

LOS PRINCIPIOS DEL PROCESO PENAL RELATIVOS AL EJERCICIO DE LA ACCIÓN Y LA PRETENSIÓN: REFLEXIONES Y CRÍTICAS A LA LUZ DE ALGUNOS ORDENAMIENTOS VIGENTES¹

ENRIQUE LETELIER LOYOLA*

RESUMEN: El de los principios del proceso, es un viejo tema en el Derecho procesal, mas no ha perdido hoy atractivo ni vigencia. Los ordenamientos jurídicos expresan, en ciertas ocasiones, adscribir a determinados principios, cuestión de la que se puede estar de acuerdo con una simple e insular lectura de sus normas. No obstante, a la hora de detectar la racionalidad de un sistema, en el nivel de los principios que subyacen en su contenido normativo, pueden detectarse antinomias e incongruencias difíciles de justificar.

PALABRAS CLAVE: Principio inquisitivo – principio acusatorio – separación de funciones – correlación entre acusación y sentencia – *Non reformatio in peius*.

* Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas por la Universidad de Valparaíso (CHILE). Magíster en Reforma Procesal Penal y Comunicación Forense por la Universidad Central (CHILE). Grado de Salamanca, Universidad de Salamanca (ESPAÑA). Diploma de Estudios Avanzados. Programa de doctorado “El Derecho Procesal ante el Siglo XXI: Nuevas Perspectivas”, Universidad de Salamanca (ESPAÑA). Correo electrónico: enriqueletelier@vtr.net
Fecha de recepción: 21 de septiembre de 2009.

Fecha de aprobación: 18 de diciembre de 2009.

¹ ABBREVIATURAS Y SIGLAS: Art. (Artículo). BOE (Boletín Oficial del Estado). CADH (Convención Americana de Derechos Humanos). CC (Código Civil). CE (Constitución Española). CEDH (Convenio Europeo de Derechos Humanos). CIDH (Corte Interamericana de Derechos Humanos). CP (Código Penal). CPP (Código Procesal Penal). C de PP (Código de Procedimiento Penal). CPP Cl (Código Procesal Penal de Chile). CPP It (Codice di Procedura Penale Italiano). CPP Pt (Código de Processo Penal Portugués). CPPM para IB (Proyecto de Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica). CPPN Arg. (Proyecto de Código Procesal Penal de la Nación Argentina). CPR (Constitución Política de la República de Chile). DUDH (Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948). EOMF (Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (Ley 50/1981, de 30 de diciembre). LEC (Ley de Enjuiciamiento Civil). LECrim (Ley de Enjuiciamiento Criminal). LO (Ley Orgánica). LOPJ (Ley Orgánica del Poder Judicial). MF (Ministerio Fiscal). MP (Ministerio Público). Nº (Número). Pf. (párrafo). PIDCP (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). RDP (*Revista de Derecho Procesal*). StPO (Ordenanza Procesal Penal Alemana). TC (Tribunal Constitucional). TEDH (Tribunal Europeo de Derechos Humanos). TS (Tribunal Supremo). VV. AA. (Varios autores). Vg. (*Verbigracia*)

PRINCIPLES OF THE CRIMINAL ACTION RELATIVE TO THE ACTION AND CLAIM: REFLECTIONS AND REVIEWAL IN THE LIGHT OF CURRENT DISPOSITIONS

ABSTRACT: The principle of the proceedings is an old topic in Procedural Law, yet it is still attractive and current. In certain occasions, legal dispositions are attributed to determined principles, argument that can be agreed on with a simple reading of its norms. Nevertheless, when it comes to detecting the rationality of a system, at the level of the principles that underlie its normative contents, incongruences and antonymies that are hard to justify can be detected.

KEY WORDS: Principle that court may initiate action – Accusatory Principle – Separation of duties – Correlation between accusation and sentence – *Non reformatio in peius*.

INTRODUCCIÓN

Si nos proponemos analizar los caracteres de un proceso penal conviene detener la mirada en los principios que lo informan, pues estos constituyen “las máximas que, junto a las reglas constitucionales de principio, gobiernan el enjuiciamiento penal de un país”² y a través de ellos es posible “constatar la funcionalidad o la disfuncionalidad del sistema procesal con las normas fundamentales y con los valores sociopolíticos y económicos imperantes”³, función que nos será de utilidad a la hora de enfrentar los modelos de enjuiciamiento penal que parecen adoptar los ordenamientos, con su desarrollo legislativo⁴.

Aún perviven en la doctrina procesal algunos debates relacionados con los principios: si obedecen a motivaciones políticas o exclusivamente técnicas⁵; o cuáles son de la esencia del proceso y cuáles son meras *reglas*

² MAIER, Julio B.J. (2004). *Derecho Procesal Penal*. Tomo I. Fundamentos. 2ª ed. Buenos Aires: Editores del Puerto, p. 811.

³ GIMENO SENDRA, J. Vicente (1981). *Fundamentos del Derecho Procesal*. 1ª ed. Madrid: Civitas, p. 177.

⁴ Son muy útiles y precisas las ideas que expresa Eugenio Raúl Zaffaroni: “...la ley penal naufraga en todos los límites garantizadores que pueden pensarse y plasmarse, sin un proceso penal (...) no basta con la consagración formal de los principios y los procedimientos, si no hay mecanismos de efectivización de los derechos y garantías”. ZAFFARONI, Eugenio R. (2000). *Proceso Penal y Derechos Humanos: Códigos, Principios y Realidad*. En: *El Proceso Penal. Sistema Penal y Derechos Humanos*. México: Porrúa, p. 5.

⁵ GIMENO SENDRA (1981) 178.

conformadoras de sus elementos accidentales⁶, todo ello sin perjuicio de las distintas denominaciones que adoptan los autores⁷; cuestiones estas de las que no nos ocuparemos, pues nos basta en este lugar con identificar los principios y luego aplicarlos en su función de “termómetros” con relación a algunos sistemas de enjuiciamiento que conocemos⁸.

Presentaremos sistemáticamente los principios bajo la denominación que nos parece más ilustrativa de su contenido, explicando aquel que creemos de mayor incidencia en la configuración del proceso penal, con referencias a algunos ordenamientos procesales en vigor.

Analizaremos solo los principios relativos al ejercicio de la acción penal y los relativos a la pretensión, dejando fuera los relacionados con la estructura del proceso, con la formación del material fáctico y, obviamente, los que la doctrina llama *principios del procedimiento*⁹.

En las líneas que siguen nos proponemos desarrollar el contenido del principio que explicamos y verificar su actuación en algunos ordenamientos procesales vigentes, como un ejercicio crítico destinado a determinar si, puesta a prueba su vigencia efectiva, el respectivo principio se respeta, muta o se violenta.

1) EL PRINCIPIO DE “ESTATALIDAD” DEL PROCESO PENAL

El Estado detenta el poder-deber de hacer efectiva la amenaza contenida en la norma penal cuando es quebrantada, puesto que aquel es el titular del *derecho de penar*¹⁰.

⁶ MONTERO AROCA, Juan (1997). *Principios del Proceso Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 14, nota al pie N° 1.

⁷ TOLOMEI, Alberto (1947). *Los Principios Fundamentales del Proceso Penal*. Traducción de J. BECERRA BAUTISTA. México: Jus, p. 40.

⁸ En su muy conocida explicación, escribió Goldschmidt: “Los principios de la política procesal de una nación no son otra cosa que segmentos de su política estatal en general. Se puede decir que la estructura del proceso penal de una nación no es sino el termómetro de los elementos corporativos o autoritarios de su Constitución”. GOLDSCHMIDT, James (1935). *Problemas Jurídicos y Políticos del Proceso Penal*. Barcelona: Bosch, p. 67.

⁹ Quedan fuera de este análisis el estudio sistemático de los principios estructurales del proceso de contradicción e igualdad. Además, fuera los principios probatorios que la doctrina clasifica en principios de investigación de la verdad material y de investigación de la verdad material; los principios de investigación o instrucción y de aportación; los principios de libre valoración de la prueba y los de la prueba legal; y los principios de intermediación y mediación en la percepción de las pruebas. Además, excluimos los principios del procedimiento de intermediación en su vertiente no probatoria; de oralidad y escrituración; de publicidad y secreto; de concentración y preclusión. Todos ellos merecen un estudio específico que escapa los lindes de esta investigación.

¹⁰ GOLDSCHMIDT (1935) 24 y ss.

La doctrina está de acuerdo en que, desde que se reconoce el carácter público de las penas, el principio oficial *de obligatoriedad o de estatalidad*¹¹ predomina en el proceso penal¹².

Algún autor propone distinguir el problema de la titularidad de la acción penal del de su ejercicio. En este sentido, la *estatalidad o publicidad* es consustancial al proceso penal, desde que el Estado está interesado en exigir el cumplimiento de la norma penal bajo amenaza de una sanción, al tiempo que es titular del derecho de castigar¹³. Ello no debe confundirse con la publicidad en el ejercicio de la acción, es decir, con su *oficialidad*, pues existe el ejercicio particular de la acción penal pública (*vg.* la acción popular)¹⁴.

El *principio de estatalidad* es, en nuestra opinión, de la esencia del proceso penal de nuestros días, pues el Estado ha reservado para sí la definición de las conductas delictuosas, la jurisdicción penal, el poder de imponer las penas y el poder de su ejecución. Ni aun podríamos predicar su total ausencia en el primitivo proceso penal de los pueblos germanos, porque, a pesar que se entendía el delito como un duelo entre víctima y ofensor, el mismo era considerado un quebrantamiento a la paz de la comunidad y dejaba al ofensor privado de su protección¹⁵.

2) EL PRINCIPIO DE NECESIDAD DEL PROCESO PENAL (U OBLIGATORIEDAD)

Puesto el Derecho procesal con relación al Derecho penal es indiscutible la función instrumental que cumple el proceso en la verificación del aquel: así en la determinación de los supuestos fácticos que se requieren

¹¹ Preferimos ese término, porque trasunta la función pública del Estado de realizar el Derecho penal, y evitamos su confusión con el principio de oficialidad (referido a la titularidad en el ejercicio de la acción penal, según se verá), el de obligatoriedad (que asimilamos al de necesidad) y el principio de publicidad (que suele tener otros significados a propósito de la conformación del procedimiento).

¹² Se pronuncia Manzini, afirmando el *principio de la obligatoriedad del proceso penal*: “El ejercicio de la función penal es obligatorio para el Estado (...). El cometido funcional del Estado, de proveer a la realizabilidad de la pretensión punitiva derivada de un delito, en vista del cual está preordenado el proceso penal, constituye simultáneamente un poder y un deber de ese mismo estado”. MANZINI, Vincenzo (1951). *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Tomo I. Traducción de S. SENTÍS y M. AYERRA. Buenos Aires: EJE, p. 285.

¹³ TOLOMEI (1947) 51: “Sería contradictorio afirmar que este interés –la observancia del precepto penal– existe durante la amenaza y no en el momento de la coacción.”

¹⁴ TOLOMEI (1947) 51 - 52: “Quien no quiera reconocer esto, confunde la publicidad de la acción con la publicidad del ejercicio de la acción, o sea con su oficialidad, la que es tan diversa de aquella que puede concebirse una acción penal privada (es decir, ejercitada solamente a petición del particular) intentada por un órgano del Estado y, por el contrario, una acción penal pública ejercitada por un particular (como en los casos de acción popular y de la citación directa de parte)”.

¹⁵ ROXIN, Claus (2000). *Derecho Procesal Penal*. Traducido por G. Córdoba y D. Pastor. Buenos Aires: Editores del Puerto, p. 557.

para la aplicación del presupuesto y la sanción contenidos en el precepto penal¹⁶. En otros términos, el Estado no puede prescindir del proceso para la aplicación del derecho penal¹⁷.

El principio tiene reconocimiento positivo en el ámbito del Derecho internacional de los derechos humanos: en los preceptos de los artículos 10 DUDH y 14.1 PIDCP y de los artículos 5. 1. a) y 6.1. CEDH y 8 CADH.

En España, la CE reconoce el principio en los artículos 17.1, 24.1 y 25.1 CE y 1º LECrim. En Chile, es reconocido por la CPR en su artículo 19 N° 3 y por el CPP, en su art. 1º. Por su fuerte influencia en América, además destacamos el CPPM para IA que recoge el principio en su artículo 1º¹⁸.

Empero, conviene preguntarnos sobre la absoluta vigencia del principio: ¿El Estado cede totalmente ante la aplicación *no procesal* del Derecho penal, en las figuras del proceso penal monitorio o por decreto (como sería el caso del art. 392 CPP Chile)?; ¿o bien, cede a medias en la instituciones en los procesos que admiten negociaciones de culpabilidad o de pena (en el modelo angloamericano, el *guilty plea* y *plea bargaining*¹⁹; en Chile, el procedimiento abreviado)?

3) LOS PRINCIPIOS ACUSATORIO Y DE INVESTIGACIÓN OFICIAL

Sentado el principio *estatal del proceso penal (o su estatalidad)* y su *necesidad*, avanzamos afirmando que el ejercicio del poder punitivo del Estado puede estar condicionado a la voluntad de alguien que solicite la tutela jurídica (la víctima o la comunidad toda), o bien puede manifestarse por la excitación del propio Estado. De aquí derivamos la existencia del *principio acusatorio* (puro) y del *principio de investigación oficial*²⁰.

¹⁶ Afirman Prieto-Castro y Gutiérrez de Cabiedes: "El principio de necesidad significa que el proceso penal es obligatorio para averiguar la infracción criminal, descubrir al autor, juzgarle y, sobre todo, imponer la pena (*nullum crimen, nulla poena sine lege et iudicio*)...". PRIETO-CASTRO, Leonardo GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Eduardo (1982). *Derecho Procesal Penal*. Madrid: Tecnos, p. 90. A su turno MONTERO (1997) 44: "No existe aplicación del Derecho penal por órganos distintos de los órganos jurisdiccionales, ni fuera del proceso, de modo que los términos delito, proceso y pena son correlativos y no existe uno sin los otros". (subrayado nuestro).

¹⁷ GÓMEZ ORBANEJA, Emilio (1947). *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*. Tomo I. Barcelona: Bosch, pp. 32-33: "La correspondencia de la pena con el delito necesita afirmarse en dos momentos sucesivos: primero, en la sanción penal establecida por el legislador (*nulla poena sine lege*); después en la imposición de la pena en el caso concreto por el juez".

¹⁸ Art. 1: "Juicio previo. Nadie podrá ser condenado, penado o sometido a una medida de seguridad y corrección, sino después de una sentencia firme, obtenida por un procedimiento regular, llevado a cabo conforme a las disposiciones de este Código...".

¹⁹ Es el prototipo de la justicia penal negociada: es un procedimiento por el cual el acusado admite declararse culpable de la acusación (*guilty plea*) a cambio de una reducción de pena o un trato más favorable. BARONA VILAR, Silvia (1994). *La Conformidad en el Proceso Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 51-86.

²⁰ BELING, Ernst (1943). *Derecho Procesal Penal*. Traducción de M. FENECH. Barcelona: Labor, p. 24.

El *principio acusatorio*, que algunos han llamado “principio de iniciativa particular”, descansa sobre la idea que solo la solicitud de tutela jurisdiccional del particular lesionado (querrela) o de cualquier persona de la comunidad (acción popular) justifica el movimiento de la función jurisdiccional: *ne procedat iudex ex officio*. El *principio de investigación oficial* o de la *persecución de oficio* legitima al Estado para actuar de oficio la jurisdicción criminal, apenas se entere de la infracción a una norma penal²¹.

Como se ve, ya no estamos ante la pregunta acerca de la titularidad del *ius puniendi*, sino a quién corresponde excitar la jurisdicción penal²².

En la actualidad el Estado suele reservarse para sí el ejercicio de la acción penal, concediendo, empero, a los particulares parcelas más o menos amplias de actuación exclusiva, principal, autónoma o compartida²³, de donde resulta que, excluyendo los sistemas de estricta acción penal privada y persecución de oficio, los sistemas de ejercicio de la acción pueden clasificarse en: *sistemas de acción popular, sistemas de acción popular y pública, sistemas de acción pública y privada y sistemas de acción (puramente) pública*²⁴.

Y dada la preponderante actuación estatal, prevalece en los procesos penales modernos el *principio de oficialidad* por sobre el acusatorio puro²⁵.

²¹ BELING (1943) 24.

²² TOLOMEI (1947) 69; “Este órgano, al que está encomendado dicho ramo particular de la actividad administrativa [el ejercicio de la acción penal], puede o no ser estatal. Se habla al respecto de *oficialidad* de la acción penal. La oficialidad tiene lugar en el primero y no en el segundo caso” (subrayado nuestro).

²³ Hacemos la afirmación aludiendo a los casos de delitos perseguible únicamente a requerimiento del ofendido (acción penal privada), a las situaciones en que el Ministerio Público o su equivalente actúa en subsidio de los particulares, a los casos en que se permite la acusación privada aun prescindiendo de la pública (vg. CPP Chile, art. 258: “*forzamiento de la acusación*”) y a los delitos perseguibles previa instancia particular (acción penal mixta o previa instancia particular).

²⁴ VÉLEZ MARICONDE, Alfredo (1956). *Estudios de Derecho Procesal Penal*. Tomo I. Córdoba: Imprenta de la Universidad de Córdoba, pp. 247-257.

²⁵ La vigencia del principio de oficialidad, afirma Teresa Armenta Deu, torna explicable que “el proceso, su objeto, los actos procesales y la sentencia no están subordinados al poder de disposición de los sujetos en relación con la tutela de sus propios derechos e intereses legítimos, sino que dependen de que aquel interés público se ponga de manifiesto al Tribunal y se haga valer ante situaciones previstas en la Ley”. ARMENTA DEU, Teresa (2007). *Lecciones de Derecho Procesal*. 3ª ed. Madrid: Marcial Pons, p. 31. Para GOLDSCHMIDT (1935) 68, el principio de oficialidad deriva del principio inquisitivo. Afirma: “La síntesis de los principios de querrela privada y acción popular, por un lado, y del principio inquisitivo, por otro, conduce, especialmente en Francia, al principio de acusación estatal, que reúne el principio de oficialidad, procedente del principio inquisitivo, es decir, la persecución de oficio con el proceso acusatorio” (subrayado nuestro). Escribe Prieto-Castro: “El principio de la persecución de oficio significa que el Estado no puede, como norma, abandonar el ejercicio de su derecho de castigar al sujeto afectado por el acto punible, sino que ha de emprender la persecución penal por medio de sus órganos y funcionarios; y a su vez estos no pueden hacer depender el comienzo de su actividad persecutoria de

España presenta una situación muy interesante: combina, en cuanto a la incoación del juicio penal, la titularidad del ejercicio de la acción penal pública otorgada al ofendido y *quivis ex populo*²⁶, y al Ministerio Fiscal (para este su ejercicio es un *derecho-deber*)²⁷, con la investigación penal oficiosa del juez, cuando proceda²⁸.

En Italia es el Ministerio Público el órgano que ejerce la acción penal; y lo hace de oficio, cuando no es necesaria previa querrela, demanda o autorización para proceder (art. 50 CPP Italia)²⁹. También el juez (*giudice per le indagini preliminari*) tiene algún poder residual para obrar de oficio en las investigaciones previas. La querrela y las otras "*condizioni di procedibilità*" (arts. 336 y ss. CPP Italia) solo limitan el principio de oficialidad, desde que son actos procesales que se proponen ante el Ministerio Público o la policía judicial, para que aquel deduzca en su oportunidad la acción penal³⁰.

ninguna petición que voluntariamente pueda presentar el ofendido, salvo tratándose de los delitos que requieren querrela o instancia privada, por afectar en primera línea a los intereses particulares". PRIETO-CASTRO, Leonardo (1947). *Cuestiones de Derecho Procesal*. Madrid: Reus, p. 290.

26 "Recordemos que uno de los fundamentos de la acción penal pública [popular] –afirma Víctor Fairén– está en no dejar iniciativas incondicionadas al MF (...). El ciudadano debe poseer, no solo un simple *status civitatis* –derechos cívicos– sino también alcanzar el *status activae civitatis*...". FAIRÉN, Víctor (1967). *Presente y Futuro del Proceso Penal Español*. Valencia: Universidad de Valencia, p. 26, nota al pie N° 34.

27 GIMENO SENDRA, J. Vicente (2004). *Derecho Procesal Penal*. Madrid: Colex, p. 168.

28 RAMOS MÉNDEZ, FRANCISCO (2006). *Enjuiciamiento Criminal (Octava lectura constitucional)*. Barcelona: Atelier, pp. 133 y ss., para quien el proceso penal puede iniciarse *de oficio* por el juez de instrucción, por *iniciativa de las partes*, públicas y privadas (Ministerio Fiscal y particulares, por denuncia o por querrela) y mediante *atestado policial* (que tiene el valor de una simple denuncia). Véanse además los artículos 101, 105, 259, 270, 284, 303 y 308 LE-Crim.

29 Giacomo Fumu comenta el nuevo rol del Ministerio Público según el CPP italiano de 1988: "Il nuovo sistema processuale rafforza il ruolo dinamico del pubblico ministero nella individuazione ed acquisizione degli elementi utili per le determinazioni inerenti all'esercizio dell'azione penale e la marcata connotazione investigativa della sua attività (...), lo caratterizza come organo di inchiesta e di azione, rappresentante della pretesa punitiva dello Stato ed, insieme, dell'interesse pubblico generale alla repressione delle manifestazioni di criminalità" (subrayado nuestro). FUMU, Giacomo (1991). *L'Attività Pre-procedimentale del Pubblico Ministero*. En *Accusa Penale e Ruolo del Pubblico Ministero: Atti del Convegno Perugia 20-21 aprile 1990*. Raccolti a cura di Alfredo GAITO. Napoli: Jovene, p. 135.

30 Art. 50 CPP Italia: "*Azione penale*.- 1. Il pubblico ministero esercita l'azione penale quando non sussistono i presupposti per la richiesta di archiviazione.// 2. Quando non è necessaria la querrela, la richiesta, l'istanza o l'autorizzazione a procedere, l'azione penale è esercitata di ufficio". NICASTRO, Gian Maria (2002). "Sistema Procesal Italiano". En *Sistemas Penales Europeos. Cuadernos de Derecho Judicial*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, pp. 111 y ss. La situación no varió mucho desde el CPP de 1930. Disponía su Art. 1º: "*Oficialidad de la acción penal*.- La acción penal es pública y, cuando no son necesarios la querrela, el requerimiento o la instancia se inicia de oficio en virtud de informe, de parte, de denuncia o de otra noticia del delito". MANZINI (1951) Tomo V, 357.

En Alemania rige también el principio oficial, pues la persecución penal está en manos de un órgano del Estado (Ministerio Fiscal). Sin embargo, actúan como *limitaciones* al principio los delitos que solo pueden ser perseguidos a instancias del ofendido (*vg.* el allanamiento de morada, el estupro y los hurtos y estafas domésticas y entre familiares), en cuyo caso la Fiscalía no puede ejercer la acción penal pública ni menos el Tribunal dictar un auto de apertura, mientras el ofendido no haya ejercido la *instancia de persecución penal*; o los delitos cuya persecución requiere de la autorización discrecional de un órgano público, por tratarse de hechos con relevancia política. Actúan como *excepción* al principio oficial los delitos de acción penal privada³¹.

4) EL PRINCIPIO INQUISITIVO Y EL PRINCIPIO ACUSATORIO FORMAL

Siguiendo las ideas de Beling, afirmamos que el sistema de enjuiciamiento está inspirado en el *principio inquisitivo* cuando la investigación oficial es promovida judicialmente; corresponde así a la figura del juez que procede *ex officio* ante la *notitia criminis*³². Por su parte, asentado sobre el mismo principio de investigación oficial, el sistema está regido por el *principio acusatorio formal* (o, en términos del mismo autor, “principio de investigación oficial mediante acusación formal”) cuando la excitación de la función jurisdiccional proviene de un órgano público ajeno a la organización judicial³³.

Hasta acá, de acuerdo con lo que hemos ido explicando y aceptando, podemos sostener, entonces, que el derecho de penar compete al Estado (*nulla poena sine lege*), que no pueden imponerse penas sin un proceso previo (*nulla poena sine iudicio*), ni debe existir un proceso sin que preceda acusación (*ne procedat iudex ex officio y nemo iudex sine actore*). Ahora, es preciso profundizar algo más en el principio acusatorio.

³¹ Véase con mayor precisión las limitaciones y excepciones en GÓMEZ COLOMER, Juan Luis (1985). *El Proceso Penal Alemán. Introducción y Normas Básicas*. Barcelona: Bosch, p. 46; y ROXIN (2000) 81-86.

³² ROXIN (2000) 86: “En el proceso inquisitivo el juez interviene por sí mismo: él detiene, interroga, investiga y condena. No hay acusador ni acusado, sino solamente el juez (inquisidor) –que investiga y juzga– y el objeto de su actividad (el inquirido)”.

³³ BELING (1943) 24-25: “El principio inquisitivo se opone rigurosamente al principio acusatorio (...). El principio de investigación oficial con acusación formal se asemeja al principio acusatorio, de modo que en ambos el tribunal debe esperar una súplica (*iudex ne procedat ex officio*, ‘donde no hay actor no hay juez’); diferenciándose de él por el hecho de que la misma comunidad organizada se encarga del papel de acusador.”

5) EL PRINCIPIO ACUSATORIO

Nos detendremos un momento en el principio acusatorio, en la medida de lo indispensable para aclarar aspectos relevantes de su configuración, puesto que goza de una difundida aceptación en diversos ordenamientos procesales modernos³⁴, sin perjuicio de considerársele estrechamente vinculado a la garantía constitucional del *debido proceso*³⁵.

De acuerdo con el desarrollo actual del principio, podemos afirmar que su respeto impone, que *la jurisdicción* sea actuada previa solicitud de tutela por quien tenga interés; que los *roles* de investigar, acusar y sentenciar sean atribuidos a órganos distintos y entre sí independientes; y que la *acusación* determine los extremos de la decisión jurisdiccional, en cuanto a los sujetos del proceso, al hecho punible y al *quantum* de la reacción penal.

(5.1) NECESIDAD DE ACUSACIÓN PREVIA

En una primera aproximación al *principio acusatorio* y aceptado este, hemos de afirmar que la función jurisdiccional actúa previa acusación, es decir, excluyendo la propia iniciativa del juez³⁶.

Ahora bien, desde la óptica del *agente*, el principio *acusatorio puro* exige que el ofendido (o cualquiera de la comunidad) excite la función jurisdiccional, solicitando la tutela del Estado; en cambio, conforme al principio *acusatorio formal*, el que pide la tutela jurisdiccional y acusa es un órgano del Estado, independiente orgánica y funcionalmente de quien debe juzgar.

En el Derecho continental europeo, existen modelos en que el ejercicio de la acción penal se encomienda de manera exclusiva a un órgano del Estado. Es el caso de Francia, donde el Ministerio Público ostenta el

³⁴ Basta reparar en la poderosa influencia que el CPPM para IA, que adoptó el modelo acusatorio, ha tenido en nuestro continente en las reformas a los procesos penales. PELLEGRINI GRINOVER, Ada (1998). *O Processo em Evolução*. 2ª ed. Río de Janeiro: Forense Universitária, pp. 203 y ss. La estructura acusatoria del proceso penal está reconocida, incluso, en algunas Constituciones: *vg.* Portugal, art. 32 N° 5: “*El procedimiento penal tendrá estructura acusatoria y la vista del juicio, así como los actos de instrucción que la ley determine, estarán sometidos al principio de actuación contradictoria*”. MARQUES DA SILVA, Germano(2003). *Curso de Processo Penal*. Volumen I. 4ª ed. Lisboa: Verbo, pp. 58-64.

³⁵ *Vg.* en España se considera una manifestación del “derecho a un proceso con todas las garantías”, del artículo 24.2 CE. GIMENO SENDRA (1981) 78.

³⁶ ARMENTA DEU (2007) 42. “Este principio, tan frecuente como incorrectamente citado, se resume en una idea, importante, pero bien simple, la de que ‘no hay proceso sin acusación’; y esto, si bien se piensa, comprende que ‘quien acusa no puede juzgar’. Con esta última matización se incide en mayor medida en el ámbito de la imparcialidad del Juez...”.

“monopolio” de la acción penal pública³⁷, pudiendo la víctima solo constituirse en parte civil.

En otros sistemas, el órgano persecutor del Estado comparte el ejercicio de la acción con el ofendido: es el caso de Alemania, donde rige el principio acusatorio formal, pues la acción penal es ejercida por el Ministerio Fiscal, pero para determinados delitos aquel no puede ejercitarla sin que medie previamente la instancia de persecución del ofendido o la autorización discrecional de un órgano político; y respecto de los delitos de acción penal privada, el ofendido no es titular de su ejercicio exclusivo, sino que se permite también a la Fiscalía ejercer aquella acción penal³⁸.

En Italia, si bien el Ministerio Público es el titular de la acción penal y el proceso se inicia por su petición (*richiesta*), en ciertos casos debe actuar previa querrela del ofendido, demanda, instancia o autorización de un órgano político. Ello no impide, sin embargo, que alguno lo haya calificado como un “*dominus*” del procedimiento³⁹.

En Portugal, el Ministerio Público, órgano del Estado que goza de autonomía con relación a los demás, es el legitimado para promover el proceso penal, por lo que él es titular de la acción penal (art. 48 CPP Portugal). No obstante, existen dos grupos de limitaciones: los casos en que la incoación del proceso penal dependa de un requerimiento (*queixa*) del ofendido u otras personas (art. 49) y aquellos en que el proceso requiere de acusación particular (art. 50)⁴⁰.

Reiteramos que en cuanto a la incoación del proceso penal la situación en España no deja de ser peculiar, pues el Ministerio Fiscal comparte el ejercicio de la acción penal con cualquier ciudadano: el legislador obliga al MF a ejercitar la acción penal pública (acusatorio formal), pero

³⁷ LACOSTE, Gracieuse (2002). “Sistema Procesal Francés”. En *Sistemas Penales Europeos. Cuadernos de Derecho Judicial*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, pp. 169 y 170. El mismo autor explica que se han concedido derechos específicos de persecución en favor de algunas administraciones, en materia aduanera, de infracciones fiscales, infracciones bursátiles y militares.

³⁸ ROXIN (2000) 86-87.

³⁹ En palabras de Andrea Dalia. Además, afirma: “A fronte di una fase “preparatoria” del giudizio quasi del tutto “giurisdizionalizzata” (...) quale quella offerta dal codice del 1930, il nuovo rito penale presenta un procedimento del quale è dominus indiscusso il pubblico ministero, con spiccato carattere di autonomia rispetto al processo vero e proprio. // Le prerogative del titolare dell'accusa sono esaltate (...) in una direzione che risulta tutt'altro che compatibile con un'ispirazione “accusatoria” di “parità di parti” innanzi ad un giudice”. (subrayado nuestro). DALIA, Andrea (1991). “Il Problema del Coordinamento, dei Collegamenti e dei Controlli nell'Esercizio della Funzione di Accusa”. En *Accusa Penale e Ruolo del Pubblico Ministero*, p. 76.

⁴⁰ Los del art. 49 son comúnmente designados como delitos *semi-públicos* o *semi-particulares* o *semi-privados*; los del art. 50, delitos *particulares*. Frente a la falta de requerimiento o de acusación, el MP debe abstenerse de ejercer la acción, pues carecería de una condición de *procedibilidad*. MAIA GONÇALVES, Manuel (2002). *Código de Processo Penal. Anotado e Comentado*. Coimbra: Livraria Almedina, pp. 181 y ss.

concede también acción a todos los ciudadanos españoles, ofendidos o no por el delito (acusatorio puro) y permite, en ciertos casos, que el juez de instrucción actúe de oficio (inquisitivo)⁴¹.

En los ordenamientos americanos destacamos el Proyecto de CPPM para IA, que, salvo excepciones legales, confía al Ministerio Público el ejercicio de la acción penal en todos los delitos perseguibles de oficio, “*dependan o no dependan de una instancia particular o de una autorización estatal*” (Art. 68).

En Argentina, el Proyecto de CPPN obliga al Ministerio Público el ejercicio oficioso de la acción penal pública, salvo que ella dependa de instancia privada, en cuyo caso esta debe ser previamente formulada (Arts. 9 y 10). Pero, además, la víctima puede deducir querrela y acusar conjunta o autónomamente con el fiscal (Art. 87); y, avanzando más, si el Fiscal decide no continuar con la persecución penal, la víctima puede perseverar en el juicio por sí sola actuando como acusador particular (Art. 12).

En Chile, de acuerdo con el CPP (art. 53), la acción penal pública debe ser ejercitada por el Ministerio Público, sin perjuicio del derecho de la víctima de deducir querrela. Existen también delitos de acción penal pública previa instancia particular, que requieren para su persecución de la denuncia previa de la víctima. Se reconoce, además, el derecho del querellante particular de *forzar la acusación* (art. 258), en el evento que el Fiscal decida solicitar el sobreseimiento definitivo de la causa y perseverar en su decisión; el forzamiento da derecho al querellante para sostener la acusación en lo sucesivo en los mismos términos que la ley establece para el Ministerio Público.

(5.2) NÍTIDA SEPARACIÓN ENTRE LAS FUNCIONES DE INVESTIGAR Y JUZGAR

El principio acusatorio exige, también, el alejamiento de las funciones de *investigar* y *juzgar* y su atribución a diferentes órganos.

Parece indudable que quien ha tenido a su cargo la investigación de un hecho punible está impedido de actuar en los mismos como juez sin perder su posición de tercero imparcial y destinatario de la actividad probatoria, porque habiendo reunido él mismo las pruebas, difícilmente

⁴¹ Si bien la hipótesis de instrucción oficiosa por el juez es de muy difícil concreción, aplicando la disposición del art. 102.3 que opera como límite al deber del art. 308, ambos LECrim; en este caso, el juez se limitaría solo a comunicar la *notitia criminis* al Fiscal, pues no puede ejercer la acción penal. Así las cosas, la citada disposición del art. 308 no constituiría una derogación del principio acusatorio. GIMENO SENDRA (2004) 265-266 y ARMENTA DEU (2007) 127-128. Pero parece una antinomia difícil de superar, pues el mandato del mismo art. 308 inciso 1°, especialmente en su segunda parte, contiene un *acto debido* del juez de instrucción.

podría evitar el prejuzgamiento⁴². El modelo del *juez-investigador* que se transforma luego en *juez-sentenciador*, afirma Fairén, “es figura que se aparta del sistema acusatorio hacia el inquisitivo”⁴³.

Además, la separación de roles permite reafirmar la posición del acusado como *sujeto* en el proceso penal⁴⁴.

Hoy los instrumentos internacionales sobre derechos humanos garantizan la imparcialidad del juzgador (*vg.* artículos 14.1 PIDCP y 6.1. CEDH), de suerte que los ordenamientos internos deben ajustarse a las exigencias de los Pactos⁴⁵.

En España, la interpretación debe realizarse armonizando la garantía del art. 24.2 CE y las normas sobre inhabilidad del instructor para ser juez en la causa, con el contenido normativo de los pactos internacionales suscritos y vigentes⁴⁶. En este país la investigación está en manos de una autoridad judicial, el juez de instrucción, siendo inspeccionado en esa función por el Ministerio Fiscal. La competencia de este juez se agota en la instrucción del sumario, estando vedada su intervención durante la fase de juicio (para ello, el art. 54 N°12 LECrim contempla la causa legítima de recusación).

Pero nos parece que esta previsión del legislador español no satisface plenamente la garantía del derecho al juez imparcial, ni evita el riesgo de la parcialidad en la actividad jurisdiccional. Plantearemos dos situaciones que según nuestro criterio ponen en crisis la imparcialidad del juez: una relativa a la propia institución del juez instructor y otra que recae en la figura del juez instructor-sentenciador.

⁴² GIMENO SENDRA (1981) 191.

⁴³ FAIRÉN GUILLÉN (1967) 92. En la nota al pie N° 140, parafraseando a Zu Dohna, señala “Si ha dirigido activamente la investigación, el juez-decisor “ya ha formado la imagen de su propia sentencia desde el comienzo del juicio oral. A través de ello –del *Vorverfahren*– el juez instructor entra en el proceso más bien como ‘inquirente’ que como juzgador imparcial”.

⁴⁴ BAUMANN, Jürgen (1986). *Derecho Procesal Penal*. 3ª ed. Traducción de Conrado Finzi. Buenos Aires: Depalma, p. 49: “La circunstancia de que el acusado enfrente a alguien que se le opone (el Ministerio Público) da mayor libertad a su posición jurídica. Ya no es simple objeto de una *inquisitio* por el juez omnipotente a quien debe guardarse de atacar, sino un sujeto procesal y un contrincante del fiscal, contra el cual puede arremeter enérgicamente, sin temer los inconvenientes y la parcialidad del juez.”

⁴⁵ La mayoría de la doctrina reconduce el supuesto del juez instructor-juzgador a un problema de pérdida de imparcialidad. FAIRÉN GUILLÉN (1967); GIMENO SENDRA (2004) 92; 80-81; MONTERO AROCA, J.; ORTELLS RAMOS, M.; *et alii* (1998). *Derecho Jurisdiccional*. Volumen III. *Proceso Penal*. 7ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 21 - 22. Por su parte, GÓMEZ ORBANEJA (1947) 60-62, afirma que la causal de abstención del art. 54 N° 12 LECrim no pretende evitar la parcialidad del juzgador, sino “una prevención, incluso imparcial, sobre la materia de la investigación y del juicio.”. En similar sentido se manifiesta, en particular, Montero: la referida causal del art. 54 LECrim trata antes de un problema de incompatibilidad de funciones, que de parcialidad del juzgador. MONTERO AROCA, Juan (1999). “El Juez que investiga no Juzga”. *La Ley*, N° 1.

⁴⁶ Arts. 10 DUDH, 14.1 PIDCP y 6 CEDH.

(5.2.1) Sobre el juez instructor

- (a) Para impulsar la instrucción, el juez a cargo dicta diversas resoluciones que requieren de él un conocimiento de los hechos y algún grado de convicción sobre el delito y sus agentes: debe evaluar el mérito de la denuncia (art. 269 LECrim: puede desestimarla cuando el hecho denunciado “*no revistiere carácter de delito*” o “*la denuncia fuere manifiestamente falsa*”); la misma apreciación debe hacer frente a la querrela (art. 313 LECrim: la desestima “*cuando los hechos en que se funde no constituyan delito*”); más adelante dictará el auto de procesamiento (art. 384 LECrim: “*Desde que resulte del sumario algún indicio racional de criminalidad contra determinada persona...*” [subrayado nuestro]); y debe declarar terminado el sumario si el juez *considerase* haber llegado a ese punto (art. 622 LECrim, sobre cuya redacción nos preguntamos, ¿el juez de instrucción considerará terminado el sumario cuando se hayan *practicado* las diligencias, o cuando las mismas se hayan *agotado*?)⁴⁷.
- (b) Durante la fase de instrucción, el juez a cargo decreta medidas cautelares personales en contra del inculpado, que nuevamente exigen de aquel conocimiento de los hechos y algún grado de convicción, que podemos llamar, tomando categorías civiles, *verosimilitud*: desde la cautela de más baja intensidad, la *citación* (art. 488 LECrim: exige que contra el citado resulten “*indicaciones fundadas de culpabilidad*”), hasta la *prisión provisional*, tanto para descartarla (art. 502.4 LECrim: “*...se infiera racionalmente que el hecho no es constitutivo de delito o que el mismo se cometió concurriendo una causa de justificación.*”), cuanto para decretarla (art. 503.1 y 2: debe constar la existencia de un hecho que revista caracteres de delito, deben existir motivos bastantes para estimar autor o partícipe en él al procesado y debe justificarse la existencia de peligros que la medida pretende evitar y la idoneidad de la misma).
- (c) Así las cosas, creemos que el juez instructor no es un mero conductor de la investigación, sino que, fiel a su investidura de *agente estatal de la jurisdicción*, dicta resoluciones de naturaleza jurisdiccional, constituyendo algunas de ellas la base sólida para el juicio jurisdiccional (repárese, por ejemplo, en el respeto a la congruencia entre el auto de procesamiento, los escritos de calificación y la sentencia definitiva).

⁴⁷ Por esos rumbos discurría Carnelutti: “...la *penosidad del juicio* tiene un carácter progresivo en el sentido de que el sufrimiento aumenta en razón del adelantar del proceso; también la sospecha procura al sospechado un sufrimiento, mas este sufrimiento es menor que el causado por la inculpación, y este último, a su vez, no es tan grave como el sufrimiento de la condena. También bajo este perfil sirve la distinción del procedimiento en las tres fases: *actos preliminares a la instrucción, instrucción y debate*”. CARNELUTTI, Francesco (1961). “Auto de Procesamiento”. *Cuestiones sobre el Proceso Penal*. Traducción de Santiago Sentís. Buenos Aires: EJE, p. 146.

(5.2.2) La figura del juez instructor-sentenciador

Acusamos en la propia LECrim un fuerte quebranto del modelo que declara defender, con la figura del juez instructor a la vez que sentenciador. Por una parte, en el *procedimiento abreviado con supuesto de conformidad en el escrito de defensa*, la ley reúne en la misma figura del juez instructor las funciones de investigar (ordena a la Policía Judicial o practica por sí las llamadas “diligencias previas”, art. 777 LECrim), de decidir sobre la continuación del procedimiento abreviado (lo que supone calificar penalmente el hecho punible, art. 779.1 reglas 1ª a 4ª LECrim), de acordar las diligencias de prueba indispensables para formular acusación propuestas por las partes (art. 780.2 LECrim), de calificar la precedencia legal de la conformidad y de dictar sentencia definitiva (arts. 784.3 y 787 LECrim)⁴⁸. Lo propio ocurre con la conformidad prestada ante el Juzgado de Guardia (art. 801 LECrim), en el procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos.

En el ámbito americano, la garantía de la imparcialidad del juez está resguardada en el mismo art. 14.1 PIDCP y 8.1 CADH, a los que deben ajustarse los textos constitucionales de los países signatarios y sus ordenamientos internos. Algunas legislaciones han optado por depositar la función investigadora en la figura del juez de instrucción; otros, en cambio, lo han hecho en la institución del Ministerio Público (*vg.* Chile, según arts. 83 y sig. CPR, arts. 77 y sig. CPP y LOC 19.640).

(5.3) SEPARACIÓN ENTRE LAS ETAPAS DE INVESTIGACIÓN Y DE JUICIO

El principio acusatorio además impone la nítida *separación de las fases de investigación y juzgamiento, precisamente los antecedentes de la una y las pruebas del otro*.

La instrucción es una actividad de investigación necesaria, desarrollada progresivamente por quien le ha sido encomendada esa función, cuya finalidad es, o bien excluir la necesidad de un juicio penal, o bien formar la convicción acusadora en quien sostendrá la acusación y preparar la defensa del imputado⁴⁹. Si a los antecedentes de la investigación reuni-

⁴⁸ En contra, Armenta Deu. Apoyada en la doctrina constitucional, la autora afirma que la calificación de la procedencia de la conformidad se traduce en un control meramente jurídico, que no entraña valoración fáctica alguna; de ahí que no corresponda reprochar pérdida de imparcialidad al juez de instrucción. ARMENTA DEU (2007) 233-234. Pero no entendemos cómo el juez de instrucción podría cumplir cabalmente el mandato del art. 787.2 LECrim sin dejar de realizar un *juicio de adecuación* de los hechos que él mismo ha establecido en el auto a que se refiere el art. 779.1 regla 4ª LECrim, a la descripción típica contenida en precepto penal que corresponda aplicar.

⁴⁹ “Estamos diciendo –afirma Montero– que el procedimiento preliminar o instrucción sirve para preparar el juicio oral, con lo que advertimos del grave error en que se incurre cuando

dos por quien tiene a su cargo la instrucción se les dotara del carácter de *pruebas* en el juicio, el respeto a los principios de oralidad y contradicción sería ilusorio⁵⁰.

(5.4) NÍTIDA SEPARACIÓN ENTRE ACUSACIÓN Y JUZGAMIENTO

El ejercicio de la *acusación* y el *juzgamiento* deben estar atribuidos a órganos distintos.

Como corolario de la necesidad de acusación previa para la actuación del proceso penal, ocurre que la persona que formula la acusación debe ser distinta al juez que decidirá el asunto. Por ese motivo, los ordenamientos suelen conferir la primera función a un órgano de persecución

se dice que las diligencias previas preparan solo la acusación. (...) ...la actividad preliminar debe servir tanto para lo que determina la inculpación como para lo que la excluye, es decir, debe preparar tanto la acusación como la defensa.” MONTERO (1999) 1.814, nota 23. Los ordenamientos procesales exigen del instructor que actúe *objetivamente*, es decir, que investigue con igual celo todos los antecedentes que determinan o descartan la existencia del hecho punible y la participación del imputado, o bien, que la justifican o atenúan (vg. art. 2 LECrim). Y, en algún momento, agotada la investigación, el mismo órgano o persona debe valorar el mérito de los antecedentes de la investigación y evaluar si se ha formado en él la convicción acusadora; de lo anterior puede resultar que se decida acusar o no, y acusará cuando esté convencido que puede razonablemente sostener la pretensión punitiva durante el juicio penal (es el caso del MP de Chile, según regulación del CPP y de la LO 19.640). En el procedimiento ordinario español el Juez de instrucción dirige la investigación, asistido por la policía judicial, y el Ministerio Fiscal inspecciona la labor del juez, propone diligencias y, llegado el momento, decide acusar o solicitar el sobreseimiento (arts. 306, 311, 622, 632, 642, 649 y 650 LECrim). Luego, en su caso, sostiene la acusación ante la Audiencia (732 y 734 LECrim). Todo ello, referido al que se denomina procedimiento ordinario. En el mismo país se han diseñado otros modelos: la *Ley Reguladora de la Responsabilidad de los Menores*, LO 5/2000 de 12 de enero, atribuye la función instructora al Ministerio Fiscal (arts. 6, 23, 26 y 30), órgano que, concluida la instrucción, debe presentar al Juez de Menores un “escrito de alegaciones”, de contenido muy similar al de una acusación (art. 30.1 y 2); y en el *procedimiento abreviado* español se faculta al Fiscal practicar él mismo u ordenar a la Policía la práctica de las diligencias de investigación, cuando tuviere noticia de un hecho en apariencia delictivo (art. 773.2 LECrim), lo que permite, al menos en teoría, investigaciones paralelas entre el Juez de instrucción y el Ministerio Fiscal, hasta que este conozca de la existencia de un procedimiento judicial respecto de los mismos hechos, momento en que debe “cesar” en sus diligencias. Al respecto, comenta Ramos Méndez: “La dualidad de sistemas ha convivido sin pena ni gloria, absolutamente larvada y en plan vergonzante, porque es de lo más simple sacarle el protagonismo al Ministerio Fiscal tan pronto una parte se lo propone. Le basta con acudir directamente al juzgado”. RAMOS MÉNDEZ (2006) 38.

⁵⁰ “Sin esa separación entre las fases de instrucción y enjuiciamiento –explica Giulio Illuminati–, el acusador se situaría en una situación en la cual podría, al margen del contradictorio, preconstituir por su cuenta la prueba que serviría para fundamentar la sentencia, transformando así la actividad dirigida a la preparación del ejercicio de la acción penal, en una actividad de determinación de los hechos, función que viene exclusivamente atribuida al juez. La atribución al Ministerio Público de potestad exclusiva para desarrollar las funciones de investigación del hecho delictivo, debe estar compensada con la ineficacia probatoria de las diligencias de averiguación que él mismo lleve a cabo”. ILLUMINATI, Giulio (2008). *El Sistema Acusatorio en Italia*. Traducción y coordinación de Lorena WACHMAIER W. En AA. VV.: *Proceso Penal y Sistemas Acusatorios*. Madrid: Marcial Pons, p. 153.

penal, el Ministerio Público, y la segunda, al órgano jurisdiccional dotado de competencia penal⁵¹.

Agotada la investigación, por quien corresponda llevarla a cabo, es posible que el órgano persecutor se haya formado una positiva convicción acusadora, en otros términos, que decida acusar, porque estima necesaria la aplicación de una sanción penal a través de un juicio. Es la *acusación* el acto por el que la persona u órgano facultado para ello ejercita la pretensión procesal, pidiendo fundadamente al Tribunal que haga efectivo el reproche penal en contra de una persona determinada, por considerarlo responsable penalmente de uno o más delitos⁵².

En España, si bien la acusación la deduce el Ministerio Fiscal y el acusador particular, cuando proceda, a partir de la conclusión del sumario la LECrim otorga importantísimas funciones, no siempre compatibles entre sí, al Tribunal del juicio: debe confirmar o revocar la decisión del juez de instrucción que declaró cerrado el sumario; decide sobre el sobreesimiento de la causa, calificando, por tanto, la procedencia de las causales del art. 637; decide sobre la apertura del juicio oral, recibe las calificaciones y decide sobre la procedencia de las pruebas (art. 659); resuelve los artículos de previo y especial pronunciamiento arts. 666 y ss.); y luego el Tribunal conoce del juicio oral (arts. 680 y ss).

En resumidas cuentas, en España es el mismo Tribunal el que hace un control de la acusación, controla la concurrencia de los presupuestos procesales y conoce del juicio. La solución es diferente en otros ordenamientos, donde el importantísimo acto denominado audiencia preliminar (preparatoria o intermedia) es encomendado a jueces distintos de quienes tendrán a su cargo el juzgamiento, adoptándose recaudos bajo la forma de inhabilidades (*vg.* en Italia, no puede participar en el juicio el juez que ha actuado en la audiencia preliminar. En Chile no podría integrar el Tribunal del juicio Oral en lo Penal un juez que haya actuado como juez de garantía en la audiencia preparatoria de ese juicio oral, en el entendido, además, que el juez de garantía no conduce investigación alguna).

De lo que venimos predicando, esto es, la necesidad de separar las funciones de acusar, investigar y juzgar, se colige que el principio acusatorio se erige respetando un principio básico de la administración de justicia: la *imparcialidad* del juez.

⁵¹ MONTERO *et alii* (1998) 22.

⁵² GÓMEZ COLOMER *et alii* (1998) 243: "La acusación significa también jurídicamente (...), la interposición de la pretensión procesal penal, consistente en una petición fundada dirigida al órgano jurisdiccional, para que imponga una pena (u otra consecuencia jurídica del delito, es decir, o una medida de seguridad o una consecuencia accesoria) a una persona por un hecho punible que se afirma que ha cometido".

(5.5) LA CORRELACIÓN ENTRE ACUSACIÓN Y SENTENCIA

El principio acusatorio impone además respecto a la *congruencia* en el proceso penal o “correlación entre acusación y sentencias”⁵³.

Con ello queremos significar, en un primer acercamiento, la “correlación, subjetiva y objetiva, entra la acusación y la parte penal dispositiva de la Sentencia, cuya finalidad esencial consiste en posibilitar el ejercicio del derecho de defensa.”⁵⁴.

El tema debe ser referido cuidadosamente, porque, si bien excede con mucho los límites de esta investigación, nos conduce al problema del *objeto* del proceso penal⁵⁵. La determinación del objeto del proceso penal ha sido una materia no pacífica en la doctrina. Algunos autores ponen énfasis en el *hecho punible* como materia del proceso; otros en la *pretensión penal*, y otros en la *acción* que provoca la actividad jurisdiccional⁵⁶.

Para los efectos de nuestra investigación entendemos por *objeto del proceso penal* un hecho histórico concreto, establecido en el curso de un proceso jurisdiccional, por cuya ejecución se pide al Estado que imponga una pena u otra consecuencia jurídica, a una persona determinada, pues se considera que el primero coincide con la descripción típica contenida en un precepto penal, y que la segunda es responsable criminalmente del mismo⁵⁷.

El objeto del proceso penal es un *factum* y no un *ius*: se trata de una situación de hecho concreta⁵⁸ por la que se *anhela* la realización de la pre-

⁵³ PRIETO-CASTRO GUTIÉRREZ DE CABIEDES (1982) 341. Véase en particular, BETTIOL, Giuseppe (1966). “Sulla Correlazione tra Accusa e Sentenza”. *Scritti Giuridici*. Tomo II. Padova: CEDAM, pp. 750-752; y GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Eduardo (1974). “La Correlación entre Acusación y Sentencia”. *Estudios de Derecho Procesal*. Pamplona: Universidad de Navarra, pp. 509-537.

⁵⁴ GIMENO SENDRA (2004) 82.

⁵⁵ GUTIÉRREZ DE CABIEDES (1974) 76: “El principio acusatorio, decíamos, exige correlación entre acusación y sentencia. La cuestión estriba en saber cuál es el objeto de esa acusación, si un derecho de contenido concreto como en el proceso civil, o más bien un derecho cuyo único contenido formal es el proceso y que no se apoya en ningún derecho subjetivo penal, sino en un *hecho* que tiene apariencia de delito” (subrayado nuestro).

⁵⁶ Sobre los vínculos entre acción, pretensión penal y hecho punible, DE LA OLIVA SANTOS, Andrés (1972). *La Conexión en el Proceso Penal*. Pamplona: Universidad de Navarra, pp. 22-27, donde describe la existencia de una suerte de “flujo y reflujo hecho-acción-pretensión”.

⁵⁷ Sobre el objeto del proceso penal véase en general GÓMEZ ORBANEJA (1947), Tomo I, 49-62 y GÓMEZ ORBANEJA (1947) Tomo II, 286-316; BELING (1943) 79-88; FENECH, Miguel (1960). *Derecho Procesal Penal*. Volumen I. 3ª ed. Barcelona: Labor, pp. 390 y ss.; BETTIOL, Giuseppe (1966 a). “La Correlazione fra Accusa e Sentenza nel Processo Penale”. *Scritti Giuridici*. Tomo I. Padova, p. 222-306; PRIETO-CASTRO / GUTIÉRREZ DE CABIEDES (1982) 133 - 149; BAUMANN (1986) 267-294; GÓMEZ COLOMER *et alii* (1998) 94-111; GIMENO SENDRA (2004) 225-244.

⁵⁸ Afirma DE LA OLIVA (1972) 22, que el objeto del proceso penal es el *hecho punible*. Para GÓMEZ COLOMER *et alii* (1998) 94 y ss., los elementos determinantes del objeto del proceso penal son el *hecho criminal imputado* (o hecho punible) y la *persona acusada*. Escribe Ortells,

tensión penal estatal⁵⁹, de suerte que no se identifica por el *titulus condemnationis* ni por un *petitum* determinado⁶⁰.

En España, para algún sector el objeto del proceso penal está determinado por la *pretensión penal*, entendida esta como “la petición de una consecuencia jurídica (pena o medida de seguridad) dirigida al órgano jurisdiccional frente a una persona, fundamentada en unos hechos que se afirman coincidentes con el supuesto de hecho de una norma jurídica”⁶¹.

Nos parece muy clara la conceptualización en los términos de Baumann, quien integra dos elementos en su concepto de objeto del proceso penal: la situación de hecho concreta y la pretensión de pena estatal, pero solo como una *afirmación*. Señala el autor: “*A mi juicio objeto del proceso es, por*

que “Objeto del proceso lo es un concreto acaecer histórico, el hecho (que, jurídicamente valorado, es constitutivo de delito) que se afirma realizado por determinada persona. Esto lo impone tanto la funcionalidad hacia dentro del proceso del objeto mismo –a él se refieren la alegación y la prueba de los datos de hecho de los que depende la aplicación de la norma penal–, como la funcionalidad externa de ese objeto –es decir, dejar acotado el ámbito de la decisión a los efectos de la litispendencia y de la cosa juzgada–” (subrayado nuestro). ORTELLS *et alii* (1998) 281. Según VÉLEZ MARICONDE (1956), Tomo II, 62, el objeto principal del proceso penal es la *representación conceptual* de un hecho histórico determinado, del que surge una pretensión represiva.

⁵⁹ BAUMANN (1986) 278: “Solamente para lograr claridad se debe señalar que no interesa la consecuencia penal o la del derecho penal, sino, únicamente, su afirmación. (...)...en el proceso penal solo importan la afirmación de un hecho punible y el anhelo de que se realice la pretensión penal estatal” (subrayado nuestro).

⁶⁰ GUTIÉRREZ DE CABIEDES (1974) 78.

⁶¹ ASENCIO MELLADO, José M^a (2004). *Derecho Procesal Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 97-98. Para este autor, el objeto del proceso penal es la pretensión penal, integrada esta por los hechos que son el objeto de la pretensión, la pena solicitada, los sujetos, en especial la persona del imputado y la calificación jurídica, si bien esta no vincula al tribunal. En el mismo sentido se pronuncia GIMENO SENDRA (2004) 225-226, para quien el objeto principal del proceso penal es la *pretensión penal* o punitiva, entendida como “la declaración de voluntad, dirigida contra el acusado, en la que se solicita al juzgado o Tribunal de lo Penal una Sentencia de condena al cumplimiento de una pena o medida de seguridad fundada en la comisión por aquel de un hecho punible.” Para FENECH, Miguel (1960) 391 y ss., el objeto del proceso penal, en su etapa decisoria, es una *petición*, que tiende a obtener que se imponga una pena para quien aparece como responsable de un acto tipificado como delito o falta por el derecho penal material. Bettiol afirma que el objeto del proceso penal es la pretensión punitiva, entendida no como el derecho subjetivo de punir, sino como una pretensión hipotética: “una rappresentazione unilaterale del diritto soggettivo che il giudice può ritenere non fondato nei fatti allegati dall’organo dell’accusa”. BETTIOL (1966 a) 226. Pero también constituye el objeto el hecho delictuoso en cuanto presupuesto para la aplicación de la pena. En consecuencia, el objeto del proceso penal es “un fatto da cui sorge una pretesa punitiva statuata a carico di una persona determinata: il fatto e la relativa pretesa non vanno, però, intesi in senso reale ma in senso ipotetico perché diversamente il processo penale perderebbe la sua logica ragione di esistere e la pena potrebbe venir applicata in via amministrativa senza ricorso alle garanzie giurisdizionali”. BETTIOL (1966 a) 227. Por su parte, GÓMEZ COLOMER *et alii* (1998) 94 y ss., afirman que en el proceso penal, en el que rigen los principios de necesidad y oficialidad (agregamos, también, de legalidad), la pretensión no tiene un papel decisivo en la configuración del objeto del proceso.

consiguiente, la afirmación de la consecuencia penal (existencia de una pretensión penal estatal) de una situación de hecho determinada..."⁶².

En relación con sus caracteres, se suele predicar del objeto del proceso penal su *inmutabilidad* y su *indisponibilidad*⁶³. Así resulta que durante el curso del proceso el objeto no puede desaparecer ni cambiar de fisonomía por voluntad de las partes ni tampoco del tribunal⁶⁴; asimismo, las partes están vedadas de ejercitar actos de disposición que tiendan a evitar la sentencia penal⁶⁵.

En cuanto a su relevancia, es el objeto del proceso penal el que fija los límites de la investigación y la sentencia⁶⁶. El establecimiento del objeto es esencial para la suerte del proceso penal, desde que incide en sus presupuestos procesales: determina la jurisdicción de los tribunales penales de un Estado, frente a los de otro; fija la competencia penal genérica de los tribunales (en razón de la materia), la competencia objetiva de los mismos (según la cuantía de la infracción penal o el aforamiento de los sujetos) y la competencia territorial; determina la legitimación para actuar, según la titularidad de las acciones penales que establezca el ordenamiento. Por otra parte, la determinación del objeto del proceso penal sirve para la solución de los problemas de *litis* pendencia, la acumulación de procesos penales, si se ha producido variación o mutación del mismo objeto, la congruencia entre la acusación y la sentencia y los límites objetivos de la cosa juzgada⁶⁷. En buenas cuentas, el objeto del proceso penal determina la respuesta penal del Estado.

Desde el punto de vista de los *sujetos del proceso*, la sentencia no puede condenar (ni absolver) a quien no ha sido acusado durante el juicio y previamente declarado imputado durante la instrucción. En otras pala-

⁶² BAUMANN (1986) 271.

⁶³ PRIETO-CASTRO / GUTIÉRREZ DE CABIEDES (1982) 138; GÓMEZ COLOMER *et alii* (1998) 95-96.

⁶⁴ Con relación a la *inmutabilidad*, debemos precisar que el objeto del proceso penal se va configurando en el curso del proceso, durante los actos de formación del objeto (iniciación, investigación, prueba y sentencia, según GÓMEZ COLOMER *et alii* (1998) 95-96, desde que el hecho se determina sobre la base del *concepto procesal de hecho* y no jurídico-material. BAUMANN (1986) 271.

⁶⁵ En cuanto a la *indisponibilidad*, los ordenamientos reconocen algunas consecuencias en el objeto atribuibles a determinados actos de las partes. Vg. la conformidad del acusado en las oportunidades que refieren los artículos 655, 688, 787 y 801 LECrim (en este último caso, podría el Juez de Guardia incluso suspender la ejecución de la pena); o la admisión de responsabilidad en el régimen original del procedimiento simplificado en Chile (según el texto original del art. 395 CPP Chile, por su admisión de responsabilidad podía el juez aplicar solo una multa al acusado, en vez de la pena de prisión); o la institución de los *acuerdos reparatorios* que provocan el sobreseimiento definitivo de la causa, una vez cumplidas las obligaciones que contrajo el imputado (art. 242 CPP Chile).

⁶⁶ En otras palabras, determina la correlación existente entre hecho imputado, acusación y sentencia. GÓMEZ COLOMER (1985) 40.

⁶⁷ GÓMEZ ORBANEJA (1947) Tomo I, 54-55; BAUMANN (1986) 282-291; GÓMEZ COLOMER *et alii* (1998) 96; GIMENO SENDRA (2004) 225.

bras, el procesamiento (o su equivalente que formaliza la investigación), la acusación (o el acto que haga las veces de tal) y la sentencia, deben referirse al mismo e idéntico sujeto pasivo del proceso penal. Ello tiene relevancia para la eficacia subjetiva de la cosa juzgada y sus límites subjetivos⁶⁸.

No abarcaremos el tema desde cuándo se adquiere la calidad de imputado en el proceso penal, no porque carezca de importancia –por el contrario, su determinación es gravitante en la suerte del sujeto pasivo–, sino porque estamos convencidos que la calidad de imputado se adquiere desde que surge para el individuo la *necesidad de defenderse* de la persecución penal. Esa necesidad es el resultado de la posición en que se coloca al mismo individuo desde que es sujeto pasivo de cualquier acto del Estado que signifique el ejercicio de su poder-deber de perseguir criminalmente. En buenas cuentas, la calidad de imputado se adquiere desde que se es sujeto pasivo de la persecución penal⁶⁹.

⁶⁸ Entendemos por eficacia subjetiva de la cosa juzgada, la determinación de los sujetos a quienes alcanzan sus *efectos*, es decir, aquello que la sentencia declara o constituye. En cuanto a la extensión de la cosa juzgada penal, sugerimos revisar el estudio de CARNELUTTI, Francesco (1961 a). “Eficacia Directa y Refleja de la Cosa Juzgada Penal”. *Cuestiones de Derecho Procesal*. Traducción de S. Sentís, Buenos Aires: EJEA, pp. 253-270, donde el autor pone en crisis a tradicional idea de la eficacia *erga omnes* de la cosa juzgada penal, proponiendo distinguir: la eficacia directa (o inmediata) y la eficacia refleja (o indirecta) de la cosa juzgada penal. Relaciona también Carnelutti la eficacia “*ultra reum*” con los efectos extensivos de la impugnación y la reforma *in melius* de la resolución impugnada. En cuanto a los límites subjetivos de la cosa juzgada penal, con relación a las identidades que exige el instituto, GÓMEZ ORBANEJA, E. / HERCE QUEMADA, V. (1984). *Derecho Procesal Penal*. 10ª ed. Madrid, p. 311: “La cosa juzgada penal queda circunscrita, subjetivamente, por la identidad de la persona del inculpado (...). Dicho de otro modo: no se puede proceder de nuevo por el mismo hecho contra la misma persona que ya hubiese sido juzgada por él (fuese absuelta o condenada en la primar instancia). Subjetivamente, el efecto jurídico no toma en cuenta quién fuese el acusador.”. En el mismo sentido, PRIETO-CASTRO / GUTIÉRREZ DE CABIEDES (1982) 347 - 348; GIMENO SENDRA (2004) 693; FENECH (1960) 383-384, de donde se deduce que en el proceso penal la identidad subjetiva se limita a la persona del imputado. Para Almagro Nosete la vinculación de la cosa juzgada se produce respecto de las partes acusadas, haciendo notar sí que “en realidad la simbiosis entre hechos y sujetos delictivos es muy estrecha, ya que lo que se enjuicia son conductas delictivas que se traduce en una determinada mutación del mundo exterior; con ello quiere decirse que siempre debe ponderarse, en relación con causas aparentemente objetivas, su relación con el sujeto tomando, además en consideración que los efectos de la declaración sobre la inexistencia del hecho no limitan la plenitud enjuiciadora de los Tribunales de lo penal”, relación que ya había puesto de relieve Carnelutti, al explicar que los límites subjetivos de la cosa juzgada se fundan en un límite *objetivo*, fijado por los contornos de la *litis*. CARNELUTTI, Francesco (1961a) 256; ALMAGRO NOSETE, José (1996). *Lecciones de Derecho Procesal Penal*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, p. 15.

⁶⁹ Nos parece ser esta la interpretación más acorde con la garantía del derecho a la defensa material y técnica, que consagran los instrumentos internacionales sobre derechos humanos. En el ámbito de los ordenamientos internos, es muy clara la decisión del legislador del CPP Chile, art. 7: “*Calidad de imputado*. Las facultades, derechos y garantías que la Constitución Política de la República, este Código y otras leyes reconocen al imputado, podrán hacerse valer por la persona a quien se atribuyere participación en un hecho punible desde la

De otra parte, para la salvaguarda de la congruencia es fundamental que el sujeto pasivo del proceso penal *conozca que lo es*, es decir, que se le haya hecho saber válida y oportunamente la imputación penal y su contenido. Esto es lógico si se considera que al imputado, como sujeto del proceso penal, le asiste el pleno ejercicio del derecho de defensa⁷⁰.

Desde el punto de vista del *hecho punible*, el respeto a la congruencia exige que la sentencia se pronuncie sobre los mismos hechos por los que se ha acusado, que a su turno no pueden referirse sino a los hechos por los que se ha sometido a proceso; en otras palabras, el contenido de la sentencia está constreñido por los hechos por los que se ha perseguido criminalmente⁷¹.

El tema nos conduce irremediablemente al problema de la *modificación del objeto del proceso penal*, durante la fase de juicio o en la fase recursiva, cuestión que también tiene relevancia –y la tiene desde el punto de vista práctico– cuando se debate acerca de la cosa juzgada y la litis pendencia. En nuestra investigación haremos una breve referencia solo al primer asunto.

Como señala Gómez Colomer, planteado el problema de la alteración del objeto del proceso, es preciso identificar los elementos objetivos y subjetivos del mismo, es decir, el hecho punible y la persona del acusado, y luego comparar el objeto del proceso con aquel que resulte de la sentencia o del proceso de impugnación⁷².

Para la identificación del hecho, la doctrina ha seguido, principalmente, dos corrientes: la doctrina naturalista y la teoría normativista⁷³. Sin perjuicio del mérito de la primera en recalcar que el objeto del proceso penal es un *factum* y no un *ius*, es preciso relacionar la situación de hecho concreta y el Derecho penal⁷⁴, de suerte que, de acuerdo con la segunda doctrina, el objeto es “el acaecer real reducido a una unidad,

primera actuación del procedimiento dirigido en su contra y hasta la completa ejecución de la sentencia” (subrayado nuestro).

70 Vg. art. 14.3 PIDCP; art. 8. 2 c), d) e) y f) CADH.

71 En general los autores se refieren a la congruencia en este sentido, indicando que no se puede condenar por un hecho punible distinto del que fue objeto de la acusación GUTIÉRREZ DE CABIEDES (1974) 79; ORTELLS (1998) 331; GIMENO SENDRA (2004) 83; ARMENTA DEU (2007) 43. Por nuestra parte preferimos, además, extender la garantía de la congruencia a los hechos contenidos en el auto de procesamiento o la actuación procesal que haga sus veces, lo que justifica entender la necesaria función preparatoria de la instrucción y la interdependencia de las etapas del proceso penal. Para el caso español, así entendemos la previsión del legislador, que en el artículo 789.3 LECrim prohíbe la mutación substancial del *hecho enjuiciado*. La correlación entre acusación y sentencia, en palabras de Bettiol, es el problema “della identità del fatto attraverso tutte le vicissitudini processuali” (subrayado nuestro). BETTIOL (1966) 750.

72 GÓMEZ COLOMER *et alii* (1998) 101.

73 GÓMEZ ORBANEJA (1947) Tomo II, 296 - 307.

74 BAUMANN (1986) 274.

atendiendo al modo como el legislador penal configura las unidades de la conducta humana a las que llama delitos o faltas⁷⁵.

Luego, frente al problema de la subsistencia o alteración del objeto del proceso penal, es decir, su *congruencia*, del proceso de comparación puede resultar o no su *identidad*⁷⁶. En este punto, la doctrina, en general, construye la identidad sobre la apreciación de dos elementos: la actividad típica y el bien jurídico protegido. Estaremos, entonces, en presencia de un mismo hecho, cuando exista identidad total o parcial en los actos de ejecución descritos en el tipo penal y, aun faltando ella, el bien jurídico protegido por los diversos delitos sea el mismo⁷⁷.

Los ordenamientos suelen dotar a las partes y a los jueces de algunas atribuciones que bordean los límites que impone la congruencia. En España nos referimos a las llamadas “conclusiones definitivas” y la facultad del artículo 733 LECrim. En el primer caso, del art. 732 LECrim, la calificación definitiva nunca puede significar “una mutación esencial del objeto procesal”⁷⁸, cuestión que la jurisprudencia se ha encargado de deslindar. La segunda posibilidad, del art. 733 LECrim, permite al tribunal acercarse a la configuración del objeto del proceso penal, porque, según recuerda Gómez Orbaneja, “objeto de la sentencia, a tenor de 741, y consiguientemente de la acción penal, es el hecho como resulte de las pruebas practicadas en el juicio, y no el hecho exclusivamente considerado en la perspectiva jurídica en que venga afirmado por el acusador”⁷⁹.

⁷⁵ GÓMEZ COLOMER *et alii*. (1998) 102.

⁷⁶ GÓMEZ ORBANEJA (1947) Tomo II, 291 y 292: “Lo que interesa, pues, es determinar cuál sea ese concepto procesal de hecho, gracias al cual podamos, al comparar dos objetos procesales (...) saber si coinciden o difieren; y consiguientemente, dentro de un mismo proceso, si el contenido de la sentencia corresponde al de la acción ejercitada; y en dos procesos distintos, si la primera acción excluye a la segunda, bien por litis pendencia o por cosa juzgada” (subrayado nuestro).

⁷⁷ GÓMEZ COLOMER *et alii* (1998) 102. Para ROXIN (2000) 161, lo que debe permanecer intacto es la “sustancia del acontecimiento acusado”. Baumann, consecuente con su concepto de objeto del proceso, afirma que hay identidad “si se afirma la consecuencia penal de una situación de hecho determinada para la misma persona”. BAUMANN (1986) 279. Resulta muy interesante la explicación de Gutiérrez de Cabiedes, para quien —explicando las ideas de Beling y Liu— antes que la inmutabilidad de la unidad material del hecho, lo que debe permanecer inalterado es su objeto normativo (núcleo básico y común a varios tipos penales) desde el procesamiento hasta la sentencia. Y para extender la subsistencia del objeto normativo desde la autoría a las hipótesis de participación, concluye el autor: “...existe correlación e identidad si el objeto normativo de la acusación y la sentencia permanece inalterado, también en ciertos casos en que es el mismo bien jurídico protegido atacado [se refiere a la complicidad], y por último aún siendo distinto ese bien si está tan conexo con el atacado como lo está el caso del encubrimiento”. GUTIÉRREZ DE CABIEDES (1974) 88.

⁷⁸ GIMENO SENDRA (2004) 669, amén de la jurisprudencia del TS que allí cita con abundantes referencias al respeto de la *homogeneidad entre los bienes jurídicos* que protegen los delitos a que se refieren las diversas calificaciones.

⁷⁹ GÓMEZ ORBANEJA (1947) Tomo II 291.

En el procedimiento abreviado español encontramos el art. 789.3 LECrim, cuya interpretación en armonía con los art. 788.3 y 733 debe conducir a que no se permita la incorporación de una nueva acusación en el juicio y, en consecuencia, una alteración del objeto del proceso⁸⁰.

En Portugal, una alteración sustancial de los hechos descritos en la acusación no puede ser tomada en cuenta por el Tribunal, para efectos de condenar en el proceso en curso; pero la comunicación al MP vale como denuncia (art. 359 N° 1 CPP Portugal). Sin embargo, si el MP, el encausado y su defensor están de acuerdo, puede continuarse el juzgamiento de los nuevos hechos en el mismo proceso, siempre que el Tribunal fuere competente (art. 359 N°2)⁸¹.

Lo propio ocurre en el ámbito americano. El *Proyecto de CPPN Argentina* exige la correlación entre acusación y sentencia (Art. 305: “La sentencia no podrá tener por acreditados otros hechos u otras circunstancias que los descritos en la acusación...”), pero permite al acusador ampliar la acusación durante el debate, a causa de revelación o retractación, a hechos no contenidos en ella siempre que sean relevantes para la calificación legal (art. 292), en cuyo caso la correlación también se impone entre la sentencia y la ampliación (completamos el art. 305: “... y, en su caso, en la ampliación de la acusación.”) y, además, permite al Tribunal otorgar una calificación más grave que la del acusador, debiendo reabrir el debate si ella no se hubiere discutido en la audiencia (art. 305 inciso 2°)⁸².

En Chile, el art. 341 del CPP limita la sentencia al contenido de la acusación; no obstante, el Tribunal de Juicio Oral puede calificar los hechos de una manera diferente y, siempre que lo hubiere advertido en la audiencia de juicio a los intervinientes, apreciar la concurrencia de una circunstancia agravante de responsabilidad penal. La infracción a esos mandatos puede generar un vicio reparable por la vía del recurso de nulidad (art. 374 letra f CPP Chile).

⁸⁰ ASENCIO MELLADO (2004) 105.

⁸¹ La disposición del art. 359 N° 2, que ha sido calificada de *pragmática y economicista*, resulta incoherente con la solución del art. 303 N° 3 del mismo Código, que dispone que para el caso que de los actos de instrucción resulten alteraciones sustanciales a la acusación, el MP debe abrir una investigación por tales hechos (lo que excluye, por tanto, incluirlos en la acusación). Por otra parte, de la solución del art. 359 N°2 se ha reclamado, por alguna doctrina, su inconstitucionalidad, pues vulneraría el principio acusatorio e introduce elementos para sospechar de la parcialidad de los jueces. MAIA GONÇALVES (2002) 701, para quien la solución es constitucional desde que se construye sobre la base del acuerdo con el imputado y su defensor.

⁸² No obstante, el tribunal no puede imponer una pena más grave que la pedida por los acusadores (art. 305 inciso final), de donde colegimos que la tesis debe ser aceptada por la acusación fiscal o particular.

(5.6) *NE REFORMATIO IN PEIUS*

El respeto del principio acusatorio, importa, según esta explicación, la prohibición de la reforma peyorativa (*ne reformatio in peius*).

La competencia del Tribunal de alzada –en sentido amplio comprensivo de segunda instancia, casación u otra sede revisora de la sentencia– está limitada a las alegaciones que la acusación y la defensa han sometido a su conocimiento, de suerte que una agravación de la pena realizada *ex officio* genera indefensión para el recurrente⁸³. Precisamente la prohibición de reforma peyorativa impide al Tribunal revisor modificar la resolución impugnada en perjuicio del imputado, cuando hubiera sido recurrida solamente por este o en su interés y sin que haya mediado recurso acusatorio⁸⁴.

La vigencia del principio acusatorio impide que, faltando un recurso del acusador, el Tribunal de alzada desmejore la situación jurídica del imputado, bien condenándolo si ha sido absuelto por la sentencia impugnada, bien agravando la pena impuesta por la misma, dado que, faltando esa actividad del acusador –*ne procedat iudex ex officio*– este tribunal carece de la competencia para pronunciarse en ninguno de esos sentidos⁸⁵.

Alguna doctrina funda la vigencia de la prohibición de *reformatio in peius* en la inviolabilidad del derecho a la defensa, desde que la agravación de la pena, no solicitada por el recurrente, impediría su pleno ejercicio⁸⁶. Pero, sin desconocer ese vínculo –en fin, muchas garantías se reconducen finalmente al derecho a la defensa– parece más claro relacionar la prohibición de la reforma peyorativa con el principio acusatorio, pues la competencia del Tribunal revisor queda, por lo general, limitada a los puntos que los recurrentes han sometido a su decisión y que consideran les causa agravio.

Y aun si se dudara que es el principio acusatorio el que fundamenta la prohibición de la reforma peyorativa como límite a la competencia del Tribunal de alzada, desde que el principio acusatorio que hoy se reconoce es solo formal, habría que buscar el fundamento en *hacer operativo el*

⁸³ GIMENO SENDRA (2004) 86.

⁸⁴ CAFFERATA NORES, José (2002). “La Prohibición de la *Reformatio in Peius* en el Juicio de Reenvío”. *Eficacia del Sistema Penal y Garantías Procesales. ¿Contradicción o Equilibrio?* Córdoba, Argentina: Mediterránea, pp. 79-94. En el mismo sentido MAIER (2004) 590.

⁸⁵ ARMENTA DEU (2007) 43: “La necesidad de una acusación se extiende a las diferentes instancias sin que pueda apreciarse que la existente en la primera sirva a tales efectos, exigiéndose así, también, la formulación de acusación en esta segunda instancia, abierta a través del recurso de apelación”. Nos parece, eso sí, que si la prohibición de la *reformatio in peius* es un límite a la aplicación del derecho punitivo, esta debe regir en todos los grados jurisdiccionales en que se conoce la impugnación de una sentencia penal.

⁸⁶ GIMENO SENDRA (2004) 86 y la jurisprudencia que cita.

derecho al recurso: la necesidad de garantizar al imputado la *libertad* y la *tranquilidad* para recurrir⁸⁷.

Los ordenamientos reconocen la prohibición como límite a su competencia: así, el art. 902 LECrim a propósito del recurso de casación; art. 597.3 CPP Italia, recogido en la apelación; art. 409 CPP Portugal, en normas generales sobre los recursos; art. 360 inciso final CPP Chile, en las disposiciones generales sobre los recursos; art. 349 inciso 3° Proyecto de CPPN Argentina, a propósito de las disposiciones generales sobre los recursos; art. 344 del CPPM para IA (*Extensión del examen. "Reformatio in peius"*).

(5.6.1) Algunas ideas sobre la reforma peyorativa y el juicio de reenvío

Aunque excede en mucho los límites de este trabajo, algo debemos decir acerca de la aplicación del límite *non reformatio in peius* en la sentencia de reenvío: el juez que conoce el juicio de reenvío, ¿está sujeto a la prohibición de no agravar la situación jurídica del acusado que dedujo, como único recurrente, el recurso de casación o nulidad cuya sentencia (sentencia de casación o de nulidad) ha ordenado la celebración del nuevo juicio (juicio de reenvío)?

Aceptando la tesis que declarada la nulidad en el recurso, la sentencia anulada no produce efecto alguno y que, por tanto, el juez que conoce del juicio de reenvío no tendría cómo verificar si la nueva sentencia es o no más perjudicial al acusado, plantear siquiera la vigencia de la prohibición carece de cualquier sustento técnico⁸⁸.

Conforme la tesis que el juicio de reenvío se encuentra ligado al primer juicio en razón de la sentencia de casación o de nulidad (idea de unidad del proceso), cabría aplicar en aquel el límite *non reformatio in peius*, de suerte que la nueva sentencia no podría contener un efecto más desfavorable que la del primer juicio⁸⁹.

⁸⁷ CAFFERATA (2002) 83. En el mismo sentido Maier, para quien la prohibición de que hablamos se cobija en la seguridad jurídica del recurrente: "La seguridad jurídica del recurrente recibe, con ella, un nuevo apoyo: él sabe que, por su recurso (esto es: si no recurre otro individuo en su contra), lo peor que puede sucederle consiste en la confirmación del fallo. Precisamente, el fundamento político que se exhibe para sostener la regla confirma su razón de ser: de otra manera, recursos perfectamente fundados no se interpondrían —aceptándose sentencias injustas— por temor a la agravación de las consecuencias". MAIER (2004) 593.

⁸⁸ Así opinan PELLEGRINI GRINOVER, Ada, *et alii* (2000). *Recursos no Processo Penal*. São Paulo: Revista Dos Tribunais, p. 47

⁸⁹ En este sentido, Cafferata, quien expresamente sostiene que el juez del juicio de reenvío "se encuentra vinculado al juicio anterior a través del procedimiento impugnativo que culminó en la anulación, por tratarse de la misma causa que ha sido decidida y debe volverse a decidir con criterio integrativo (!) complementario de la sustitución". CAFFERATA (2002) 89. La misma opinión defiende MAIER (2004) 636.

Somos de la idea que la prohibición de *reformatio in peius* debe proteger al recurrente, en los supuestos de aplicación, no solo durante la fase del recurso sino hasta el juicio de reenvío. Ello, porque no aceptar la prohibición en este segundo juicio supone admitir que aquella se agota en la sentencia de casación o nulidad y que en la actividad procesal venidera –el juicio de reenvío tiene su fundamento último en la misma imputación penal que dio origen al juicio del que resultó la sentencia anulada– el imputado quedará desprovisto de ese resguardo del Estado⁹⁰.

De los ordenamientos que hemos citado, solo el Proyecto de CPPN Argentina admite expresamente limitar la competencia del juez de reenvío al *non reformatio in peius* en cuanto a la pena (art. 368 inc. 2º: “Si el reenvío procede como consecuencia de un recurso del imputado o del fiscal en su favor, en el nuevo juicio no podrá aplicarse una pena superior a la impuesta en el primero”).

El CPP Italia guarda silencio en la materia; aun, expresa que el juez de reenvío decide con los mismos poderes que tuvo el juez del primer juicio, pero le ordena *uniformarse* a la sentencia de casación en las cuestiones de derecho (“*principio di diritto fissato*”), según su art. 627⁹¹.

Nada expresa el CPP Chile que refleje algún criterio para sustentar las ideas expuestas⁹²; tampoco el CPP de Portugal.

6) LOS PRINCIPIOS DE NECESIDAD (O LEGALIDAD) Y DE OPORTUNIDAD EN EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL

Aceptados los principios de investigación oficial y acusatorio formal, según el esquema que seguimos, cabe preguntarse si el órgano encargado

⁹⁰ CAFFERATA (2002) 93: “La sanción de nulidad de la sentencia de condena, dispuesta a favor del imputado, *paradójica e ilegalmente* se hace jugar finalmente en su contra, pues en lugar de ser el “trofeo” que ha logrado con su inicial éxito recursivo, se transforma en la vía para habilitar una mayor “derrota”. ¡Ganó,... pero perdió!”.

⁹¹ Pero alguna doctrina estima que la prohibición rige también para el juicio de reenvío. Así, SIRACUSANO, Delfino, *et alii* (2004). *Elementi di Diritto Processuale Penale*. Milano: Giuffrè, p. 291: “Altro limite è costituito dell’operatività della *reformatio in peius*, in quanto esso rappresenta un principio di portata generale applicabile anche al giudizio di reenvío”.

⁹² Por el contrario, conocemos un fallo que ha limitado la prohibición de reforma peyorativa a los solos efectos del recurso. Así, *vg.*, la Sentencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta de 30-V-2007, en la causa Rol 91-2007, declaró: “... el legislador en el inciso final del artículo 360 [del CPP], determinó que si la resolución hubiere sido objeto de recurso por un solo interviniente, la Corte no puede reformarla en perjuicio del mismo, consagrando lo que se denomina la (sic) *reformatio in peius*, que constituye una de las manifestaciones del derecho de defensa, esto es, la prohibición de que el tribunal conociendo del fallo de un recurso interpuesto pueda modificar la resolución en contra del mismo recurso, situación que anteriormente permitía el artículo 528 del Código de Procedimiento Penal. (...) Que como puede advertirse la *reformatio in peius* solo alcanza al ámbito estricto de la jurisdicción de la Corte, dentro de los límites del recurso deducido, y pretender darle una aplicación y hacerla extensiva a un futuro juicio oral, como lo pretende la defensa, resulta del todo improcedente.”

de la persecución penal, frente a un hecho que pudiera constituir delito o falta, está o no facultado para abstenerse de actuar en los casos en que lo considere innecesario, inoportuno o no conveniente. Las alternativas que se plantean son dos: la vigencia del *principio de legalidad* en la persecución penal niega totalmente esa facultad, mientras que *el principio de oportunidad* la concede⁹³. El *principio de legalidad* es una consecuencia del de persecución oficial y la atribución de las funciones de investigar, acusar y juzgar a distintos órganos: la investigación y la acusación son actos *debidos* para el órgano a quien la ley le atribuye tales funciones⁹⁴. El *principio de oportunidad* descansa sobre la idea que el Estado no siempre debe hacer efectivo el *ius puniendi*, aun cuando se verifique la conducta descrita en la norma penal y se lesione el bien jurídico protegido (“Si cualquier mínimo delito –escribe Baumann– fuera perseguido en forma intransigente, el poder de la administración de justicia se perdería sin remedio”⁹⁵), concediendo al órgano de persecución ciertos márgenes de discrecionalidad para actuar, bien conforme a su propio criterio, bien de acuerdo a las condiciones que la propia ley fija (“oportunidad reglada”)⁹⁶.

Como hemos adelantado ya respecto a los otros principios, la vigencia del principio de legalidad en el proceso penal no es absoluta; suele atemperarse con la aceptación, en mayor o menor grado, del principio de oportunidad y no encuentra aplicación en el ámbito de los delitos de acción penal privada.

En el ordenamiento procesal penal español rige el principio de legalidad, salvo en los delitos de acción penal privada, puesto que el Ministerio Fiscal tiene la ‘obligación’ de ejercer la acción penal pública⁹⁷,

⁹³ BELING (1943) 25. Gimeno Sendra afirma que el proceso es necesario si “con independencia que la acción sea ejercitada por las partes, puede o ha de ser realizada por el órgano jurisdiccional, cuando concurren los supuestos materiales que la determinan, asumiendo el Juez el dominio del proceso.” “Por el contrario, un proceso presidido por el principio de oportunidad significa que las partes son enteramente dueñas de la incoación, continuación y terminación del proceso”. GIMENO SENDRA (1981) 193.

⁹⁴ BAUMANN (1986) 59: “Por tanto, por principio de legalidad entendemos aquel principio con arreglo al cual el ministerio público debe aclarar la situación y promover la acción pública. Si así no fuera, ¿cómo podrían llegar ante el tribunal los hechos punibles?”. En el mismo sentido, TOLOMEI (1947) 117.

⁹⁵ BAUMANN (1986) 61-62.

⁹⁶ ARMENTA DEU (2007) 33 - 34. Sobre el principio de legalidad (u obligatoriedad, en un sentido) y su defensa, véase TOLOMEI (1947) 116 - 157. Con relación al principio de oportunidad, véase ARMENTA DEU, Teresa (1991). *Criminalidad de Bagatela y Principio de Oportunidad: Alemania y España*. Barcelona: PPU. Véase, además, BARONA VILAR (1994) 222-233 y MAIER (2004) 834-841.

⁹⁷ Ello resulta de relacionar art. 100, 101 y 105 LECrim. Acusamos la confusión entre los imperativos de conducta deber y obligación. Para el Ministerio Fiscal el ejercicio de la acción penal es un acto debido, pues se trata de un órgano que actúa una función pública. Sobre el principio de legalidad en la LECrim, GÓMEZ ORBANEJA (1947) Tomo II, 525-529. Para el autor rige poderosamente en el sistema español el principio de legalidad en el ejercicio de la acción penal, desde que la querrela del Ministerio Fiscal no es el supuesto único y necesario

es decir, la que nace de todo delito o falta⁹⁸, con total independencia que exista o no acusador particular; el perjudicado por el hecho puede 'mostrarse parte' en el proceso y hacer valer las acciones civiles y penales (110 LECrim). No obstante, el principio admite limitaciones fundadas en criterios de política criminal, como en el caso de los delitos semipúblicos con "interés público" a que se refiere la parte segunda del 105 LECrim, con relación al 191.1, 287 y 296 CP⁹⁹ o los delitos semipúblicos "puros" (excluyendo los casos de incapacidad de la víctima, los delitos de los artículos 161 y 226 y 227, del CP)¹⁰⁰, en criterios de economía procesal¹⁰¹, en la aceptación de la voluntad de los justiciables que determina el resultado del juicio (la "conformidad")¹⁰² y en discutibles razones de oportunidad.

La doctrina española busca la aplicación de criterios de oportunidad en la configuración del deber del Ministerio Fiscal de ejercitar todas las acciones que estime *procedentes* (105 LECrim), relacionado aquel con la misión que le encomienda el art. 124.1 CE¹⁰³. Pero manifestaciones expresas de oportunidad, a nuestro entender, se encuentran en el procedimiento abreviado, a propósito de la figura del Fiscal investigador (art. 773.2 LECrim) y en la LO 5/2000, de 12 de enero, sobre respon-

de incoación del proceso penal y las causales de sobreseimiento están taxativamente indicadas por la ley.

⁹⁸ Nos parece de incorrecta técnica legislativa afirmar hoy que de los delitos *nazcan* acciones, idea que no se condice con la garantía de la tutela judicial efectiva del art. 24 CE y no explica los procesos de los que resultan sobreseimientos ni sentencias absolutorias. Además, la acción penal es un *ius ut procedatur* y no un derecho a la pena. GÓMEZ ORBANEJA (1947) Tomo II 187 y ss.

⁹⁹ Así en la clasificación de GIMENO SENDRA (2004) 178-179, atendiendo al hecho que en ciertas hipótesis (desvalimiento de la víctima en 191.1 o afectación al interés público en 287.2 y 296.2 CP) el Ministerio Fiscal comparte la titularidad de la acción penal con el ofendido.

¹⁰⁰ No se trata de normas que hagan aplicación de criterios de oportunidad, sino más bien, de acciones públicas para cuya promoción se requiere de la voluntad favorable del ofendido. Así lo explican Alfredo Vélez Mariconde y Sebastián Soler, en la *Exposición de Motivos del Código de Procedimiento Penal de la Provincia de Córdoba* (Argentina) de 1937, que fuera aprobado con escasas modificaciones al proyecto original de sus autores: "El derecho del particular es singularísimo, porque se agota con su ejercicio: expresada su voluntad favorable a la iniciación del proceso, su poder dispositivo perece, se extingue entera y definitivamente; en otros términos, salvado el obstáculo que se opone a esa iniciación, promovida la acción, toda manifestación de voluntad contraria el ejercicio de la misma es irrelevante. Diríase que el Estado recobra incólume su potestad de reprimir. Es que se trata de una acción pública".

¹⁰¹ Nos parece que evitar al Estado largos y costosos procesos penales obedece a criterios de economía antes que de oportunidad. Bajo este criterio colocamos la situación del sobreseimiento provisional por insuficiencia de prueba (641 LECrim) u otras instituciones análogas como el archivo provisional de la investigación (vg. art. 167 CPP Chile).

¹⁰² Sobre el "principio de consenso", ARMENTA DEU (2007) 34-35; BARONA VILAR (1994) Cap. III.

¹⁰³ GIMENO SENDRA (2004) 189. En contra GÓMEZ ORBANEJA (1947) Tomo II 528-529, para quien no debe confundirse "procedencia" con "discrecionalidad" en el sentido de oportunidad.

sabilidad de los menores, con instituciones como el “*desistimiento de la incoación del expediente por corrección*” (art. 18), “*sobreseimiento del expediente por conciliación o reparación*” (art. 20) o la “*suspensión del fallo*” (art. 40)¹⁰⁴.

En Alemania, donde el Ministerio Público tiene la titularidad exclusiva del ejercicio de la acción penal, rige el principio de legalidad, empero no absolutamente, pues la Ordenanza Procesal Penal reconoce la aplicación del principio de oportunidad por insignificancia del hecho, que permite a la Fiscalía archivar los antecedentes (en algunos casos, incluso, sin aprobación del Tribunal; § 153 StPO); además puede archivar el procedimiento cuando el interés en la persecución penal puede satisfacerse de otro modo (*vg.* la reparación del daño; § 153a StPO), por motivos políticos o cuando al mismo se oponen intereses estatales prioritarios (*vg.* algunos casos de traición § 153e StPO) o cuando el ofendido puede perseguir por sí mismo la responsabilidad penal (delitos de acción privada; § 158 StPO)¹⁰⁵.

En Francia existe un sistema de oportunidad: al recibir la denuncia, el fiscal puede *clasificarla* (archivarla provisionalmente) sin consecuencias jurídicas, aun cuando el hecho sea delictuoso. Existe una alternativa, entre la acusación y la clasificación, que encuentra fundamento en la necesaria reparación a la víctima de los efectos patrimoniales del delito: son los supuestos de mediación penal y de composición penal¹⁰⁶.

Lo propio regulan los modernos códigos procesales americanos. El de Chile contempla expresamente el principio de oportunidad como fundamento para no perseguir criminalmente, sin perjuicio de reconocer, además, otros límites al principio de legalidad en el ejercicio de la acción penal fundados en criterios de economía procesal (facultad de no iniciar investigación, archivo provisional y decisión de no perseverar en la investigación) y algunas interesantes alternativas a la sentencia penal, como vías para la satisfacción de los intereses de los justiciables (*suspensión condicional del procedimiento* y *acuerdos reparatorios*)¹⁰⁷.

¹⁰⁴ § 9 de la Exposición de Motivos.

¹⁰⁵ Los criterios de oportunidad se remiten, básicamente, a la insignificancia del hecho (“delincuencia de bagatela”), a la culpabilidad mínima del autor, a la escasa relevancia de la sanción a imponer, al mínimo interés público, etc. BAUMANN (1986) 58-74; GÓMEZ COLOMER (1985) 47-48; ROXIN (2000) 87-97.

¹⁰⁶ LACOSTE (2002) 169 a 176.

¹⁰⁷ En Chile se contempla un *principio de oportunidad* reglado y sujeto a control judicial (art. 170 CPP Chile), pudiendo el Fiscal no iniciar la investigación o abandonarla si el hecho no comprometiére gravemente el interés público, salvo que el delito tenga asignado una determinada pena mínima o que haya sido cometido por un funcionario público ejerciendo sus funciones. Se regulan también los llamados *acuerdos reparatorios* (art. 241) procedentes solo en algunos casos (delitos patrimoniales, ciertas lesiones y delitos culposos) cuyo cumplimiento íntegro y oportuno por el obligado provoca el sobreseimiento definitivo de la causa. La *suspensión condicional del procedimiento* (art. 237) sujeta al imputado a determinadas

El Proyecto de CPPN Argentina reconoce también un principio de oportunidad reglado, ejercido por el Ministerio Público Fiscal en los casos expresamente autorizados por el Código Penal¹⁰⁸. Se contemplan, además, soluciones alternativas que tienden a satisfacer los intereses de la víctima, como la conciliación, la reparación total y la suspensión del juicio a prueba (arts. 14 a 16).

7) COROLARIO: IRRETRACTABILIDAD DE LA ACCIÓN PENAL

Como consecuencia del principio de legalidad en el ejercicio de la acción, resulta su *irretractabilidad*: una vez promovida, su titular no puede renunciar a su ejercicio, ni abstenerse de ejecutar los actos en que se concreta¹⁰⁹.

Afirma Gómez Orbaneja, en sus *Comentarios*, que en el sistema español, promovida la acción penal de oficio o por un particular, el Ministerio Fiscal debe adoptar una posición acusando o pidiendo la absolución: su postura no puede ser neutra ni menos invocar un *non liquet* antes de la apertura o durante el juicio¹¹⁰.

Otros sistemas sí permiten al Ministerio Público desistirse de la acción penal¹¹¹.

condiciones fijadas en la ley e impuestas por el juez, que debe cumplir durante un plazo, a cuyo vencimiento, si ha observado el comportamiento ajustado, la causa se sobresee definitivamente.

¹⁰⁸ Según su art. 12, es el juez quien debe decidir si admite o no la solicitud que comunica el Fiscal. Se deja, además, a salvo el derecho de la víctima de promover o continuar por sí sola la acción penal. Este Proyecto no contempla un sobreseimiento temporal de la investigación; solo el llamado definitivo (art. 264) –asimilable al sobreseimiento libre–, que, además de las clásicas causales que lo justifican, se agrega como causal el cumplimiento de las condiciones previstas en la ley si previamente se aplicó criterio de oportunidad, o se llegó a conciliación, reparación o suspensión del juicio a prueba.

¹⁰⁹ GÓMEZ ORBANEJA (1947) Tomo II 529; ROXIN (2000) 97. Por supuesto que el principio no se extiende a los delitos de acción penal privada, pues en ellos el querellante puede disponer de la acción (vg. art. 278 y 804 LECrim).

¹¹⁰ A juicio del autor, el hecho que el MF retire la acusación no significa que se abstenga de ejercer la acción; “es ‘concluir’ –afirma– ejercitándola a favor de la defensa”. GÓMEZ ORBANEJA (1947) Tomo II 514.

¹¹¹ Vg. Alemania, en las causas por delitos contra la seguridad del Estado. ROXIN (2000) 95 y § 153d StPO.

En Chile con la figura de la *decisión de no perseverar* en la investigación por no haberse reunido antecedentes suficientes para acusar (art. 248 CPP Chile), y la posibilidad del Fiscal –que no existía en el original CPP– de pedir el sobreseimiento definitivo ante el Tribunal de Juicio Oral, es decir, una vez dictado el auto de apertura del juicio oral, si por resolución del Tribunal de apelación se excluyeren definitivamente pruebas de cargo esenciales para fundar la acusación (art. 277 inc. final).

A MODO DE SÍNTESIS

En un afán por separar lo contingente de lo esencial, apreciamos que los *principios de política procesal* –para seguir la terminología de Goldschmidt– han marcado con fuerza el desarrollo histórico de los sistemas: nos referimos al *principio acusatorio* y al *principio inquisitivo*. Sin olvidar que los modelos puros no se han configurado en la realidad, la excitación de la función jurisdiccional por el ejercicio de una acusación ha sido, en todos los casos, el fenómeno característico de los modelos acusatorios, al tiempo que, impuesta la *inquisitio ex officio*, los sistemas inquisitivos han florecido en desmedro de los primeros. Y ello cobra sentido si relacionamos la preeminencia de la *inquisitio* sobre la acusación con el fortalecimiento del poder político y con los fundamentos del derecho de castigar, que Carrara ha hecho descansar sobre tres principios que denomina *individual, supersticioso y despótico*¹¹².

Volvemos al tema de la relación entre proceso penal y Derecho penal: el fortalecimiento del carácter público del Derecho penal conlleva el *necesario* ejercicio de la acción penal. El propio Carrara recuerda la famosa *Carolina* de Carlos V y la *Ordenanza de Poyet*, de Francisco I, estatutos ambos que contuvieron rígidas normas penales y que influyeron en el resto de los ordenamientos europeos¹¹³. No queremos decir que desconozcamos la vigencia actual de los principios de necesidad del proceso penal y de oficialidad; antes bien, hemos dicho que ellos derivan del principio de *estatalidad* (Tolomei) del proceso penal y del carácter público de las penas. La cuestión radica en determinar en qué medida los sistemas garantizan la separación de las funciones relativas a la jurisdicción penal (acusación, investigación y juzgamiento), para preservar las garantías del debido proceso.

Según hemos tenido oportunidad de ver, el viejo *principio inquisitivo* se manifiesta habitualmente en la fase preparatoria de investigación, pues se permite al juez instruirla de oficio cuando se imponga de la *notitia criminis*, imperativo aplicable también al órgano público con competencia para dirigir la investigación (Ministerio Público o Fiscal). Y, en general, está prohibido el no ejercicio discrecional de la acción penal, desde que

¹¹² CARRARA, Francesco (1976). “Vicisitudes del Fundamento del Derecho de Castigar”. *Opúsculos de Derecho Criminal*. Volumen I. Bogotá: Temis, pp. 126 y ss.

¹¹³ CARRARA (1976) 135: “El principio despótico, casi al final de su larga guerra con los príncipes menos poderosos, levantó de nuevo su cabeza arrogante, y en todos estos estatutos penales pactó alianza con el principio supersticioso. El fundamento del derecho de castigar es la sola voluntad del príncipe que había establecido el castigo. La blasfemia, el sortilegio, el pacto con el diablo, se castigaban con la muerte, lo mismo que cualquier leve atentado a la dignidad real. También fueron castigados con la muerte el hurto, el incesto, el contrabando... (...). La draconiana igualdad de las penas contra delitos de diversa entidad, impulsaba a cometer los más graves”.

el *principio de legalidad* –al menos en los modelos europeos continentales y sudamericanos– rige con preeminencia sobre el de *oportunidad*, concediendo a este solo algunos espacios para una aplicación *reglada*.

De los sistemas acusatorios, pervive con fuerza el *principio acusatorio*, pero en la modalidad de *principio acusatorio formal*: en general los sistemas se encargan de distribuir en órganos distintos los roles de acusar (Ministerio Fiscal o Ministerio Público), investigar (juez de instrucción o Ministerio Público) y sentenciar (Tribunal, unipersonal o colegiado, con competencia penal).

No obstante, llegan a producirse confusiones, algunas identificables y otras no develadas, pero que igualmente reflejan incoherencias del sistema: en el primer caso encontramos jueces que instruyen y juzgan; en el segundo, jueces que instruyen y decretan cautelas personales, jueces que controlan la acusación y conocen del juicio oral y jueces que conocen del juicio oral y decretan *ex officio* diligencias de prueba.

Por otra parte, la acusación tiene la virtud de vincular temáticamente al Tribunal que dicta sentencia, tanto en el objeto (respeto a la *congruencia*), cuanto en los límites a la competencia revisora (prohibición de la *reformatio in peius*).

BIBLIOGRAFÍA

- ALMAGRO NOSETE, José (1996). *Lecciones de Derecho Procesal Penal*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces.
- ASENCIO MELLADO, José M^a (2004). *Derecho Procesal Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- ARMENTA DEU, Teresa (2007). *Lecciones de Derecho Procesal*. 3^a ed. Madrid: Marcial Pons.
- BARONA VILAR, Silvia (1994). *La Conformidad en el Proceso Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- BAUMANN, Jürgen (1986). *Derecho Procesal Penal*. 3^a ed. Traducción de C. Finzi. Buenos Aires: Depalma.
- BELING, Ernst (1943). *Derecho Procesal Penal*. Traducción de M. Fenech. Barcelona: Labor.
- BETTIOL, Giuseppe (1966). “La Correlazione fra Accusa e Sentenza nel Processo Penale”. *Scritti Giuridici*. Tomo I. Padova: CEDAM.
- _____ (1966 a). “Sulla Correlazione tra Accusa e Sentenza”. *Scritti Giuridici*. Tomo II. Padova: CEDAM.
- CAFFERATA NORES, José (2002). “La Prohibición de la *Reformatio in Peius* en el Juicio de Reenvío”. *Eficacia del Sistema Penal y Garantías Procesales ¿Contradicción o Equilibrio?* Córdoba: Mediterránea.
- CARNELUTTI, Francesco (1961). “Auto de Procesamiento”. *Cuestiones sobre el Proceso Penal*. Traducción de S. Sentís. Buenos Aires: EJEA.

- _____ (1961 a). “Eficacia Directa y Refleja de la Cosa Juzgada Penal”. *Cuestiones sobre el Proceso Penal*. Traducción de S. Sentís. Buenos Aires: EJEA.
- CARRARA, Francesco (1976). “Vicisitudes del Fundamento del Derecho de Castigar”. *Opúsculos de Derecho Criminal*. Volumen I. Bogotá: Temis.
- DALIA, Andrea (1991). “Il Problema del Coordinamento, dei Collegamenti e dei Controlli nell’ Essercizio della Funzione di Accusa”. *Accusa Penale e Ruolo del Pubblico Ministero: Atti del Convegno Perugia 20-21 Aprile 1990*. Raccolti a cura di Alfredo Gaito. Napoli: Jovene.
- DE LA OLIVA SANTOS, Andrés (1972). *La Conexión en el Proceso Penal*. Pamplona: Universidad de Navarra.
- FAIRÉN GUILLÉN, Víctor (1967). *Presente y Futuro del Derecho Procesal Penal Español*. Valencia: Universidad de Valencia.
- FENECH, Miguel (1960). *Derecho Procesal Penal*. Volumen I. 3º ed. Barcelona: Labor.
- FUMU, Giacomo (1991). “L’Attività Pre-procedimentale del Pubblico Ministero”. *Accusa Penale e Ruolo del Pubblico Ministero: Atti del Convegno Perugia 20-21 Aprile 1990*. Raccolti a cura di Alfredo Gaito. Napoli: Jovene.
- GIMENO SENDRA, J. Vicente (1981). *Fundamentos del Derecho Procesal*. 1ª ed. Madrid: Civitas.
- _____ (2004). *Derecho Procesal Penal*. Madrid: Colex.
- GOLDSCHMIDT, James (1947). *Problemas Jurídicos y Políticos del Proceso Penal*. Barcelona: Bosch.
- GÓMEZ COLOMER, Juan Luis (1985). *El Proceso Penal Alemán. Introducción y Normas Básicas*. Barcelona: Bosch.
- GÓMEZ ORBANEJA, Emilio (1947). *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*. Tomos I y II. Barcelona: Bosch.
- GÓMEZ ORBANEJA, Emilio / HERCE QUEMADA, Vicente (1984). *Derecho Procesal Penal*. 10ª ed., Madrid.
- GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Eduardo (1974). “La Correlación entre Acusación y Sentencia”. *Estudios de Derecho Procesal*. Pamplona: Universidad de Navarra.
- ILLUMINATI, Giulio (2008). “El Sistema Acusatorio en Italia”. Traducción y coordinación de L. WACHMAIER W. AA.VV.: *Proceso Penal y Sistemas Acusatorios*. Madrid: Marcial Pons.
- LACOSTE, Gracieuse (2002). “Sistema Procesal Francés”. *Sistemas Penales Europeos. Cuadernos de Derecho Judicial*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial.
- MAIA GONÇALVES, Manuel (2002). *Código de Processo Penal. Anotado He comentado*. Coimbra: Livraria Almedina.
- MAIER, Julio B.J. (2004). *Derecho Procesal Penal*. Tomo I. 2ª ed. Buenos Aires: Editores del Puerto.

- MANZINI, Vincenzo (1951). *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Tomo I. Traducción de S. Sentís y M. Ayerra. Buenos Aires: EJEA.
- MARQUES DA SILVA, Germano (2003). *Curso de Processo Penal*. Volumen I. 4ª ed. Lisboa: Verbo.
- MONTERO AROCA, Juan (1997). *Principios del Proceso Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- _____ (1999). “El Juez que Investiga no Juzga”. *La Ley*, N° 1.
- MONTERO AROCA, J.; ORTELLS RAMOS, M.; GÓMEZ COLOMER, J. y MONTÓN REDONDO, A (1998). *Derecho Jurisdiccional*. Volumen III. 7ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch.
- NICASTRO, Gian María (2002). “Sistema Procesal Italiano”. *Sistemas Penales Europeos. Cuadernos de Derecho Judicial*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial.
- PELLEGRINI GRINOVER, Ada (1998). *O Processo em Evolução*. 2ª ed. Río de Janeiro: Forense Universitária.
- PELLEGRINI GRINOVER, Ada *et alii*. (2000). *Recursos no Processo Penal*. São Paulo: Revista Dos Tribunais.
- PRIETO-CASTRO, Leonardo (1947). *Cuestiones de Derecho Procesal*. Madrid: Reus.
- PRIETO-CASTRO, Leonardo / GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Eduardo (1982). *Derecho Procesal Penal*. Madrid: Tecnos.
- RAMOS MÉNDEZ, Francisco (2006). *Enjuiciamiento Criminal (Octava lectura constitucional)*. Barcelona: Atelier.
- ROXIN, Claus (2000). *Derecho Procesal Penal*. Traducción de G. Córdoba y D. Pastor. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- SIRACUSANO, Delfino *et alii* (2004). *Elementi di Diritto Processuale Penale*. Milano: Giuffrè.
- TOLOMEI, Alberto (1947). *Los Principios Fundamentales del Proceso Penal*. Traducción de J. Becerra Bautista. México: Jus.
- VÉLEZ MARICONDE, Alfredo (1956). *Estudios de Derecho Procesal Penal*. Tomo I. Córdoba: Imprenta de la Universidad de Córdoba.
- ZAFFARONI, Eugenio (2000). “Proceso Penal y Derechos Humanos: Códigos, Principios y Realidad”. *El Proceso Penal. Sistema Penal y Derechos Humanos*. México: Porrúa.