libertad, debe serlo con todo tipo de garantías que impidan una condena arbitraria y que eviten convertir el legítimo derecho punitivo del Estado en una venganza o en un acto represivo del más poderoso por el mero hecho de serlo. Sólo quien ha podido tener una defensa eficaz puede ser legítimamente condenado, y en ello juega y debe jugar un papel destacado el principio acusatorio.