



IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas
de Puebla A.C.

ISSN: 1870-2147

revista.ius@hotmail.com

Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A. C.
México

Mendoza Díaz, Juan

LA CORRELACIÓN ENTRE LA ACUSACIÓN Y LA SENTENCIA. UNA VISIÓN AMERICANA

IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C., núm. 24, 2009, pp. 149-171

Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A. C.

Puebla, México

LA CORRELACIÓN ENTRE LA ACUSACIÓN Y LA SENTENCIA. UNA VISIÓN AMERICANA

THE CONNECTION BETWEEN THE ACCUSATION AND THE SENTENCE FROM AN AMERICAN POINT OF VIEW

Juan Mendoza Díaz*

RESUMEN

Se abordan los diferentes tratamientos ofrecidos por los más recientes códigos procesales del hemisferio sobre el controvertido tema de la correlación entre la acusación y la sentencia en el proceso penal, no sin antes brindar una panorámica sobre las posiciones que existen en relación con esta materia y las soluciones concretas que se pueden brindar, así como sobre el tratamiento ofrecido en la ley de procedimiento cubana, haciendo especial énfasis en la tesis de desvinculación, sus principales modificaciones en el proceso penal cubano y su comportamiento en la normativa procesal americana. Por último, se analiza lo relativo a la retirada de la acusación por el Ministerio Fiscal, la diferencia que existe entre ésta y la solicitud de absolución.

PALABRAS CLAVE: *Proceso penal, objeto del proceso, correlación, congruencia, acusación, sentencia, calificación penal, pena, Ministerio Fiscal, retirada de la acusación*

ABSTRACT

It covers the various treatments offered by the latest Procedural Codes of the hemisphere on the controversial topic of the connection between the prosecution and sentencing in criminal proceedings, not before providing an overview of the positions that exist in relation to this subject matter and the specific solutions that can be provided, as well as on the treatment offered in the Cuban procedural law, with particular emphasis on decoupling thesis, the main changes in the Cuban penal process and behaviour in American procedural law. Finally, it discusses on the withdrawal of the indictment by the prosecution, the difference between this and the request for absolution.

KEY WORDS: *Criminal procedure, object of the process, correlation, congruence, indictment, sentence, criminal category, sorrow, prosecutor, withdrawal of charge*

* Profesor titular de la Universidad de La Habana y presidente de la Sociedad Científica de Derecho Procesal en Cuba.
Recibido: 7.08.2009. Aceptado: 25.10.2009.

SUMARIO

1. A manera de introducción
2. La determinación de objeto del proceso penal
3. El problema concreto de la correlación
4. Soluciones concretas en cuanto a la congruencia
 - A) Los hechos
 - B) La correlación en cuanto a la calificación y la pena
 - C) Los cambios de la tesis de desvinculación en el proceso penal cubano
5. ¿Puede el fiscal retirar la acusación?

1. A manera de introducción

La correlación entre la acusación y la sentencia ocupa desde hace años la atención de diversos autores, por constituir uno de los puntos más debatidos por la doctrina y la jurisprudencia de los países con procedimientos penales de corte acusatorio.¹ Los puntos de vista son muy divergentes, e incluso las posiciones que se identifican, presentan diversidad de matices diferenciadores.

En España, donde la norma sobre la que se apoya el debate es la vetusta Ley de Enjuiciamiento Criminal, de 14 de septiembre de 1882; a pesar y como consecuencia de las modificaciones introducidas, aún el tema ocupa la atención de un segmento importante de la doctrina de ese país.²

En América Latina este tema reviste una singular importancia, de cara a los sustanciales cambios que se han producido en el ordenamiento procesal penal de una gran cantidad de los países del continente, en aras de introducir la fórmula acusatoria de enjuiciamiento, dentro de la cual se inscribe justamente este correlato entre el contenido de la imputación y la decisión jurisdiccional.

La generalizada reforma procesal ocurrida en nuestro continente introdujo un debate, que no tenía precedentes en una gran cantidad de países, como consecuencia de la existencia de procesos penales de corte inquisitivo. Como derivación del principio acusatorio, la prohibición de indefensión y el derecho a un proceso con todas las garantías, se revive un conflicto de vieja data en el continente europeo.

Ahora bien, tanto del otro lado de océano como en esta parte del mundo, la complicación fundamental se presenta en el campo de la práctica jurisdiccional,

¹ En palabras de Teresa ARMENTA, es "uno de los aspectos procesales más discutidos en los últimos tiempos". ARMENTA DEU, Teresa, *Lecciones de derecho procesal penal*, Segunda edición, Marcial Pons, Barcelona, 2004, p. 305

² Para una visión del estado de la doctrina española sobre este tema puede verse CUCARELLA GALIANA, Luis-Andrés, *La correlación de la sentencia con la acusación y la defensa*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2003.

pues la fórmula normativa de la correlación, como dijera MAIER, que “pareciera tan sencilla de aplicar, mediante un simple procedimiento de comparación de la acusación... con el fallo”, se torna sumamente compleja y polémica en su aplicación concreta.³

No pretendo introducirme en el debate conceptual sobre el tema, pues considero que suficiente tinta se ha vertido sobre los aspectos doctrinales del problema; sólo aspiro realizar algunas consideraciones que permitan adentrarnos en lo que constituye mi objetivo específico, que es repasar el tratamiento que le dan al tema los códigos procesales más recientes del hemisferio.

Es necesario recordar que los finales del pasado siglo y los albores del presente marcan un hito en el proceso penal en América Latina, con el comienzo de una reforma en casada que abarca una panoplia de países del hemisferio, caracterizada por la introducción, a la mayor escala posible, de los principios que informan el sistema acusatorio.⁴

Determinar lo que constituye el objeto del proceso en el debate penal, es un elemento sustancial para poder comprender las diferentes posiciones doctrinales que se adoptan sobre este tema.

2. La determinación de objeto del proceso penal

El término *objeto del proceso penal* se utiliza tanto por la doctrina alemana, italiana y española, para definir aquellos elementos fácticos que determinan la extensión de la investigación y la cognición judicial,⁵ categoría que se derivó posteriormente a la doctrina americana.⁶

Cuando se habla de elementos fácticos o hechos, como integrantes del objeto del proceso penal, hay que entender lo que se denomina como *hecho histórico*, que no es otra cosa que aquel supuesto de acontecimientos del mundo real, que la acusación abarcó en el pliego acusatorio, por considerar que fue lo que sucedió en la realidad.

Integran este hecho histórico tanto aspectos objetivos, relativos a la ocurren-

³ MAIER, Julio, *Derecho procesal penal argentino*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1989, p. 336.

⁴ MENDOZA DÍAZ, J., “Algunos aspectos polémicos asociados a la reforma procesal penal en América Latina”, en *Problemas actuales del proceso iberoamericano*, xx Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, t. II, CEDMA, Málaga, 2006, p. 279. Sin pretensiones de alcanzar una sistematización exacta, es posible señalar reformas procesales penales en pos del acusatorio en: Argentina (1991), Guatemala (1992), El Salvador (1998), Venezuela (1998), Costa Rica (1998), Paraguay (1998), Chile (2000), Ecuador (2000), Nicaragua (2001), República Dominicana (2002), Colombia (2004) y Perú (2004).

⁵ GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis, con Juan MONTERO AROCA, Alberto MONTÓN REDONDO y Silvia BARONA VILAR, *Derecho jurisdiccional III, Proceso penal*, Tirant lo Blanch, 12 edición, Valencia, 2004, p. 98.

⁶ MAIER, Julio, *Derecho procesal penal argentino*, t. I, Volumen b, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1989, p. 338.

cia de una historia verídica, como aspectos subjetivos, referentes a la individualización de la persona que lo protagonizó.

El resto de las cuestiones que conforman el escrito acusatorio, servirán para propiciar el debate penal, pero no integran el objeto del proceso. Quedan fuera por tanto de esta estricta consideración, la calificación penal del hecho, las circunstancias que puedan modificar la responsabilidad, así como la pena que se interesa.

A diferencia del proceso civil, en que las partes operan bajo el imperio del principio dispositivo y pueden brindar al Tribunal una narración de hechos *ad libitum*, en el proceso penal, bajo el imperio del principio de oficialidad, es el Ministerio Fiscal quien tiene la responsabilidad de su conformación, para lo cual debe ajustar su actuación a los principios de legalidad e imparcialidad. De esto se deriva, en primer lugar, la obligatoriedad de perseguir todo hecho que revista características típicas y, en segundo lugar, acopiar en su investigación todos los elementos concurrentes, tanto los que servirán para formular la acusación, como aquellos que benefician la situación procesal del imputado. Toda vez que en el campo penal, como resultado de la herencia del sistema inquisitivo, que se consagró en el pacto histórico fundacional del sistema mixto de enjuiciamiento, la búsqueda de la verdad histórica se convierte en meta directa del procedimiento penal, sobre cuya base debe fundarse la decisión.⁷

El hecho histórico plasmado en el pliego acusatorio es el pivote sobre el que gira todo el debate contradictorio que tiene lugar en el juicio oral, sin que existan posibilidades de que pueda ser modificado una vez concluido el enjuiciamiento. Esta razón es la que motiva la existencia de un control jurisdiccional en la admisión de la solicitud que realiza el Ministerio Fiscal cuando ejercita la acción penal. Este control, que es visto en ocasiones como un resabio inquisitivo, garantiza que el órgano jurisdiccional permita que sólo entre a la fase del juicio oral, un hecho cuya conformación responda a las exigencias de relevancia jurídica que impone la tipicidad penal.

En nuestro derecho esta facultad de control jurisdiccional está consagrada en el artículo 263 de la Ley de Procedimiento Penal, que posibilita que una vez presentado por el fiscal el expediente pidiendo la apertura a juicio oral, el Tribunal pueda devolverlo, si aprecia determinadas deficiencias, entre ellas, una incorrecta conformación del hecho, por no ajustarse al resultado de lo investigado o por omitir algún elemento o circunstancia que afecta la calificación interesada.⁸

⁷ MAIER, Julio, *Op. cit.*; p. 213.

⁸ Artículo 263. Presentado el expediente por el fiscal solicitando la apertura a juicio oral, el Tribunal se lo devuelve si observa que:

1. Se ha quebrantado en la tramitación de la fase preparatoria alguna de las formalidades del procedimiento;

Este interés por que el hecho imputado entre a la fase del enjuiciamiento lo más depurado posible, obedece a la imposibilidad posterior de su modificación; pero la facultad de depuración en manos del propio órgano que se encargará del juzgamiento, pone en entredicho la imparcialidad del Tribunal, que se ve envuelto en un análisis apriorístico del contenido del expediente sumarial.

El tema de separar al órgano jurisdiccional encargado de la admisión de la acusación, del que tendrá a su cargo el juzgamiento es de vieja data. En los albores fundacionales del proceso mixto de enjuiciamiento, la Ley Procesal Penal de la Revolución francesa, de 1791, que puso fin a cinco siglos de inquisición, concibió una fase intermedia entre la investigativa y la del juicio oral, a cargo de un *jurado de acusación*, cuya responsabilidad era decidir acerca de la admisibilidad de la acusación para provocar el juicio oral o clausurar la persecución penal.⁹

Este tema recibe un tratamiento diverso en la normativa procesal actual de los países americanos, donde es posible destacar la fórmula de los códigos procesales de Ecuador, Chile, República Dominicana y Perú, por sólo citar algunos de los más recientes. En estos países se concibe la realización de una *audiencia preliminar* –Ecuador (art. 227), R. Dominicana (art. 298) y Perú (art. 351)–, o *audiencia preparatoria del juicio oral* –Chile (art. 260)–, actividad que está a cargo de jueces distintos a los del juzgamiento, que en todos los casos es el que vela por la protección de los derechos fundamentales durante la investigación sumarial: Ecuador (juez penal), Chile (juez de garantía), R. Dominicana (juez de la instrucción) y Perú (juez de la investigación preparatoria).

3. El problema concreto de la correlación

Al momento de precisar el alcance de la correlación acusación-sentencia se presentan serios problemas de aplicación, pues concurren varios principios fundamentales del proceso penal, que requieren de un adecuado balance de fuerzas; de una parte está la vigencia del acusatorio, con la presencia de un tribunal equidistante de las partes, que esté separado de la acusación y al mismo tiempo debe lograrse un enjuiciamiento con todas las garantías y sin que se produzca indefensión, para lo cual hay que garantizar una satisfactoria bilateralidad, con plena contradicción.

2. es necesario ampliar las investigaciones previas;

3. los hechos narrados en las conclusiones provisionales no se corresponden con los investigados en el expediente;

4. en el hecho imputado se ha omitido algún elemento o circunstancia que, sin alterarlo fundamentalmente, pudiera afectar la calificación del delito; o se ha incurrido en error en cuanto a ésta, en el grado de participación del acusado o en la concurrencia de circunstancias agravantes de la responsabilidad penal.

⁹ MAIER, Julio, *Op. cit.*; p. 117.

Existe un criterio preponderante en la doctrina de que la exigida congruencia sólo debe darse con el objeto del proceso, definido ya como los hechos que conforman la acusación y no así con el resto de los aspectos que integran el pliego acusatorio, como la fundamentación jurídica o título de la pena y la sanción concreta que se interesa, pues en el proceso penal impera el principio *iura novit curia*, que condiciona que el Tribunal no deba hacer depender su calificación de lo planteado por el fiscal, sino que está sujeto al apego a la norma, según su propio criterio de tipificación. Este principio, que tiene vigencia en toda la actividad jurisdiccional, incluida la administración de justicia civil, en que los intereses en disputa son disponibles, adquiere en el proceso penal una mayor relevancia, pues el derecho aplicable es totalmente indisponible, lo que hace que algunos autores insistan de tal manera en la preponderancia de este brocardo en el proceso penal que sostienen que hipotéticamente es admisible que en un juicio el fiscal impute un hecho sin necesidad de plantear la calificación jurídica del mismo, pues el hecho es el que constituye el verdadero fundamento objetivo de la imputación.¹⁰

Esta posición de subordinación exclusiva al hecho controvertido y absoluta libertad en cuanto a la calificación, tiene su asiento en el principio acusatorio. Pero el problema se torna complejo cuando el Tribunal, en virtud de este proceder puede sorprender al imputado en su sentencia con una calificación distinta a la que había sido objeto de la imputación del fiscal. Se presenta entonces como un elemento de conflicto la vigencia del principio de contradicción y la prohibición de indefensión, que obligan a que no se pueda arribar a una conclusión condenatoria, sin antes haber sometido a debate todos los aspectos contenidos en la acusación.¹¹

La solución que la normativa española originaria dio a este problema y que heredamos los cubanos en nuestra actual Ley de Procedimiento Penal, es la conocida *tesis de desvinculación*, mediante la cual el Tribunal está en la obligación de alertar al imputado sobre los cambios que se puedan presentar en cuanto a la calificación del delito, la apreciación de nuevas circunstancias y el incremento de la pena. A pesar del tiempo transcurrido, este tema es aún muy polémico, pues un sector de la doctrina considera que el uso de la tesis de desvinculación, si bien tributa al contradictorio y a evitar la indefensión, es una violación del principio acusatorio y es visto como un acto típicamente inquisitivo.¹²

¹⁰ MONTERO AROCA, Juan, *Principios del proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 120 y 128.

¹¹ ARMENTA DEU, Teresa, "La reforma del proceso penal: Principios irrenunciables y opciones de política criminal", en *Revista del Poder Judicial*, No. 58, Segundo trimestre de 2000, versión digital, s/p.

¹² GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis *et al*, *Op. cit.*, p. 281.

4. Soluciones concretas en cuanto a la congruencia

A) Los hechos

Como ya expusimos, los hechos constituyen el componente *subjetivo-objetivo* del objeto del proceso y es el único aspecto de la acusación que compromete preceptivamente la decisión del Tribunal, pero es el caso de que en el enjuiciamiento que tiene lugar en el acto del juicio oral, se pueden producir algunas modificaciones en la apreciación del hecho histórico, que obligan a la doctrina y la jurisprudencia a determinar si el plasmar estas mutaciones en la sentencia contradicen o no la inmutabilidad del objeto del proceso.

De cara a este compromiso correlativo que se exige con el objeto del proceso, la doctrina perfiló dos teorías fundamentales para determinar las características que deben revestir los hechos que narra el Tribunal en su sentencia, para respetar la congruencia: la teoría naturalista y la teoría normativa.

Bajo el influjo de los derroteros de pensamiento alemán e italiano, GÓMEZ ORBANEJA¹³ marcó un hito esencial para la doctrina española sobre este particular, que fue seguido posteriormente por la generalidad de los autores de ese país. De la mano del maestro español es posible señalar que la teoría naturalista postula que para determinar si existe identidad en el objeto del proceso entre la acusación y la sentencia, hay que prescindir de las consecuencias jurídicas del hecho y sólo tener en cuenta el acaecimiento, visto como un “trozo de la vida”, tomado en su integridad, como acontecimiento puramente natural. Según esta teoría lo que determina la unidad e integridad del hecho objeto del proceso es la identidad del imputado, unido a las condicionantes de tiempo y lugar de ocurrencia del hecho. Refería GÓMEZ ORBANEJA que ese “trozo de la vida” del procesado, es lo que hizo ese día, en ese lugar, desde tal hora a tal otra, apreciado desde una doble determinación espacial y temporal. Si la sentencia respeta estos aspectos esenciales, hay identidad entre el hecho procesal recogido en la sentencia y el hecho de la vida que sirvió de fundamento a la imputación.

Para esta concepción la equivalencia está dada en que se logre una identidad entre el “hecho procesal” y el “acaecer histórico” o “trozo de la vida” del imputado. El objeto individualizador de la acción penal no es un “tipo” o figura delictiva, “puesto que es posible pasar de un tipo a otro sin romper la identidad del hecho”.

¹³ GÓMEZ ORBANEJA, Emilio, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, t. II, Volumen I, Bosch, Barcelona, 1951, pp. 296-307.

Nos llama la atención el gran procesalista español que el problema queda abandonado a la práctica, para que ella determine en cada caso, según las circunstancias concretas, qué es lo que entra y qué es lo que excede de esa unidad natural o histórica de que se hace base la identificación.

Esta teoría recibió múltiples críticas, pero tal vez la más contundente está relacionada con lo que referimos anteriormente, relativo al control jurisdiccional que realiza el Tribunal para disponer la apertura a juicio oral, con facultades devolutivas, donde se pone de manifiesto que en el ámbito procesal no puede prescindirse de la valoración jurídica para decidir sobre el juzgamiento y para la concreción de cuál sea su objeto.

El carácter de tipicidad que exige el derecho penal para la persecución de la conducta humana, que debe ser valorado por el tribunal para dictar el auto de apertura a juicio oral, evidencia que no es posible desvincular los hechos jurídicamente relevantes de la mirada, perspectiva o punto de vista que, necesariamente, aporta el derecho penal.¹⁴

La otra gran teoría es la normativa; sobre ella nos señala GÓMEZ ORBANEJA, que fue BELING el primero que sostuvo de que sin ayuda de las normas del derecho penal sustantivo no puede ser resuelto el problema procesal de la unidad o pluralidad del hecho, en la correlación acusación-sentencia.

Según esta teoría sólo calando en los postulados de la norma sustantiva es que se puede saber si un complejo de hechos constituye o no una unidad. Se parte de la consideración de que el derecho forma su propio concepto del hecho de acuerdo a sus necesidades peculiares, de tal manera que puede considerarse que estamos en presencia de un mismo hecho y no hay alteración cuando existe al menos identidad parcial de los *actos de ejecución concretos*. El hecho es procesalmente idéntico cuando la porción de actividad que corresponde a los *actos de ejecución típicos* del delito planteados por la acusación, se recogen en la sentencia.

Otra derivación de la teoría normativa postula que se logra respetar la identidad del hecho siempre y cuando la conducta descrita en la acusación y la recogida en la sentencia ataquen el mismo bien jurídico, pues lo que permite dotar de unidad o identidad a los hechos procesalmente relevantes es el bien jurídico lesionado con las conductas enjuiciadas.

La conclusión que nos legó el gran maestro español es que existe identidad y por tanto correlación entre la acusación y la sentencia, en lo que al hecho respecta, siempre y cuando “exista identidad al menos parcial de los actos de ejecución típicos o cuando, aún sin darse tal identidad, sea el mismo objeto material del delito”.

¹⁴ CUCARELLA GALIANA, Luis-Andrés, *Op. cit.*

Como derivación de este desarrollo doctrinal se comenzó a hablar de la *homogeneidad* entre los hechos introducidos en la acusación y los recogidos en la sentencia, como requisito para admitir que existe congruencia, criterio que tiene numerosos defensores actualmente en la doctrina y la jurisprudencia española y que dio pie a lo que se denomina *teoría del objeto normativo*.¹⁵

Según esta concepción doctrinal existe unidad entre los hechos alegados y los que se dan como probados, siempre que exista homogeneidad desde el punto de vista de la *unidad jurídico penal*, aunque esos hechos, desde el punto de vista penal, puedan calificarse como delitos distintos que protejan bienes jurídicos diferentes.

La homogeneidad exigida es en cuanto a los hechos, no al delito imputado, sólo que vistos los hechos no desde una perspectiva estrictamente matemática, como lo hacía la teoría naturalista, sino analizados desde una cierta perspectiva jurídica.¹⁶ Este criterio doctrinal es el que más calado tiene en la doctrina y la jurisprudencia actual.

Esta homogeneidad puede ser tanto *ascendente* como *descendente*. Lo ascendente o descendente no se trata de adicionar o suprimir hechos solamente, sino hechos que tienen una trascendencia jurídico penal. Lo de ascendente y descendente está asociado a que la inclusión implique una disminución o agravación de la imputación.

Se considera que existe *homogeneidad descendente* cuando el Tribunal, como resultado de la prueba practicada en el juicio oral, elimina del relato fáctico datos o elementos objetivos con trascendencia penal, que estima que no se probaron, sin que pueda considerarse por ello que se ha alterado el objeto procesal, siempre y cuando esta eliminación no suprima los elementos del tipo sobre el que se basó la acusación.¹⁷

Se habla de *homogeneidad ascendente* cuando el Tribunal, como resultado de la prueba y sin que se haya realizado ningún tipo de suplemento investigativo, adiciona datos o elementos objetivos a la plataforma fáctica formulada por el fiscal. Estas adiciones permiten que el juez pueda pasar a una unidad jurídica superior de la que fue imputada y a diferencia de lo que ocurre en la homogeneidad descendente, en este caso la adición produce por lo general un aumento del tipo penal imputado y ello obliga al Tribunal al uso de la fórmula de desvinculación.¹⁸

¹⁵ CUCARELLA GALIANA, Luis-Andrés, *Op. cit.*, pp. 129-130 y 152.

¹⁶ *Ibid.*, p. 150.

¹⁷ *Ibid.*, p. 152.

¹⁸ *Ibid.*, p. 153.

El uso de la fórmula ritual de la alerta cuando el Tribunal pretende incorporar algún elemento de hecho que no fue originariamente planteado por la acusación, se introdujo en nuestro derecho desde la Ley de Procedimiento Penal de 1973.

La formulación del mencionado artículo (350.1): “Si en el hecho justificable *se ha omitido incluir* alguno de los *elementos no esenciales* siguientes...”, llama la atención sobre dos aspectos; en primer lugar que sólo está obligado el tribunal a hacer uso de la alerta cuando pretende incorporar nuevos hechos surgidos como resultado de la práctica de las pruebas y no para excluir del relato aquellos que considere que merecen ser extraídos; y en segundo lugar lo relativo a la *esencialidad* del hecho que puede ser incorporado.

La formulación de nuestra ley pretende contribuir a buscar solución a los problemas apuntados anteriormente por la doctrina española, lo que hace más coherente en nuestro medio el uso de la tesis de desvinculación.

Según la normativa española, el Tribunal sólo debe hacer uso de la tesis cuando pretende sancionar por un delito más grave, de tal suerte que en virtud de los criterios de *homogeneidad* antes reseñados, puede introducir determinadas alteraciones en el hecho originalmente imputado, sin necesidad de someter los nuevos aspectos a la contradicción. En nuestro derecho esta posibilidad no es posible, pues para que el Tribunal pueda introducir algún elemento en el relato fáctico, que tenga trascendencia en la calificación del delito, debe previamente alertar a las partes y brindarles la posibilidad del contradictorio.

El otro elemento de análisis es el relativo a la esencialidad o no de los hechos que se pretende incorporar, aspecto sobre el que más ha dirigido su mira la jurisprudencia cubana.

A pesar de que la norma cubana no lo expresa claramente, queda en evidencia que el interés del Tribunal por modificar el hecho originalmente imputado, para incorporar nuevos elementos, sólo tiene sentido cuando pretende agravar el contenido de la acusación. Esta conclusión se deriva de la interpretación del artículo 357, donde se plasma específicamente el alcance de la correlación acusación-sentencia y los aspectos que pueden ser alterados por el Tribunal, previo uso de la fórmula, y no se hace mención a la incorporación de los nuevos elementos de hecho, de lo que se deduce que sólo tiene interés esta alteración cuando implica un agravamiento de la imputación. Sobre este artículo volveremos más adelante.

En los recientes códigos procesales de América Latina el tratamiento que se brinda al tema de la identidad de los hechos es bastante similar, lo que se corresponde con la relativa identidad que se observa en el manejo de muchas

de las instituciones procesales, como causa del origen y desarrollo común que caracteriza a este movimiento de reforma.

Los códigos de Guatemala (art. 388), Costa Rica (art. 365), El Salvador (art. 359), Paraguay (art. 400), República Dominicana (art. 336) y Perú (art. 397), dan al tema una formulación idéntica: *La sentencia no podrá dar por acreditados otros hechos u otras circunstancias que los descritos en la acusación y en el auto de apertura del juicio o, en su caso, en la ampliación de la acusación, salvo cuando favorezca al acusado.*

Se prohíbe la alteración del hecho en agravación, pero se permite que el Tribunal pueda modificar el relato fáctico, siempre que beneficie la posición del acusado. El alcance de esta norma tiene diversas derivaciones, que serán desarrolladas por la jurisprudencia de cada país, de cara a precisar el alcance de lo que debe entenderse por *favorecer al acusado*. En Cuba cierta jurisprudencia defiende la libertad del Tribunal para sancionar por un delito de menor gravedad que el imputado por el fiscal, sin tener que modificar la base de la acusación, lo cual ha sido objeto de crítica por algunos autores,¹⁹ sobre la lógica de que si la nueva calificación que hace el Tribunal, aun en beneficio del imputado, cambia sustancialmente la esencia del relato fáctico, se produce una alteración del objeto del proceso y se provoca indefensión.

El resto de los otros códigos procesales americanos referenciados, de la mano del Código Modelo, ajustan la congruencia fáctica a la identidad entre el hecho imputado y el que es recogido en la sentencia.²⁰

b) La correlación en cuanto a la calificación y la pena

A pesar de la complejidad puesta de manifiesto sobre la congruencia de los hechos, los aspectos relativos a la posición del Tribunal respecto al título de la pena y la sanción, revisten a nuestro juicio mayor complicación interpretativa.

Como dejamos sentado en la parte introductoria de este análisis, el tributo al principio acusatorio obliga al Tribunal a respetar solamente el hecho imputado y tiene libertad para calificar por el delito que considere adecuado e imponer la pena que estime le corresponda. Esta libertad se deriva del carácter no disponible de la norma sustantiva penal, que hace que el Tribunal no deba

¹⁹ RIVERO GARCÍA, Danilo y Pedro PÉREZ PÉREZ, *El juicio oral*, Ediciones ONBC, La Habana, 2002, p. 52. A partir de un supuesto práctico de una persona acusada de robo con fuerza que resulta sancionada por receptación, sostienen estos autores que esta nueva calificación, indudablemente más beneficiosa para el imputado, no le es permisible al Tribunal, pues con ello altera el contenido fáctico de la imputación.

²⁰ Artículo 322, Sentencia y acusación. La sentencia de condena no podrá sobrepasar el hecho y las circunstancias descritas en la acusación y en el auto de apertura del juicio o, en su caso, en la ampliación de la acusación. Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica.

dependen preceptivamente del criterio de calificación del fiscal y tenga la libertad para apreciar la norma de derecho aplicable.

La libertad del Tribunal para calificar los hechos probados según su propio criterio jurídico pasa por dos posiciones conceptuales encontradas: i) sancionar por el delito que considera adecuado e imponer la pena que corresponda sin necesidad de adelantar en el acto del juicio oral su criterio o, ii) estar en la obligación de alertar a las partes sobre la posible alteración en la calificación y la pena, como requisito indispensable de congruencia de la sentencia.

Sobre lo ambivalente que se presenta el enfoque de este tema bajo la mira del principio acusatorio, alerta el profesor GÓMEZ COLOMER, que si bien un sector de la doctrina considera que el uso de la tesis de desvinculación es una excepción al principio acusatorio y debe ser visto como un acto inquisitivo, la doctrina más solvente entiende que no ocurre tal vulneración, pues el compromiso del Tribunal es con el hecho justiciable, el cual en ningún caso puede ser modificado.²¹

Las posiciones doctrinales en uno u otro sentido invocan siempre el respeto al principio acusatorio, ligado al de contradicción, en pos de evitar indefensión. Nos llama la atención con acierto Teresa ARMENTA, sobre la confusión que ordinariamente se presenta y la necesidad de individualizar el alcance de estos principios, que aunque íntimamente ligados e interrelacionados, tiene cada uno su ámbito de aplicación. Mientras el principio acusatorio se refiere a la posición del tribunal con relación al objeto del proceso y su disponibilidad, el de contradicción se relaciona con la necesidad de la contienda entre partes, de tal suerte que no puede sorprenderse al imputado con una modificación que pueda colocarlo en estado de indefensión.²²

No obstante la acertada alerta de la profesora de Girona, la fusión o complementariedad del principio de contradicción con el acusatorio está presente profusamente en la doctrina y la jurisprudencia de ese país, y así se manifiesta en pronunciamientos del Tribunal Constitucional español: "... el principio acusatorio admite y presupone el derecho de defensa del imputado y, consecuentemente, la posibilidad de contestación o rechazo de la acusación, como aplicación al proceso penal del principio de contradicción".²³

Si bien la normativa española actual mantiene la tesis de desvinculación en los mismos términos en que fue concebida originariamente, los autores de ese país llaman la atención sobre los cambios que se introdujeron en su

²¹ GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis *et al*, *Op. cit.*, p. 281.

²² ARMENTA DEU, Teresa, *Lecciones de derecho procesal penal*, *Op. cit.*, p. 305.

²³ Citado por PALOMARES GUERRERO, Salvador, *El principio acusatorio*, Aranzadi, Navarra, 2005, p. 61.

interpretación, como consecuencia de la Constitución de 1978; en tal sentido en la actualidad el Tribunal sólo puede sancionar por delito más grave que el originalmente imputado si, utilizada la tesis de desvinculación, el Ministerio Fiscal o cualquier otro acusador lo acepta y hace suya; en caso contrario no puede el Tribunal sancionar por un delito más grave, pues se considera que se convertiría en juez y parte.²⁴

Para nuestro derecho el origen de la tesis está en el artículo 733 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española, que rigió en Cuba hasta el año 1973 y cuyo fundamento quedó claramente reseñado en la “Exposición de motivos” de aquella ley. En ese magnífico texto se dejó sentado que el legislador estuvo en la disyuntiva de seguir el modelo trazado por las más modernas leyes procesales europeas de la época, en las cuales el Tribunal, con la única sujeción al hecho controvertido, no estaba obligado con la calificación hecha por la fiscalía y en tal sentido tenía absoluta libertad para adoptar la calificación que estimase oportuna, sin tener que someter su criterio a la contradicción de las partes. No obstante, el legislador tomó partido por introducir la fórmula de la alerta, como requisito de desvinculación, a pesar de que estimó que la misma se aparta, aunque no “altera en rigor la virtualidad del principio acusatorio”.

Nuestro proceso penal mantiene la tesis de desvinculación, como presupuesto indispensable para que el Tribunal pueda agravar los términos de la acusación, sólo que la formulación actual de nuestra ley es el resultado de un largo proceso de mutación.

Los cambios de la tesis de desvinculación en el proceso penal cubano

La fórmula originaria de la tesis de desvinculación de la LE Crim española que se hizo extensiva a Cuba (art. 733), permitía que el Tribunal pudiera corregir los errores cometidos por el fiscal en la calificación del hecho, pero limitaba esta facultad a dos situaciones bien concretas: i) error en la calificación del delito y ii) para apreciar una circunstancia eximente de la responsabilidad penal no alegada.²⁵

²⁴ GÓMEZ COLOMER considera que este criterio jurisprudencial que prevalece actualmente en España es una interpretación dogmáticamente incorrecta del principio acusatorio, y nada tiene que ver con él, porque lo verdaderamente importante es que no se alteren los hechos esenciales, de tal suerte que aceptando éstos, el Tribunal es el único autorizado legalmente para calificarlos, por imperio de los principios de legalidad e *iura novit curia* y hace la comparación con la legislación alemana, en donde el Tribunal tiene la facultad de calificar por el delito que considere, sin tener que sujetarse preceptivamente a lo planteado por el fiscal. GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis, *Op. cit.*, pp. 281-282.

²⁵ Ley de Enjuiciamiento Criminal para las Islas de Cuba y Puerto Rico, Imprenta y Papelera de J. Fernández y Comp., La Habana, 1888.

El artículo 912.3 ayudaba a la interpretación del alcance del 733, al recoger como motivo de casación por quebrantamiento de forma el sancionar por un delito más grave que el que fue objeto de la acusación, sin hacer uso de la tesis de desvinculación. Con esto quedaba claro que el error en la calificación que motivaba el uso de la fórmula, es el que implica una agravación del título de la pena y no cuando se sanciona por un delito menor.

Según esta formulación, no era necesario que el Tribunal usara la tesis de desvinculación para apreciar circunstancias atenuantes o agravantes de la responsabilidad, ni tampoco en cuanto al grado de participación en el delito. Sólo el error que implique agravación en el tipo penal, es el que exigía el uso de la fórmula.

Cuando se produce la intervención norteamericana en Cuba en el año 1898, el gobernador militar estadounidense ratificó la vigencia en la Isla de la normativa española, pero introdujo múltiples modificaciones y una de ellas fue la del artículo 733 de la LECrim, mediante Orden Militar No. 189, de 13 de julio de 1899 (artículo XIV)²⁶. El espíritu de la reforma estuvo encaminado a exigir el uso de la tesis de desvinculación para cualquier modificación que pretendiera realizar el Tribunal en sentido de agravar la situación del acusado. En tal dirección no se podía sancionar por un *delito más grave* que el que fue objeto de la acusación, ni *apreciar circunstancias agravantes* no comprendidas en la acusación, ni la *participación del acusado* en concepto que lleve consigo mayor gravedad, ni variar en aumento el *grado de realización* del delito.

Para dar coherencia a la reforma, la Orden Militar modificó igualmente la causal de casación del artículo 912 y la hizo extensiva a todos los aspectos introducidos en el artículo 733.

No obstante estas modificaciones, el artículo 733 de la LECrim siguió conservando su formulación originaria en cuanto a exigir también el uso de la fórmula para apreciar alguna circunstancia eximente de la responsabilidad penal.

La tesis sufrió una nueva modificación por imperio de La Ley de Organización del Poder Judicial de 1909,²⁷ que extendió su uso para los casos en que el fiscal retira la acusación o cuando el Tribunal entiende que procede imponer una sanción más grave que la solicitada.

La última de las modificaciones tuvo lugar con la reforma procesal cubana de 1973, que derogó la vigencia en el país de la LECrim española, al promulgar la Ley No. 1251, de 25 de junio de 1973, Ley de Procedimiento Penal. Esta norma estipuló el uso de la fórmula para los casos en que el Tri-

²⁶ Vid. LAZCANO Y MAZÓN, Andrés María, *El juicio oral*, Editorial Lex, La Habana, 1947, p. 207.

²⁷ Decreto No. 127 de 27 de enero de 1909, Ley de Organización del Poder Judicial.

bunal pretenda incorporar a la narración de hechos probados determinados elementos no esenciales, que agraven la calificación imputada y elimine su uso cuando el Tribunal pretende apreciar una circunstancia eximente de la responsabilidad.

Como resultado de este *iter* evolutivo, la originaria tesis de desvinculación española concebida sólo para el error en la calificación y en la apreciación de eximentes de la responsabilidad, comprende actualmente una amplia gama de situaciones diversas, de tal suerte que bajo la terminología forense genérica de “uso de la fórmula del 350”, se exige su utilización en todos los casos en que el Tribunal pretenda alterar las bases originarias del debate para:

- 1) Incorporar en la narración de hechos probados algún elemento no esencial surgido del resultado de la práctica de las pruebas.
- 2) Calificar por un delito más grave del que fue objeto de la acusación.
- 3) Agravar la participación del acusado en el delito.
- 4) Incrementar el grado de realización del delito.
- 5) Incluir circunstancias agravantes de la responsabilidad penal.
- 6) Imponer una sanción más grave que la solicitada por el Fiscal;
- 7) Sancionar en aquellos casos en que el fiscal retira la acusación.

La necesidad del uso de la tesis se complementa con lo estipulado en el artículo 357, que concretamente dispone que el Tribunal no podrá sancionar por un delito más grave, apreciar agravantes, aumentar la participación, incrementar el grado de realización de delitos o imponer sanción más severa, si no ha hecho uso de la fórmula del artículo 350. Quiere esto decir que en nuestro derecho sólo la agravación implica la necesidad del uso de la tesis de desvinculación. La ausencia de un control casacional al cambio descendente, hacen que, pese a que nos moleste, el Tribunal puede alterar el objeto del proceso y sus consecuencias jurídicas, sin incurrir en incongruencia.

La nueva normativa procesal americana parte de la concepción derivada del principio *iura novit curia*, de que el Tribunal no está preceptivamente sujeto al criterio de calificación del fiscal, pero el tema recibe un tratamiento mucho menos complejo que el que le dispensa el enjuiciamiento español y cubano. Las posturas normativas se concentran en tres posiciones básicas esenciales:

1) Los que conciben la tesis de desvinculación, pero la limitan a una *alerta* a las partes sobre una posible agravación. En esta postura se identifican dos posiciones:

a) El uso de la *alerta* para sancionar por un delito más grave o imponer una sanción mayor que la solicitada;

b) el uso de la *alerta* sólo para sancionar por un delito más grave, sin especificar si debe usarla para imponer una pena mayor o prohibiendo que pueda hacerlo.

2) Los que desconocen la tesis de desvinculación y en tal sentido limitan la correlación sólo a los hechos imputados. En esta postura se identifican dos posiciones:

a) Se infiere del concepto de congruencia acusación-sentencia que describe la norma;

b) queda absolutamente claro en la preceptiva de que el Tribunal no tiene sujeción al fiscal en el tema de la calificación.

3) Los que parten de la sumisión del Tribunal al criterio de calificación del fiscal.

En el primer supuesto, quienes exigen el uso de la tesis para poder sancionar por un delito más grave o imponer una sanción mayor que la pedida por el fiscal, se encuentran los códigos de procedimiento de Guatemala (art. 374), Costa Rica (art. 346), El Salvador (art. 359); Venezuela (art. 364) y Paraguay (art. 400). La formulación es muy similar y puede ilustrarse con lo que estipula el Código Orgánico Procesal Penal de Venezuela: “*Artículo 364.-* Congruencia entre sentencia y acusación. En la sentencia condenatoria, el tribunal podrá dar al hecho una calificación jurídica distinta a la de la acusación o del auto de apertura a juicio, o aplicar penas más graves o medidas de seguridad, siempre que no exceda su propia competencia. Pero, el acusado no puede ser condenado en virtud de un precepto penal distinto del invocado en la acusación, comprendida su ampliación, o en el auto de apertura a juicio, si previamente no fue advertido por el juez presidente sobre la modificación posible de la calificación jurídica.” La redacción del código venezolano es exacta a la propuesta en el artículo 322 del Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica.

Dentro de los códigos que exigen la advertencia para calificar por un delito distinto están los de Chile y República Dominicana; en el primero no se menciona que pueda usarse para imponer una sanción mayor que la solicitada (art. 341) y en el segundo se prohíbe expresamente imponer sanciones mayores que las interesadas por el fiscal (art. 336).

El resto de los códigos referenciados no conciben el uso de la tesis de desvinculación.

En algunos es una consideración que se infiere de la normativa, como es el caso de Bolivia, en cuyo código la única mención al tema está en el artículo 632 donde se estipula que la congruencia se limita a que: “El imputado no podrá ser condenado por un hecho distinto al atribuido en la acusación o su

ampliación.” Con formulaciones similares están los códigos de Ecuador (art. 315) y Honduras (art. 337). Teniendo en cuenta las posiciones adversas de determinado sector de la doctrina al uso de la tesis de desvinculación, es de considerar que la formulación de estos códigos no se trata de un olvido, sino de un interés del legislador por consagrar la plena independencia del Tribunal a la hora de determinar su sentencia.

Los códigos de Argentina (art. 401)²⁸ y de Nicaragua se colocan en la posición de desvinculación del Tribunal con relación a la postura jurídica del fiscal. Es particularmente ilustrativa la formulación del código de Nicaragua en su postura de total desapego al uso de la fórmula de desvinculación y una clara toma de partido a favor de la libertad del Tribunal en sus decisiones: “Pero el juez podrá dar al hecho una calificación jurídica distinta, aun cuando no haya sido advertida con anterioridad y aplicará la pena que corresponda” (art. 157).

En total disidencia con las posiciones anteriores está el código de Colombia que limita la actividad del Tribunal en su decisión a la plataforma formulada por el fiscal: “*Artículo 448. Congruencia.* El acusado no podrá ser declarado culpable por hechos que no consten en la acusación, ni por delitos por los cuales no se ha solicitado condena.”

Como se observa, es diverso el tratamiento que se le concede al tema en los códigos americanos y todos tienen como sustrato argumentativo el respeto al principio acusatorio. Y es que el principio acusatorio sirve tanto para acusar de inquisitivo el uso de la tesis de desvinculación,²⁹ como para argumentar la posibilidad de que se pueda terminar el juzgamiento contradictorio si el fiscal y el imputado arriban a un acuerdo.³⁰ Se nos presenta el principio acusatorio

²⁸ Argentina fue el país que inició el proceso de reformas del proceso penal en el hemisferio y es particularmente interesante el tratamiento que le dio al tema que analizamos. En el conocido Proyecto de MAIER, de 1986, se referendaba en el artículo 322.2 la obligación del Tribunal de alertar a las partes si pretendía sancionar por un delito más grave que el imputado por el fiscal. Como es conocido, el proyecto nunca llegó a ley y cuando se aprueba en el año 1991 el actual Código Procesal Penal de la Nación, se tomó partido por la variante de desvincular al Tribunal de la tesis acusatoria. En la actualidad existe un movimiento de la jurisprudencia y la doctrina de ese país, en pos de cuestionar la constitucionalidad del desapego del Tribunal al uso de la fórmula, por considerar que sancionar por un delito más grave que el imputado sin alertar a las partes sobre esta posibilidad, constituye una sorpresa que atenta contra el derecho a la defensa. Para una visión ilustrativa sobre el estado del tema en ese país puede consultarse: LEDESMA, Ángela Ester; “¿Es constitucional la aplicación del brocardo *iura novit curia?*”, *Estudios sobre justicia penal*, Homaje al profesor Julio B. J. Maier, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005. Actualmente se gesta en ese país austral una reforma del proceso penal federal, que incorpora la tesis de desvinculación. *Vid. Proyecto de Código Procesal Penal de la Nación*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2007. La edición de esta publicación estuvo a cargo de Carlos Alberto BERALDI, quien es el coordinador de la comisión asesora para la reforma. En el artículo 305 de este proyecto se prohíbe que el Tribunal pueda sancionar por un delito más grave que el originariamente imputado si las partes no tuvieron la posibilidad de someter el tema previamente a contradicción.

²⁹ GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis, *Op. cit.*, p. 281.

³⁰ LANGER, Máximo, “Dicotomía acusatorio-inquisitivo y tradición jurídica anglosajona. Algunas reflexiones a partir

como una especie de lecho de Procusto, al que se tratan de ajustar las diversas posiciones.

Estos matices contradictorios tienen su origen en aquella confusión sobre la que alertara en su momento FERRAJOLI entre el inquisitivo y el acusatorio desde una perspectiva histórica o en su dimensión teórica. Llamaba la atención el maestro italiano de que existen rasgos de ambos sistemas en que coinciden el modelo teórico con la tradición histórica, como la separación entre juez y acusación, la igualdad entre acusación y defensa, la publicidad y la oralidad, entre otras características; pero existen aspectos que si bien tienen su origen en el modelo histórico acusatorio, no se corresponden con el modelo teórico, como es la discrecionalidad de la acción penal. Lo mismo ocurre con la obligatoriedad e irretroactividad de la acción penal, que si bien tienen su origen en el modelo histórico inquisitivo, prevalecen en el modelo teórico acusatorio y forman parte consustancial del mismo.³¹

5. ¿Puede el fiscal retirar la acusación?

Lo relativo a si el fiscal puede retirar la acusación o debe pedir la absolución, es un tema que adquiere alto relieve de conflicto en la doctrina moderna, de la mano de la influencia que para el enjuiciamiento penal de arraigo continental-europeo tiene el sistema adversarial anglo-estadounidense, en ese proceso que un autor denominó como la “*marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo*”,³² para referirse a las diversas incorporaciones que tuvieron lugar en los ordenamientos europeos y americanos la última mitad del siglo pasado, en instituciones tales como la negociación, la oportunidad, etc., como resultado de la incorporación de rasgos importados del originario sistema inglés.

El proceso penal liberal decimonónico, cuya consagración prístina se asentó en el modelo mixto del Código de Instrucción Criminal de Napoleón y que encontró receptividad en la generalidad de los procesos penales continentales, incluida la Ley de Enjuiciamiento Criminal española, no concibió que el fiscal pudiera disponer de la acusación y por ende no existe en esa normativa formulación concreta en el sentido de que una vez iniciado el juicio oral, el Ministerio Público pueda retirar la acusación.

del procedimiento abreviado”, en *El procedimiento abreviado*, coordinado por Julio MAIER y Alberto BOVINO, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2001, pp. 101-102.

31 FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*, Trotta, Madrid, 1995, pp. 563 y 569.

32 SCHÜNEMANN, Bernard, “¿Crisis del procedimiento penal? ¿Marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?”, en *Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial*, España, 1991.

Con una extraordinaria claridad expositiva, en base a la normativa italiana del momento, dejó sentadas sus posiciones sobre este tema DOMENICO TOLOMEI, quien habla del principio de *irretroactividad de la acción penal*, para definir la imposibilidad de que una vez iniciado el proceso penal, pudiera el fiscal abandonarlo, por ser una prolongación del principio de obligatoriedad. Este autor ilustra su posición en tal sentido: “Si es obligatorio para el ministerio público provocar una sentencia jurisdiccional sobre la pretensión que surge del delito, no se ve cómo este puede coexistir con la facultad de desistir de la acción; precisamente porque tal deber se refiere, no a un mero acto introductivo, sino a una decisión del juez.” Y continuaba insistiendo: “La opinión contraria, racionalmente insostenible, consistiría, en la práctica, en una farisaica interpretación de los deberes del propio ministerio público, frente al órgano estatal.”³³

No cabe duda de que existe una pugna con el principio acusatorio, sobre la base de la separación de funciones y de que no es posible un enjuiciamiento penal sin acusación, pero la lógica del pensamiento de que el Tribunal no deba someterse a una repentina retirada de la acusación en el acto del juicio oral, se sienta en el particular de que si en el proceso penal tradicional la fiscalía estuvo durante toda la fase sumarial en la obligación de concluir la investigación y someter ese resultado a la decisión del Tribunal, incluso en aquellos casos en que considera de que no existe mérito para acusar y es sólo el órgano jurisdiccional quien tiene facultades para adoptar la decisión liberadora del sobreseimiento, no le es dable al fiscal, en la fase del juicio oral, paralizar la labor del Tribunal, ante una retirada intempestiva. A eso es a lo que denomina como actuar farisaico DOMENICO TOLOMEI, pues hipotéticamente puede darse el caso de que un fiscal pida el sobreseimiento de las actuaciones y sea “obligado” por el Tribunal a ejercitar la acción y luego en el acto del juicio oral tome la decisión de retirar la acusación, la que de tener valor vinculante para el Tribunal, le obligaría a dictar una sentencia absolutoria, con un evidente “fraude” procesal.

Con base a la LE Crim española, la posición que inicialmente se dio en los casos en que la fiscalía consideraba que no procedía la imputación originaria, era la de modificar sus conclusiones provisionales y pedir la absolución en el acto del juicio oral. De no estar de acuerdo el Tribunal con esta decisión, debía hacer uso de la tesis de desvinculación, posición que encontró asiento en una primigenia jurisprudencia que así lo reflejó de forma reiterada; a guisa ilustra-

33 DOMENICO TOLOMEI, Alberto, *Los principios fundamentales del proceso penal*, Editorial Jus, México, 1947, pp. 155-156 (Traducción de José Becerra Bautista).

tiva la siguiente sentencia del Tribunal Supremo español: “Considerando que si bien el Ministerio fiscal... varió su calificación en el juicio oral, y teniendo presente el resultado de las pruebas pidió en las conclusiones definitivas la absolución... el Tribunal, antes de dictar la sentencia recurrida condenando al procesado por el mismo hecho, debió hacer uso de la facultad que le otorga el art. 733 de la ley citada, si entendió también por el resultado de las pruebas que el hecho justiciable había sido calificado con manifiesto error...”³⁴

La doctrina española actual está lejos de tener una posición unánime con relación al particular de si el fiscal puede desentenderse de la acusación en la fase del juicio oral, y en esa dirección es necesario aclarar que algunos autores³⁵ identifican la retirada de la acusación con la solicitud de absolución, aspectos que si bien están íntimamente relacionados y pueden llegar a confundirse, tienen contornos diferenciadores.

La retirada de la acusación presupone un abandono del fiscal de su posición de parte en el juicio oral, mientras que en la solicitud de absolución el fiscal se allana al pedimento liberador y deja en manos del Tribunal la decisión a adoptar, pero no se aparta del debate contradictorio, al menos en el aspecto formal.

Con independencia de la identificación o no de ambas posiciones, queda claro lo ya mencionado de que no existe en España actualmente una posición unánime de la doctrina sobre si el fiscal puede desvincularse de la acusación en el acto del juicio oral. Un segmento importante de la doctrina de ese país sostiene que una vez ejercida la acusación no se podrá evitar la sentencia sobre el fondo, absolutoria o condenatoria, por cuanto la acusación deviene irrevocable.³⁶

En esa postura de no admisión del desistimiento, el profesor ORTELLS RAMOS ilustra de que el contenido del principio acusatorio queda satisfecho desde el momento en que el fiscal condiciona la apertura a juicio oral con su solicitud acusatoria y determina el objeto del proceso, pues lo que resta en el juicio oral son típicas potestades jurisdiccionales, como son valorar la prueba y aplicar la norma jurídica adecuada, por lo que no es indispensable para que el Tribunal se pronuncie sobre el fondo, que la acusación sea mantenida por aquel.³⁷

El fundamento de esta posición está en que en el proceso penal, a diferencia del civil donde el actor ejercita un derecho material en nombre propio

³⁴ Sentencia de 16 de noviembre de 1885, citada por Santiago BARROETA SCHEIDNAGEL, en *Ley de Enjuiciamiento Criminal para las Islas de Cuba y Puerto Rico*, *Op. cit.*, pp. 509-510.

³⁵ CUCARELLA GALIANA, Luis-Andrés, *Op. cit.*, p. 82.

³⁶ ARMENTA DEU, Teresa, *Lecciones de derecho procesal penal*, *Op. cit.*, p. 134.

³⁷ ORTELLS RAMOS, Manuel, *Derecho procesal. Introducción*, Ediciones Nomos, Valencia, 2003, p. 276.

vinculando al Tribunal, lo que tiene el Ministerio Fiscal en el ejercicio de la acción es un *ius ut procedatur*, o derecho formal al proceso, el cual no es disponible, porque no lo es el derecho material que subyace.³⁸

Otros autores son del criterio de que la retirada del fiscal debe producir necesariamente una sentencia absolutoria;³⁹ posición que evidentemente se favorece a partir de los cambios que se producen en el enjuiciamiento de ese país tras la promulgación de la Ley del Tribunal del Jurado en el año 1995, que postula en su artículo 51 que cuando las partes acusadoras desisten de la petición de condena durante el juicio oral, el magistrado presidente debe disolver el jurado y dictar una sentencia absolutoria.

En Argentina este tema encontró también una fuente de debate, que se originó a partir de la decisión de la Corte Suprema de Justicia de ese país que anuló varias sentencias en que se condenó al acusado a pesar de que el fiscal pidió la absolución.

Esta jurisprudencia motivó una reflexión de Julio MAIER y Máximo LANGER, que definen de manera muy clara la posición del sector doctrinal que se opone a que el fiscal pueda disponer del contenido de la acusación y que por lo ilustrativo del parlamento transcribimos: “No existe regla alguna que autorice al fiscal a desistir en forma vinculante para el fallo... La conclusión del fiscal, al final del debate, sólo representa su opinión sobre esa acusación, conforme al mérito o demérito que él arroja. Nada autoriza a tratarla como una renuncia a la persecución penal, efectuada por el acusador público, con efectos vinculantes para la decisión del tribunal (principio dispositivo)... Ello autoriza a expresar que, mientras se mantenga el régimen de la acción penal pública y, más aún, el principio de legalidad (obligatoriedad de la acción penal), la aproximación al principio acusatorio sólo será formal por dos razones principales: colocar frente a quien tiene el derecho de resistir la imputación un opositor formal y, al mismo tiempo, evitar que la hipótesis imputativa parta de los jueces que han de juzgar.”⁴⁰

En esta reflexión de los profesores argentinos se aprecia la diferencia que apuntábamos anteriormente entre la retirada de la acusación y la solicitud de absolución, que en el proceso penal cubano encontró una clara definición a partir de la reforma introducida de la mano de la Ley de Organización

³⁸ SAAVEDRA RUIZ, Juan, “La iniciativa del tribunal en el acto del juicio oral. Alcance de los artículos 729 y 733 *CCrim*”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, /10/194/, pp. 11-52, Código CD 941001.

³⁹ CUCARELLA GALIANA, Luis-Andrés, *Op. cit.*, p. 83.

⁴⁰ MAIER, Julio y Máximo LANGER, *Acusación y sentencia*, Separata de Nueva Doctrina Penal, B/1996, pp. 622-623. El mencionado Proyecto de Código Procesal Penal de la Nación argentina, trata de zanjar el debate en ese país a favor de vincular al Tribunal con la posición de la fiscalía cuando pide la absolución y en tal sentido en consigna la obligación del Tribunal de absolver cuando ambas partes lo solicitan (artículo 305, *in fine*, del proyecto).

del Poder Judicial de 1909, que concibió la posibilidad de uso de la tesis de desvinculación para el caso de que se produjera la retirada de la acusación y con ello legitimó una postura de la fiscalía, que no tenía normatividad en la LE Crim española.

Sin poderlo demostrar científicamente, presumo que este cambio en la normativa procesal española vigente en Cuba puede ser el resultado de la influencia que tuvo en nuestro derecho en esa época el proceso penal estadounidense, como resultado de las dos intervenciones a la Isla en esos años.

Como ya consignamos anteriormente, el proceso penal cubano actual concibe que el fiscal, en el momento de cierre del juicio oral, pueda adoptar la decisión de retirar la acusación, lo cual no vincula al Tribunal, quien tiene la posibilidad de usar la fórmula del artículo 350 y sancionar al imputado.

En la práctica, cuando se retira la acusación y el tribunal hace uso de la fórmula y no obstante el fiscal a pesar de la alerta se mantiene en su posición, deja de ocupar su posición en el proceso y el juicio oral continúa sin su participación.

Los autores que en Cuba tratan el tema, se manifiestan contrarios a mantener el uso de la fórmula para los casos en que se produzca la retirada de la acusación. Danilo RIVERO propugna que se elimine este proceder de nuestra ley, bajo el argumento de que si el cometido que tiene es corregir los errores que puedan cometer los fiscales, el remedio es fortalecer la preparación del Ministerio Público y no encargar a los jueces la función correctiva.⁴¹ Como ya apuntamos, el cometido del uso de la fórmula no es corregir la función del fiscal, sino cumplir una función que le viene dada a la judicatura de compromiso con la legalidad, que le vincula preceptivamente a una norma imperativa que es el Código Penal y no al pedimento concreto del acusador.

En los momentos actuales es posible cuestionar muchos de los postulados que sirvieron y aún sirven de fundamento a las posiciones doctrinales y jurisprudenciales que se manifiestan contrarios a que el fiscal pueda retirar la acusación en el juicio oral, pues por lo general tienen su fundamento en la herencia que adquirimos en el pacto fundacional del sistema mixto de enjuiciamiento consagrado en la persecución penal pública y la aspiración teleológica de encontrar la verdad.

Nos guste o no, en una gran cantidad de países el proceso penal actual sufrió un proceso de influencias propiciatorias de instituciones y fórmulas que eran ajenas al proceso penal continental europeo y americano originarios,

⁴¹ RIVERO GARCÍA, Danilo, *El juicio oral. Antecedentes en la LE Crim. Ideas para una nueva formulación*, Ediciones ONBC, La Habana, 2005, p. 50.

que posibilitan abandonar el enjuiciamiento, en pos de encontrar fórmulas de oportunidad o la aplicación de medios de negociación entre los acusadores y los imputados, entre muchas otras posibilidades para no llegar al enjuiciamiento.

Todo esto flexibiliza la rigidez del principio de legalidad y con ello la visión originaria de no disponibilidad de la acusación por el fiscal, por lo que necesariamente se abrirá cada día más el camino para que el Ministerio Público pueda retirar la acusación o pedir la absolución y ante esta posición el Tribunal quede sometido preceptivamente.

Ahora bien, esta contingencia impone una coherencia en la aplicación del principio de legalidad, que permita que la decisión del fiscal sobre la petición de sobreseimiento deba ser acatada por el Tribunal, pues carece de sentido que en ese momento el órgano jurisdiccional se resista a admitir el sobreseimiento interesado por el Ministerio Público y le imponga la necesidad de acusar y luego, en el acto del juicio oral éste retire la acusación y el Tribunal se vea obligado a absolver, pues en ese caso estaríamos ante el *actuar farisaico* del que nos hablaba DOMENICO TOLOMEI. ■