UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

ÁREA JURÍDICA, SOCIAL Y ADMINISTRATIVA

CENTRO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO

MAESTRIA EN CIENCIAS PENALES

EL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA, PRESUPUESTOS TEÓRICOS PARA SU INSTRUMENTACIÓN EN LA LEGISLACIÓN PROCESAL PENAL ECUATORIANA

TESIS PREVIA A LA OBTENCIÓN DEL GRADO DE MAGISTER EN CIENCIAS PENALES

POSTULANTE:

DR. ADOLFO MORENO SÁNCHEZ

DIRECTOR:

DR. EDGAR LEDESMA JARAMILLO Mgs. Sc.

Loja – Ecuador

2012

Dr. Edgar Ledesma Jaramillo Mg. Sc.
CATEDRÁTICO DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

CERTIFICO:

Que la presente tesis de Maestría en Ciencias Penales y Criminología, con el tema: ***EL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA. PRESUPUESTOS TEÓRICOS PARA SU INSTRUMENTACIÓN EN LA LEGISLACIÓN PROCESAL PENAL ECUATORIANA,*** elaborada por el doctor **Adolfo Moreno Sánchez** ha sido desarrollada bajo mi dirección, por lo que luego de haber cumplido con los requisitos de forma y fondo exigido por los respectivos reglamentos e Instructivos del Nivel de Postgrado del área Jurídica Social y Administrativa de la Universidad Nacional de Loja, autorizo su presentación al respectivo Tribunal para los fines pertinentes.

Loja, julio de 2012

Dr._____
DIRECTOR DE TESIS

AUTORIA

Los conceptos, expresiones, ideas y criterios expresados en la presente tesis, son de mi exclusiva responsabilidad en calidad de autor de la misma.

Dr. Adolfo Moreno Sánchez.

DEDICATORIA

El presente trabajo de investigación lo dedico a mis nietos, pilar fundamental de mi familia, quienes han sido mi apoyo e inspiración para la realización del mismo, y decirles gracias pro creer en mi, por ser unas personal excepcionales y lo mas sublime del ser humano

AGRADECIMIENTO

Al haber concluido los estudios de Postgrado en la Especialización Superior en Derecho Procesal, quiero dejar constancia de mi agradecimiento al Área Jurídica Social y Administrativa a nivel de Postgrado, de la Universidad Nacional de Loja y en especial al Dr., Mg. Sc. Edgar Ledesma Jaramillo, maestro y tutor de esta investigación

1. TITULO

EL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA. PRESUPUESTOS TEÓRICOS PARA SU INSTRUMENTACIÓN EN LA LEGISLACIÓN PROCESAL PENAL ECUATORIANA.

2. RESUMEN.

El estudio de la correlación imputación sentencia está matizado por la existencia de diferentes posiciones doctrinales que no resultan coincidentes.

A.- La primera de las posturas que podemos identificar es la de los que defienden que la congruencia entre acusación y sentencia es la que necesariamente debe darse en lo que constituyen los aspectos objetivos del debate, que no son otros que los hechos que han sido la base de la acusación, no así los aspectos relacionados con la calificación, en los que impera el principio del iura novit curia, que hacen que el Tribunal no debe hacer depender su criterio necesariamente del delito calificado por la Fiscalía, sino que está sujeto al apego a la norma, según su propio criterio de calificación.

B.-La otra posición es partidaria de la existencia de una absoluta congruencia entre el contenido de la pretensión punitiva y la sentencia; considerando como objeto no sólo a los hechos sino al universo de cuestiones que resultan inmutables y que abarca a la calificación y la pena.

El estudio de éste fenómeno en la legislación ecuatoriana resulta novedoso y atractivo sobre todo por el escaso estudio sobre el mismo y los innumerables problemas que se nos suscita en la práctica judicial ecuatoriana.

En tal sentido la presente investigación perfila como problema científico:

En la legislación procesal penal ecuatoriana existen limitaciones para la interpretación e implementación del principio de correlación imputación sentencia, las que trascienden a la aplicación efectiva de la justicia material en el proceso penal.

Se define como objetivo general: Formular presupuestos teóricos y metodológicos para la interpretación e implementación del principio de correlación imputación sentencia, en la legislación procesal penal, a partir de la inclusión del mismo como idea directriz en el proceso penal, lo cual favorecerá la aplicación efectiva de la justicia material en el mismo.

Los objetivos específicos son:

1. Caracterizar las peculiaridades del principio de correlación imputación sentencia en el proceso penal, partiendo de las diferentes concepciones que existen sobre el mismo.
2. Determinar las formas de instrumentación del mencionado principio en la legislación procesal penal ecuatoriana, referido a los aspectos tanto de lege lata como de lege ferenda.
3. Valorar la procedencia de instrumentar presupuestos teóricos y metodológicos para la interpretación e implementación del principio de correlación imputación sentencia, en la legislación procesal penal ecuatoriana.

Nuestra hipótesis de trabajo se concentra en: Se puede realizar una mejor interpretación e implementación del principio de correlación imputación sentencia, en el proceso penal ecuatoriano, si se determina el conjunto de presupuestos teóricos y metodológicos a implementar en la mencionada legislación, lo que coadyuvaría a la aplicación efectiva de la justicia material en el mismo.

En la investigación se definieron como tareas de investigación:

- ✓ Delimitación del objeto de investigación y el objetivo central de la misma
- ✓ Revisión bibliográfica y trabajo exploratorio en relación con el tema
- ✓ Elaboración del diseño metodológico
- ✓ Trabajo de terreno: aplicación de las técnicas de dinámicas grupales y las entrevistas a profundidad y análisis de los datos.
- ✓ Redacción del informe final.

La tesis tiene las características de una investigación de corte doctrinal y jurisprudencial, y en ese sentido los métodos de investigación utilizados serán: el jurídico comparado; el histórico lógico, el exegético-analítico. Además serán usados los Métodos Generales de las ciencias tales como la inducción-deducción y el análisis-síntesis.

Las técnicas empleadas son: la revisión bibliográfica; el análisis de documentos, y la Consulta a Expertos (método Delphi).

Al final de la investigación, y como consecuencia de su realización, pronunciamos nuestras conclusiones y hacemos las recomendaciones que entendemos pertinentes.

ABSTRACT.

The study of the correlation allocation decision is tempered by the existence of different doctrinal positions do not coincide.

A. - The first of the positions that we identified is that of those who argue that the congruence between the prosecution and sentencing is one that necessarily should be in what constitutes the objective aspects of the debate, which are none other than the facts that have been the basis of the prosecution, not the aspects related to the classification, in which prevails the principle of jura novit curia, who makes the Court should not necessarily depend on the criteria of the crime described by the prosecution, but is subject to adherence to the rule, according to its own qualification criteria.

B. The other position is in favor of the existence of absolute congruence between the content of the punitive and the sentence, considering the object not only the facts but the universe of issues that are immutable and that includes the qualification and penalty.

The study of this phenomenon in Ecuadorian legislation is new and attractive especially for the little study on it and the many problems we raised in the Ecuadorian judicial practice.

In this regard this research as a scientific problem emerges:

In the Ecuadorian criminal procedural law there are limitations to the interpretation and implementation of the matching allocation decision, which go beyond the effective implementation of justice in criminal material.

Is defined as general objective: To develop theoretical and methodological approaches to the interpretation and implementation of the matching allocation decision in the criminal procedure law, from the inclusion of it as a guiding idea in criminal proceedings, which will promote the effective implementation of justice in the same material.

The specific objectives are:

1. Characterize the specific allocation of the matching statement in criminal proceedings, based on the different concepts that are on it.
2. Identify ways of implementation of this principle in criminal procedural law of Ecuador, which covered aspects of both de lege lata and de lege ferenda.
3. Assess the validity of theoretical and methodological instrument for the interpretation

and implementation of the matching allocation decision in the criminal procedural law in Ecuador.

Our working hypothesis focuses on: You can make a better interpretation and implementation of the matching allocation decision, in criminal proceedings Ecuador, if it determines the set of theoretical and methodological approaches to implement that legislation, which would help to effective implementation of justice in the same material.

In the investigation were defined as research tasks:

1. Definition of the research object and the focus of the same.
2. Review of the literature and exploratory work item.
3. Development of the methodological design.
4. Field work: applying the techniques of group dynamics and in-depth interviews and data analysis.
5. Writing the final report.

The thesis has the characteristics of a study and the doctrine and jurisprudence, and in that sense the research methods must be used: the comparative legal, the historical sense, the exegetical-analytical. Besides the General Methods will be used science such as the induction-deduction and analysis-synthesis.

The techniques used include literature review, analysis of documents and consultation with experts (Delphi method).

At the end of the investigation, and as a result of its implementation, we pronounce our conclusions and recommendations relevant to understand.

3. INTRODUCCIÓN.

Todos los ordenamientos procesales penales contienen normas que regulan los alcances del poder de resolver de los órganos jurisdiccionales, las cuales determinan con cierto grado de certeza dentro de qué márgenes debe resolver el juzgador en cada caso. Estas normas establecen la necesaria amplitud con que se deben ejercer los poderes de decisión jurisdiccional y los límites dentro de los cuales se han de realizar.

Esta es la materia que se pretende disciplinar mediante el denominado deber de correlación de la sentencia.

Sólo a efectos metodológicos conviene partir dando un concepto de correlación, entendida como *la exigencia de congruencia de la sentencia del juzgador con la acusación y la defensa, de manera que la decisión jurisdiccional debe referirse a todas las peticiones y alegaciones planteadas por las partes, como un deber de exhaustividad, y, a la vez, referirse sólo al objeto del proceso introducido a través de la acusación, sin ampliarlo, extenderlo o desviarlo a otro, en tanto manifestación del límite a su poder de decisión*[1].

[1] FENECH, Miguel, *Derecho procesal penal*, Bosch, Barcelona, 1945, p. 573; SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, «Incongruencia civil y penal», en *Estudios de Derecho Procesal*, Ariel, Barcelona, 1969, pp. 424 y ss.; GIMENO SENDRA, Vicente, *Fundamentos del Derecho procesal*, Civitas, Madrid, 1981, pp. 191-204, y nota a pie de página 285; BAUMANN, Jürgen, *Derecho procesal penal. Conceptos fundamentales y principios procesales (Grundbergriffe und verfahrensprinzipien des Strasprozessrechts. Eine Einfürhrung an Hand von fällen)*, Depalma, tercera edición ampliada de 1979, Buenos Aires, 1989 (traducción de Conrado Finzi), p. 271.

La correlación impone entonces dos deberes al juzgador, uno de exhaustividad y otro de límite, y por eso en caso de infracción de estos deberes el órgano jurisdiccional incurre o en incongruencia omisiva o en incongruencia por exceso, respectivamente.

El deber de exhaustividad halla su principal fundamento en la tutela judicial efectiva sin indefensión y en el derecho de defensa, mientras que el deber de límite de la sentencia encuentra fundamento en el principio acusatorio, aunque también se debe considerar la influencia del derecho a ser informado de la acusación, del derecho de defensa y del principio de contradicción.

La complejidad del deber de correlación por las materias implicadas en él y la extensión de su contenido, nos hace ser prudentes al trazar el objeto de estudio de esta investigación, razón por la cual hemos decidido limitarnos al estudio de la correlación como límite a los poderes de decisión del juzgador, dejando a un lado el deber de exhaustividad, con el fin de realizar una exposición, aunque restringida, más acabada.

Este tema está matizado por la existencia de diferentes posiciones doctrinales que no resultan coincidentes, a saber:

A.- Los que defienden que la congruencia entre acusación y sentencia es la que necesariamente debe darse en lo que constituyen los aspectos objetivos del debate, que no son otros que los hechos base de la acusación, no así los aspectos relacionados con la

calificación, en los que impera el principio *iura novit curia,* que hace que el Tribunal no debe hacer depender su criterio del delito calificado por la Fiscalía, sino que está sujeto a la norma, según su propio criterio de calificación.

B.-La otra posición es partidaria de la existencia de una absoluta congruencia entre el contenido de la pretensión punitiva y la sentencia; se considera como objeto no sólo a los hechos sino al universo de cuestiones que resultan inmutables y que abarcan también a la calificación y la pena. El fundamento de esta posición está en que el derecho a la defensa concibe que el imputado debe tener la posibilitad de conocer con antelación suficiente, aquello de que se le acusa y poder prepararse para argumentar lo procedente, sin que deba la sentencia, de modo sorpresivo, condenarle por algo de lo que antes no se le acusó y respecto de lo cual no pudo articular una estrategia tuitiva consustancial a su posición en el proceso, por lo que tienen valor vinculante, so pena de incongruencia de la sentencia, por un lado los hechos, es decir, el conjunto de elementos fácticos en los que se apoya la realidad controvertida, la calificación jurídica que de ellos se hace y la *calidad* de la pena interesada.

Algunos de los códigos procesales americanos, elaborados bajo la impronta intelectual de procesalistas que comparten la primera de las posiciones comentadas, disponen que el Tribunal solo incurre en incongruencia cuando se aparta del hecho imputado, de lo que se infiere que tiene las manos libres para arribar a las conclusiones jurídicas que estime procedente (Bolivia y Ecuador).

El Código Procesal de Nicaragua es mucho más diáfano en la posición que adopta, cuando dispone que: ***la sentencia no podrá dar por probados otros hechos que los de la acusación, descritos en el auto de convocatoria a Juicio o, en su caso, en la ampliación de la acusación. Pero el juez podrá dar al hecho una calificación jurídica distinta, aun cuando no haya sido advertida con anterioridad y aplicará la pena que corresponda***.

En otros códigos se dispone que para que el tribunal pueda modificar la calificación del fiscal por otra más grave o imponer una pena mayor, **deba alertar al imputado**, a fin de que pueda estar preparado para tal contingencia (Paraguay, Venezuela, El Salvador y Chile).

La posición del Código de Costa Rica es ambivalente, pues si bien en una parte se dispone que: ***en la sentencia, el tribunal podrá dar al hecho una calificación jurídica diferente de la de la acusación o querella, o aplicar penas más graves o distintas de las solicitadas***, en otra parte de su articulado establece que: ***si en el curso de la audiencia el tribunal observa la posibilidad de una calificación jurídica que no ha sido considerada por ninguna de las partes, podrá advertir al imputado sobre esa posibilidad, para que prepare su defensa***. Nuestro subrayado marca el detalle de que al parecer la advertencia es potestativa del tribunal y no sujeta la congruencia a que deba ser respetada.

La Constitución ecuatoriana establece que el sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. En este sentido, la Función Judicial, a través de sus diferentes órganos, es la encargada de hacer efectivo este mandato. Por ello, las resoluciones que dentro del ámbito de su competencia se adopten, deberán ser congruentes; es decir, coherentes entre lo que resuelven los juzgadores y las pretensiones y excepciones planteadas por las partes.

En la actualidad, en varias ocasiones, nos encontramos frente a fallos judiciales que en su parte resolutiva sufren de exceso o defecto en relación al objeto del proceso; es decir que ellas se encuentran viciadas de incongruencia. En la práctica este hecho podría generar una vulneración de los derechos de defensa y contradicción de las partes procesales.

En tal virtud, la congruencia es el principio por el cual los jueces encuentran un límite en su actuación, se ven obligados a resolver todo lo controvertido y solamente eso.

Las resoluciones judiciales incongruentes pueden ser el resultado de varios errores cometidos por el juez tanto al momento de resolver como a lo largo del proceso. Por ello, es importante reflexionar acerca de los actos que pueden conducir al juez a errar respecto de la apreciación del objeto del proceso y con ello vulnerar la congruencia de la resolución, así como también saber cuándo el juez se excede en sus facultades oficiosas al punto de tergiversar el objeto del proceso.

La inexistencia de una plasmación taxativa del mencionado principio de congruencia o correlación en la legislación procesal penal, motiva la reflexión científica en busca de perfilar el mismo en el mencionado cuerpo legal para su efectivo cumplimiento práctico. En tal sentido nos formulamos como problema científico:

En la legislación procesal penal ecuatoriana existen limitaciones para la interpretación e implementación del principio de correlación imputación sentencia, las que trascienden a la aplicación efectiva de la justicia material en el proceso penal.

Empezamos el análisis afirmando que la nueva Constitución de la República del Ecuador, vigente desde octubre de 2008, declara al Ecuador, en su artículo 1, como un "Estado constitucional de derechos y justicia", a diferencia de la Constitución de 1998 que hablaba únicamente de "Estado social de derecho". Esto supone un cambio importante en la forma en que se concibe el papel del Estado, en la manera en que se interpretan y se garantizan los derechos; los poderes públicos que se entendían sujetos a "derecho" o al ordenamiento jurídico, ahora ven vinculado su actuar a todo el conjunto de derechos garantizados por la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos.

Esta Carta Magna contiene todo un capítulo referente a principios de aplicación de los derechos, cuya finalidad es establecer parámetros que permitan lograr la efectividad de los mismos, y asegurar así que no queden únicamente escritos en papel, como una declaración lírica. Dentro de este capítulo se consagran, entre otros, el ejercicio

individual o colectivo de los derechos, su igualdad, su aplicación directa e inmediata por los servidores públicos, administrativos o judiciales, su justiciabilidad, inalienabilidad, irrenunciabilidad, indivisibilidad, interdependencia e igual jerarquía. También se determina como más alto deber del Estado respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución y se le encarga cumplir con el derecho a la tutela judicial efectiva y los principios y reglas del debido proceso.

Para el autor Marco Aparicio Wilhelmi, este capítulo de la Constitución sirve para explicar y dar coherencia sistémica a los derechos constitucionales, y refleja la voluntad del constituyente de acabar con el carácter meramente declarativo de los mismos. Por ende, incorpora principios de exigibilidad individual y colectiva, aplicabilidad directa e inmediata y plena justiciabilidad, para que no pueda exigirse para su amparo o protección, un posterior desarrollo legal o disponibilidad económica.

Además, el que los principios de aplicación de los derechos se encuentren constitucionalizados, no significa únicamente que éstos sirven de reglas para interpretar el alcance y contenido de los derechos sino que además los convierte en preceptos que pueden ser aplicados de manera directa e inmediata, de conformidad con el numeral 3 del artículo 11 de la Constitución.

Partiendo de aquí exaltamos el debate del principio de correlación imputación sentencia en el proceso pena ecuatoriano. Inicio mi análisis con el fundamento de su no

declaración como principio cardinal del proceso penal en el Ecuador, lo que limita su apreciación como máxima del mismo en el desenvolvimiento del procedimiento penal. Esto trasciende a su escaza referencia en dicha legislación procesal penal vigente, donde solamente en los artículos 1, 5.1, 226 y 315, se hace mención al mismo de manera mediata. Uniéndose a ello su vulneración por la práctica procesal, estableciéndose una vulneración del debido proceso penal, que se entronca con las garantías que el mismo exige como principio cardinal del mismo.

La doctrina más avanzada aporta un conjunto de elementos dogmáticos que merecen ser analizados para su posible entronización en la legislación ecuatoriana y de esa forma lograr cumplir con las exigencias del debido proceso en esta esfera procedimental.

En tal sentido valorar los conceptos de acción y pretensión procesal, en relación con el objeto del proceso y el objeto del debate son los primeros pilares a dilucidar desde el punto de vista dogmático y legislativo, para ofrecer las pautas de su incardinación en nuestra realidad.

La realización de un análisis sobre el deber de correlación y su incidencia en nuestra legislación procesal nos colocara en mejores condiciones de detectar nuestras problemáticas y proyectar posibles soluciones a las mismas.

Es necesario proyectar un análisis profundo sobre el principio acusatorio como fundamento principal de la correlación, así como sus concretas exigencias:

- No puede atribuirse al juez poderes de dirección material del proceso que cuestionen su imparcialidad.

- No puede haber juicio oral o condena si no hay acusación formulada por sujeto procesal acusador distinto del juzgador.

Estas exigencias, máximas del deber de correlación, serán analizadas en la legislación nacional y se formularán sus limitaciones desde el punto de vista teórico y práctico, así como su proyección legislativa.

En la investigación, conforme se regula en el artículo 224 del Código de Procedimiento Penal, se dilucidará el papel e importancia de la acusación, como término de la correlación, se analizará el derecho a la defensa y el principio de contradicción.

En último lugar valoraremos conforme al artículo 304-A (304.1) la sentencia penal como principal instrumento jurídico que pone fin al proceso penal, y su rol como término limitador de la correlación. Derivándose de este análisis los tipos de incongruencias que existen en la doctrina y como se expresan en la legislación procesal nacional.

Es por ello que defino como **OBJETIVOS,** los siguientes**:**

A. OBJETIVO GENERAL.

Formular presupuestos teóricos y metodológicos para la interpretación e implementación del principio de correlación imputación sentencia, en la legislación procesal penal, a partir de la inclusión del mismo como idea directriz en el proceso penal, lo cual favorecerá la aplicación efectiva de la justicia material en el mismo.

B. OBJETIVOS ESPECIFICOS.

- ✓ Caracterizar las peculiaridades del principio de correlación imputación sentencia en el proceso penal, partiendo de las diferentes concepciones que existen sobre el mismo.
- ✓ Determinar las formas de instrumentación del mencionado principio en la legislación procesal penal ecuatoriana, referido a los aspectos tanto de *lege lata* como de *lege ferenda*.
- ✓ Valorar la procedencia de instrumentar presupuestos teóricos y metodológicos para la interpretación e implementación del principio de correlación imputación sentencia, en la legislación procesal penal ecuatoriana.

Determinamos como **HIPOTESIS:**

Se puede realizar una mejor interpretación e implementación del principio de correlación imputación sentencia, en el proceso penal ecuatoriano, si se determina el conjunto de presupuestos teóricos y metodológicos a implementar en la mencionada legislación, lo que coadyuvaría a la aplicación efectiva de la justicia material en el mismo.

Para el desarrollo de la presente investigación se sigue como **METODOLOGIA CIENTIFICA,** las siguientes tareas:

- ✓ Delimitación del objeto de investigación y el objetivo central de la misma
- ✓ Revisión bibliográfica y trabajo exploratorio en relación con el tema
- ✓ Elaboración del diseño metodológico
- ✓ Trabajo de terreno: aplicación de las técnicas de dinámicas grupales y las entrevistas a profundidad y análisis de los datos.
- ✓ Redacción del informe final.

La tesis tiene las características de una investigación de corte doctrinal y jurisprudencial, y en ese sentido los métodos de investigación utilizados serán: el *jurídico comparado*, el cual posibilitará, una vez recopilados los principales códigos procesales penales, analizarlos y extraer posibles elementos trascendentales que coadyuvaran a lograr la solución del problema; el *histórico lógico*, permitirá conocer la evolución y desarrollo del principio de correlación imputación sentencia, así como su conceptualización, considerando sus particularidades esenciales; *el exegético-analítico*, con este método

propio de las ciencias jurídicas al igual que el derecho comparado, se profundizará en el estudio de la regulación de la correlación imputación sentencia, fundamentalmente en nuestro país. Además serán usados los Métodos Generales de las ciencias tales como la inducción-deducción y el análisis-síntesis.

Las técnicas empleadas son: *la revisión bibliográfica*, posibilitó analizar toda la bibliografía sobre la temática a investigar o vinculada a ésta, los principales autores, comenzando por las fuentes primarias y después revisando las secundarias o indirectas; *el análisis de documentos,* que comprende jurisprudencia nacional e internacional sobre la temática, y la Consulta a Expertos (método Delphi), es un método sociológico que a su vez incluye entrevistas, encuestas y conversación con expertos, mediante este método se obtiene información y experiencias prácticas de tanto operadores de la Justicia.

Al final de la investigación, y como consecuencia de su realización, pronunciamos nuestras conclusiones y hacemos las recomendaciones que entendemos pertinentes.

Falta mucho por investigar, por estudiar, por cuestionar, por saber; y más aún por comprender, porque no está todo dicho ni nunca lo estará. Es por ello que podríamos refrendar, con cierta alegría la frase de Sócrates: “Uno debe esperar hasta la noche para ver cuán espléndido ha sido el día”.

4. REVISION DE LITERATURA

4.1. PRESUPUESTOS TEÓRICOS Y DOGMÁTICOS DEL CONCEPTO DE ACCIÓN PROCESAL Y PRETENSIÓN PROCESAL, Y SU RELACIÓN CON EL OBJETO DEL PROCESO Y EL OBJETO DEL DEBATE.

4.1.1-.DEBATE **AB INITIO** ACERCA DEL CONCEPTO DE ACCIÓN PROCESAL Y DE PRETENSIÓN PROCESAL, EN RELACIÓN CON EL OBJETO DEL PROCESO Y EL OBJETO DEL DEBATE.

Las consideraciones sobre la correlación se deben dirigir en dos direcciones. Por una parte, orientarse a demostrar el alcance y contenido del deber de correlación construido sobre la base de un preciso concepto y contenido del principio acusatorio, en cuanto su vigencia impone límites objetivos y subjetivos a los poderes del juzgador.

En esta primera dirección será fundamental introducirse en el significado de la acción penal y de la pretensión procesal en su relación con el objeto del proceso, como probables contenidos de éste. La utilidad de estas consideraciones estriba en que ellas pueden ofrecer una justificación técnica precisa de lo que sea el principio acusatorio (su contenido) y en consecuencia una justificación técnica de los límites al poder de decisión jurisdiccional. Es decir, permitirían establecer con precisión la

base técnica en que se sustenta la idea de que la vigencia del principio acusatorio impone límites al juzgador, y muy especialmente cuáles son los alcances de esos límites impuestos a la decisión jurisdiccional.

La segunda dirección de las consideraciones sobre la correlación debe ir encaminada a establecer si, aparte el principio acusatorio, concurren otros principios o garantías procesales en la limitación de los poderes de decisión jurisdiccional, y cuál(es) sería(n) dicha(s) limitación (nes). Conectamos de esta manera con el problema de determinar cuál es el efecto jurídico del derecho a ser informado de la acusación, del derecho de defensa y del principio de contradicción sobre los poderes del juzgador, que, como tendremos ocasión de demostrar, se ciñen a la producción de efectos condicionadores—no limitadores— de la decisión jurisdiccional y que recaen sobre objeto del debate (no sólo los hechos, sino también la calificación jurídica y el *petitum*).

El contenido de la correlación obedecerá a previas definiciones de lo que sea el principio acusatorio, el cual a su vez se haya determinado en su contenido por la definición de lo que sea la acción penal o pretensión penal y el objeto del proceso.

Es decir, la correlación será definida de un modo u otro dependiendo de cómo se conciba el principio acusatorio y éste, a su turno, tendrá un significado más o menos amplio, más o menos limitador de los poderes del juzgador, según cómo concibamos la acción penal o la pretensión penal[12] y el objeto del proceso. En consecuencia, a la

base de toda nuestra construcción teórica se hallan consideraciones preliminares acerca de la acción penal, de la pretensión punitiva y del objeto del proceso, y a partir de la fijación de estos conceptos procesales se llegará a determinar un concepto de principio acusatorio y de correlación.

En las páginas siguientes intentaremos demostrar esta concatenación de conceptos.

La forma de concebir la acción penal (pretensión) nos debe permitir fijar un contenido específico del objeto del proceso (ya por vía positiva o negativa), y de esa manera perfilar un concepto de correlación. Se afirma con frecuencia que la acción penal es el objeto del proceso. Ésta puede ser una forma bastante neutra de aproximarse al asunto cuando se elude afirmar o negar un contenido específico de la acción (y por tanto del objeto), ya que con ello se evita afirmar o negar que el contenido de la acción penal sea la pretensión penal, y determinar su auténtico significado en el proceso penal.

Si se parte del supuesto de que la acción penal se define como una pretensión, es decir, como un derecho a obtener una sentencia que declare la responsabilidad penal y condena del acusado, tendremos que concordar que el objeto del proceso se encuentra constituido no sólo por los hechos, sino también por la calificación jurídica concreta (dentro de la *causa petendi*) y el *petitum*, lo cual será consecuencia de que el ejercicio de la acción no es más que la petición de tutela respecto de un derecho del que es titular el actor.

Obviamente, una concepción de este tipo arranca de un sustrato privatista de la relación jurídico material, razón por la cual no se puede mantener su vigencia para el proceso penal. Por eso la doctrina que sostiene un carácter concreto de la acción hace como ROCCO[2], el cual niega el carácter privado del derecho subjetivo punitivo, en cuanto niega el carácter privado de la relación jurídica que se produce con la realización del hecho punible, pero afirma que la acción penal es el medio por el cual se ejerce un derecho subjetivo público de punir en manos del órgano público de acusación.

Con esta forma de concebir la acción penal —derecho subjetivo punitivo—, aunque sea calificado como público y a pesar de las distinciones doctrinales con el derecho subjetivo privado que subyace a la acción civil, se corre el riesgo de llegar a configurar el principio acusatorio casi como un equivalente pleno del principio dispositivo, produciendo los mismos efectos vinculantes, ya que si la acción interpuesta por el órgano público de acusación es el medio por el cual se ejerce el derecho de punir del Estado, el juzgador habrá de someterse totalmente a los términos de la acusación puesto que en esta doctrina de la acción el derecho de punir se manifiesta en una pretensión penal (pública) dirigida al juzgador, quien se debe limitar a juzgar la justeza de la misma.

[2] ROCCO, Arturo, «L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale», en Opere Giuridice, Società editrice del Foro Italiano, Roma, 1932, pp. 498-529.

Una concepción de esta naturaleza nos llevaría a la vinculación del tribunal, el cual tendría que atenerse a determinar si el acusador, titular de la potestad a reclamar una sentencia condenatoria, tenía razón en su petición tal cual le fue planteada por éste[3].

No atenerse a la petición sería introducirse en la esfera de funciones del acusador, incurriendo en un desconocimiento por conculcación o por reducción de las facultades o poderes de éste.

Por el contrario, caso que se entienda que la acción penal no contiene un derecho subjetivo de castigar, sino más bien un mero derecho de acceso al proceso, un *ius ut procedatur*[4], el acusador accede al proceso e insta ante el juez para que éste en nombre del Estado ejercite el *ius puniendi*, como directa consecuencia del reconocimiento de que en el ámbito jurídico penal el único titular del poder punitivo es el Estado-Juez. El ejercicio de la acción penal por un acusador ya no se justifica como el medio por el que se reconoce una pretensión a obtener el castigo de la infracción de la norma penal.

---

[3] ROCCO, Arturo, «L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale», en Opere Giuridice, Società editrice del Foro Italiano, Roma, 1932, pp. 498-529.

[4] GÓMEZ ORBANEJA, Emilio, Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, tomo II, Bosch, Barcelona, 1951, pp. 183 y ss.

La teoría abstracta, en su justificación del concepto de acción penal, esgrime como argumento la imparcialidad del juzgador, y no una situación o relación jurídica sustancial, privada o pública, nacida de la infracción de la norma objetiva. La decisión de poner la función acusadora en manos de un sujeto procesal distinto del juzgador se explica en la necesidad de obtener la imparcialidad del tribunal: de esta manera queda (artificialmente) en situación de terciedad, igual como en el proceso civil —*actus trium*

personarum—. La imparcialidad entonces es el motivo de la acción penal en manos de un sujeto procesal ajeno al juzgador, descartando que la razón sea la existencia de alguna relación material entre acusador y acusado.

Para esta posición la acción concebida en estos términos resulta ser una consecuencia de la negación de la existencia de la pretensión penal[5]: si no hay una relación jurídico-material nacida del hecho entre acusador (público o privado) y acusado, no hay un derecho subjetivo a pedir la condena del actor, es decir, no hay pretensión punitiva. Además, siendo esto cierto, se ha de concluir que la acción penal no tiene un contenido sustancial, sino puramente procesal o formal, y como mucho se podría decir que se identifica e individualiza con los hechos sustanciales que fundan la pretensión procesal. Los hechos en esta doctrina son el contenido que necesariamente debe ser fijado por un sujeto ajeno al órgano jurisdiccional, ya que de esa manera se impide que el que acusa sea el mismo que resuelve la acusación.

[5] MONTERO AROCA, Juan, Derecho jurisdiccional, III. Proceso penal, cit., séptima edición, pp. 20- 26.

En resumen, se otorga acción penal para desvelar lo realmente acaecido, y en caso de haber mérito en la investigación preliminar, para sostener la comisión de un ilícito penal y pedir la consecuencia penal correspondiente (*ius puniendi*).

Dentro de esta concepción de la acción, se considera que el *ius puniendi* debe ser concebido como poder-deber, y no como derecho subjetivo público, correspondiendo su actuación a los órganos jurisdiccionales exclusivamente[6].

En caso que consideremos que la acción ejercitada por el acusador, antes que una pretensión es una exigencia del sistema para preservar la imparcialidad del juzgador, y que como mucho tiene su origen en la pura sospecha de la posible comisión de un hecho punible, se habrá de colegir que el objeto del proceso no puede estar constituido por todo el contenido de la acusación, como si fuera una pretensión punitiva, sino exclusivamente por aquella parte de su contenido que es fundamental para conseguir la forma tríadica que asegura la posición de imparcialidad del juez, que como se ha insinuado se limita al contenido fáctico de la acusación: al hecho punible.

---

[6] GOLDSCHMIDT, James, Problemas…, cit., pp. 23 y ss, y en Derecho justicial…, cit., pp. 51-79; GÓMEZ ORBANEJA, Emilio, Comentarios…, cit., tomo II, pp. 160-207; MONTERO AROCA, Juan, Derecho jurisdiccional, III. Proceso penal, cit., séptima edición, pp. 20-26, también en Principios del proceso penal, cit., pp. 15-23, y en «El principio acusatorio...», cit., pp. 775-788; ORTELLS RAMOS, Manuel, «Principio acusatorio…», cit., pp. 792-794, y en Derecho procesal, cit., pp. 250-251; DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, Derecho procesal penal, cit., cuarta edición, pp. 177- 192; COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás, Derecho penal, cit., p. 63.

De esta conclusión precedente se deriva la consecuencia de que la acusación entonces no debiera necesariamente condicionar totalmente el pronunciamiento del juez. Esta conclusión se apoya en dos presupuestos que se implican mutuamente: primero, la negación de la pretensión penal basada en la indisponibilidad por parte del acusador de un derecho —en realidad poder— que no le corresponde (acusatorio distinto a dispositivo); y segundo, la consideración de que la imparcialidad del juzgador se satisface con la fijación de los hechos por un sujeto ajeno al juzgador (objeto del proceso), lo cual se ve confirmado por el principio de la exclusividad estatal jurisdiccional del poder punitivo, quedando en manos del juzgador la aplicación del Derecho penal, es decir, la determinación correspondiente de la calificación jurídica y de la consecuencia penal a los hechos sometidos a conocimiento jurisdiccional.

Hay cierta doctrina que, no obstante lo expuesto, mantiene que en el proceso penal existe pretensión punitiva o penal, aunque los que así lo sostienen no reclaman la existencia de una relación jurídica material o de un derecho a obtener una condena del acusado. A nuestro juicio, la utilización del concepto de pretensión punitiva es inconveniente porque induce a confusión respecto de lo que se quiere decir con ello.

Una primera posición doctrinal es la que sostiene SERRA DOMÍNGUEZ[7], quien se pronuncia esencialmente a favor de un concepto de acción como pretensión o como acto por el que se solicita una resolución favorable. Mantiene para el proceso penal la existencia de la pretensión punitiva, pero al mismo tiempo reconoce que esa pretensión no contiene un derecho subjetivo punitivo, el cual en su concepto le corresponde al Estado-juez.

En una apretada síntesis, postula esencialmente que el proceso de carácter jurisdiccional comienza con el juicio oral y el momento procesal relevante a efectos de interposición de la pretensión penal es el de calificaciones provisionales, conclusión a la que llega a partir del análisis de la normativa que la regula, advirtiendo que ella contiene no sólo los hechos objeto de acusación, sino también la calificación jurídica y la petición de pena. Es decir, contiene todos los elementos de una pretensión, razón por la cual equipara la acusación, en cuanto a su función en el proceso penal, a la que tiene la demanda en el proceso civil.

No obstante, termina por reconocer que la pretensión penal se identifica sólo por dos de sus componentes: por el elemento objetivo, el hecho, y por el subjetivo, el acusado. En suma, acaba vaciando de contenido material a la pretensión penal, lo que

[7] SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, «Evolución histórica del concepto de acción», en Estudios de Derecho procesal, cit., pp. 154-158.

es coherente con su afirmación de que el poder de punición corresponde al Estado-Juez.

De ahí que cuando trata de las modificaciones que se pueden introducir en las calificaciones definitivas —*mutatio libelli*—, señale que ellas han de tener como límite los hechos objeto de la pretensión y el imputado (acusado). La variación de cualquiera de estas circunstancias las considera inadmisibles; *sensu contrario*, admite que se puedan producir modificaciones de hechos accesorios y de la calificación jurídica y del *petitum*. Como se ve, en definitiva llega a la proposición de que la pretensión tiene un sentido formal o procesal[35].

Realmente para SERRA DOMÍNGUEZ[8] la pretensión deducida en las calificaciones provisionales no es más que el presupuesto de procedibilidad del juicio oral, por eso mismo acepta que la retirada de la acusación no provoque ningún efecto vinculante para el juez, ya que una vez realizada la acusación en las calificaciones provisionales se entiende que se ha producido el efecto propio de la misma que es abrir y hacer posible la realización del juicio para que concluya con el pronunciamiento de una sentencia conforme a Derecho.

[8] SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, «Evolución histórica del concepto de acción», en Estudios de Derecho procesal, cit., pp. 154-158.

Cabe recordar aquí el reproche al uso del concepto de pretensión punitiva de GÓMEZ ORBANEJA[9], cuando dice «O se reconoce que el juez al fallar está vinculado a lo pedido (*ne eat iudex ultra petita partium*) o la función de la sentencia no es actuar pretensiones (de parte)».

Ocurre en realidad que en el concepto de SERRA DOMÍNGUEZ no existe pretensión penal en estricto rigor, sino en un sentido puramente procesal, como necesaria petición fundada.

Con anterioridad a los planteamientos de SERRA DOMÍNGUEZ, también se había manifestado partidario de la teoría de la pretensión punitiva FENECH NAVARRO[10], quien sostenía la existencia de la pretensión punitiva (y de las contra pretensiones), e incluso su absoluta necesidad ya que sin ellas, en su concepto no puede haber juicio penal. Conceptualiza a la pretensión punitiva como una «declaración de voluntad en virtud de la cual se solicita la actuación del órgano jurisdiccional penal, en relación con alguna de las funciones atribuidas a éste, frente a otra persona, invocando la conformidad de lo pedido con lo dispuesto en el derecho objetivo».Lo que propone es sustituir la centralidad del concepto de la acción penal por el de pretensión. Entiende que el objeto de la acción penal es siempre una pretensión punitiva y ésta es el objeto del proceso necesario, sin el cual no podría existir el proceso mismo.

---

[9] GÓMEZ ORBANEJA, Emilio, Comentarios..., cit., tomo II, p. 195.
[10] FENECH NAVARRO, Miguel, El Proceso penal, J.M. Bosch, Barcelona, 1956, pp. 172-184.

Asimismo, y como es de suponer, mantiene que las pretensiones se interponen en las calificaciones provisionales, pero que se encuentran perfectamente delimitadas en las calificaciones definitivas, las que además en su concepto son las que determinan el objeto del proceso. Si se lee con atención a FENECH NAVARRO[11] se advertirá que, en su opinión, la pretensión punitiva que realmente delimita el objeto del proceso es la que se deduce en calificaciones definitivas, ya que las provisionales por su propia naturaleza provisional únicamente vinculan en aquello que tienen de inmodificables, esto es, en los hechos y sólo mediatamente le atribuye importancia a la calificación jurídica en cuanto sirve de guía de la dirección que toma la acusación.

En lo que respecta al grado de vinculación del juzgador a la pretensión contenida en la calificación definitiva, entiende que —al contrario de lo que ocurre en el proceso civil— en el proceso penal la vinculación es preferentemente al fundamento de la pretensión (*causa petendi*), en concepto del autor, definido por la calificación del hecho, más que por la pretensión punitiva misma, es decir, determinado más por la calificación jurídica que por el *petitum* de pena, el cual ha de regularse conforme a la legalidad y a las reglas de individualización de la pena contenidas en la Ley y que el juzgador aplica con cierta latitud.

[11] FENECH NAVARRO, Miguel, El Proceso penal, J.M. Bosch, Barcelona, 1956, pp. 172-184.

Nuevamente se ve que el uso del concepto pretensión punitiva se realiza en un sentido más bien formal o procesal, quitándole un contenido material, aunque paradójicamente se sostuviera que la pretensión constituía el objeto del proceso.

GIMENO SENDRA[12] también formula que el objeto del proceso está constituido por la pretensión punitiva. Sin embargo, en lo esencial plantea que la correlación se produce con el hecho punible y el sujeto acusado, considerando irrelevantes los contenidos de la pretensión punitiva que dicen relación con la calificación jurídica y la pena, aunque en cierto trabajo[45] había llegado a proponer lo contrario al defender la conveniencia de una vinculación al *petitum* de pena.

El argumento fundamental que daba para ello consistía en que «también el MF, como representante de la sociedad, y el ofendido, que valoran respectivamente la lesión producida por el delito en la esfera social y en el personal o patrimonial, son partes cualificadas para señalar al Tribunal el tope máximo de la individualización de la pena», y sostenía que afirmar lo contrario supone consentir una posición «ultraretribucionista»[13].

---

[12] GIMENO SENDRA, Vicente, *Derecho procesal*. *Proceso penal* (con Moreno Catena, Almagro Nosete, Cortés Domínguez), tercera edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, pp. 427-431.

[13] GIMENO SENDRA, Vicente, Fundamentos de Derecho procesal, Civitas, primera edición, Madrid, 1981, pp. 191-204.

En todo caso GIMENO SENDRA parte de un concepto de acción abstracto, que es el que estima aplicable para el proceso penal, pues, en su concepción, el *ius puniendi* no asiste a las partes sino al Estado y más específicamente al poder judicial.

Por ello define a la acción penal como el «derecho subjetivo constitucional mediante cuyo ejercicio, a través de la puesta en conocimiento al órgano jurisdiccional de una *notitia criminis*, se solicita la apertura del proceso penal, haciendo surgir en aquél la obligación de pronunciarse sobre la misma mediante resolución fundada». Con esta definición lo que hace el autor es poner el acento del origen de la acción en la *notitia criminis* o, mejor dicho, en la posibilidad o sospecha de haberse cometido un hecho que revista caracteres de delito. Y congruentemente con lo anterior, entiende además que la acción penal se hace valer por medio de la querella y de la denuncia (puesta en conocimiento de un hecho, de una *notitia criminis*).

La posición de GIMENO nos parece titubeante o equívoca, ya que en una parte de su obra[51] afirma que la pretensión punitiva es el objeto del proceso penal y en otro lugar de la misma[52] sostiene que la vinculación para el tribunal no se produce sino respecto de los hechos y el acusado. Por otra parte, sostiene que el concepto de acción aplicable al proceso penal es el abstracto, ya que el *ius puniendi* le corresponde al poder judicial y no a las partes (afirmación con la que está negando la pretensión

punitiva inicialmente afirmada)[14], y en otro momento llega a afirmar la conveniencia de que la acusación se establezca como límite máximo al poder punitivo jurisdiccional.

Con independencia de los matices anotados, en todos los autores reseñados se puede observar que el uso del término pretensión punitiva se hace a partir del reconocimiento de que el derecho o poder punitivo no le corresponde a las partes, sino al Estado-juez.

Sin embargo, paralelamente sostienen que el objeto del proceso está constituido por la pretensión punitiva, y lo más curioso es que a la hora de referirse al deber de correlación se señala que la vinculación se produce con los hechos y el acusado. Lo cierto es que no se entiende cómo, si el objeto del proceso es la pretensión punitiva, el juez pueda terminar apartándose de parte importante de su contenido.

Acontece en realidad que en estas opiniones doctrinales subyace la idea de que la pretensión punitiva, al no ser la forma en que se reclama un derecho concreto a castigar, cumple más bien con una función puramente procesal que vendría a ser equivalente al ejercicio de la potestad de acusar. Sin embargo, si ello se deduce de las formulaciones teóricas de los autores, no se acaba de comprender por qué insisten en afirmar que la pretensión punitiva sea el objeto del proceso.

[14] GIMENO SENDRA, Vicente, Constitución y proceso, Tecnos, Madrid, 1988, pp. 73-74.

Antes hemos explicado que la acción es definida como un derecho formal de acceso al proceso, que opera como el cauce a través del cual se accede a la actividad jurisdiccional y se someten al juzgador unos hechos (teoría abstracta).

Empero, la acción abstracta no explica por sí misma todas las relaciones procesales que se establecen entre el acto acusatorio y la decisión jurisdiccional, como se verá. Junto a este concepto de acción cabe plantearse la necesidad de reconocer la existencia de la pretensión en el proceso penal (que no de pretensión punitiva), de una pura pretensión procesal, entendida como aquella petición fundada que necesariamente ha de plantearse en el juicio penal. Nos parece que esto es fundamental para explicar todo el contenido de la correlación, y en especial el condicionamiento de los poderes de decisión del juzgador, que impone el derecho a ser informado de la acusación, el derecho de defensa y el principio de contradicción.

Adherimos a una formulación abstracta de la acción penal, pero dentro de una teoría unitaria del Derecho procesal, razón por la cual junto a la acción se ha de admitir la existencia de la pretensión procesal no sólo para el proceso civil, sino también para el proceso penal.

Los planteamientos doctrinarios conformes a las teorías unitarias del proceso sostienen un concepto de acción único —el mismo— tanto para el proceso civil como para el penal, sobre la base de posturas abstractas de la acción, lo cual lleva

aparejada una nítida diferenciación entre la acción penal como derecho público subjetivo y la pretensión como acto y derecho concreto de petición[56] o como declaración de voluntad.

Las primeras aportaciones en esta línea provienen de dos autores clásicos: CARNELUTTI[15] y ROSENBERG[16]. Éstos influirán el posterior desarrollo de la doctrina española. En efecto, en España, por un influjo inicial más o menos importante de la doctrina de estos autores[17], se han desarrollado proposiciones unitarias del Derecho procesal en las cuales se separa la acción de la pretensión procesal, con naturalezas jurídicas y contenidos bien diferenciados, los cuales son plenamente aplicables al proceso penal. Las principales contribuciones en este sentido son las que realizan GUASP, FAIRÉN y MONTERO.

GUASP DELGADO estima que la acción procesal es el derecho a obtener la actividad jurisdiccional o lo que es lo mismo un «derecho a pretender». En su esquema doctrinal el proceso no se refiere a una acción ni su contenido está

---

[15] CARNELUTTI, Francesco, Lezioni di Diritto processuale civile, volume II, La Litotipo, Padova, 1926, pp. 299-303; Sistema di Diritto processuale civile, tomo I, Cedam, Padova, 1936, pp. 40-42 y 342-347; también en Il danno e il reato, Cedam, Padova, 1926, pp. 81 y ss.

[16] ROSENBERG, Leo, Tratado de Derecho procesal civil, tomo II, Ejea, Buenos Aires, 1955 (traducción de Romera Vera), pp. 27-67.

[17] GUASP DELGADO, Jaime, La pretensión procesal, Civitas, Madrid, 1981, pp. 47-48, nota al pie número 44; FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, «El proceso como satisfacción jurídica», en Temas del ordenamiento jurídico, Tecnos, Madrid, 1969, p. 367, nota al pie número 23 y passim; MONTERO AROCA, Juan, Introducción al Derecho procesal, Tecnos, Madrid, 1976, pp. 68 y ss.

determinado por ésta, ni la decisión que pone término al proceso se refiere a la misma.

De ahí que sustituya a la acción por la pretensión procesal como elemento central del Derecho procesal y sobre el cual gira el proceso. Para este autor la pretensión procesal «no quiere decir otra cosa que la reclamación frente a persona distinta y ante el Juez de una conducta determinada», a la cual le atribuye la naturaleza jurídica de acto procesal y no de derecho. Pues bien, este acto procesal que sustancialmente se sintetiza en una reclamación de parte es el objeto del proceso. A su turno, la función del proceso consiste en la satisfacción de pretensiones, aunque se debe advertir que esta satisfacción no es «inter-sociológica» o «social» (en el sentido de material) como aclara el autor, sino puramente jurídica. Esto quiere decir que se colma con la sola examinación o decisión de la pretensión, no con su estimación, de modo que se satisface igualmente la pretensión que se estima como la que se desestima. En cuanto a la estructura de la pretensión, sostiene que tendría tres elementos: subjetivo, objetivo y de actividad.

El elemento subjetivo está constituido por la existencia de un pretensor o sujeto activo que pretende frente a alguien, el sujeto pasivo, y ante el juez —supra ordinado a las partes—, que es ante quien se formula la pretensión.

El elemento objetivo consiste en el objeto de la pretensión o el objeto mediato del proceso, constituido por «un bien de la vida» que puede ser «a los efectos de su tratamiento jurídico, una cosa corporal o una conducta de otra persona».

En tercer lugar, el elemento actividad de la pretensión, que es el que nos interesa especialmente, se concibe como una declaración de voluntad cuya nota distintiva respecto de las demás declaraciones de voluntad estriba en su calidad o naturaleza de petición fundada. La pretensión, para tener relevancia jurídica, debe estar determinada, de modo que se pueda individualizar o diferenciar de otras, cuestión que se consigue mediante la fundamentación, al invocarse un hecho o acaecimiento concreto de la vida.

Sin este hecho o acaecimiento no hay pretensión en sentido jurídico, sino una mera petición indeterminada. Buena parte de la tesis de GUASP DELGADO tiene una validez general y podría aplicarse tanto al proceso civil como al proceso penal, como pretende el mismo autor.

Sin embargo, la doctrina posterior pone de relieve la necesidad de hacer algunas correcciones y matizaciones de importancia sobre todo con relación al proceso penal.

En esta labor de precisión de conceptos, dentro de la teoría unitaria, destacan, como hemos dicho, FAIRÉN GUILLÉN y MONTERO AROCA. FAIRÉN GUILLÉN[18], al igual que el primer autor, distingue nítidamente la acción de la pretensión procesal. En su concepto, la acción es un derecho público subjetivo frente al Estado en su función jurisdiccional, concretándose en el derecho de acudir a los tribunales, y que se satisface con la excitación o movimiento jurisdiccional inicial. Su naturaleza jurídica y fundamento está en el derecho cívico de petición, de raíz constitucional. A partir de ahí sostiene que este derecho le pertenece a toda persona con capacidad para ser parte.

De otro lado, como dentro de esta teoría la finalidad de la acción es la pura excitación jurisdiccional, se entiende que la interposición de la acción siempre sea eficaz y logre su finalidad (excitación jurisdiccional), ya que el órgano jurisdiccional tiene, en todo caso, el deber correlativo de ponerse en movimiento frente a la interposición de la acción, aunque sea para declarar «que no puede proveer sobre el fondo por falta de pretensión eficaz»[19].

[18] FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, «La acción, el Derecho procesal y el Derecho político», en Estudios de Derecho procesal, Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, pp.75-121; «Ideas para una Teoría General del Derecho procesal», en Temas del Ordenamiento procesal, tomo I, Tecnos, Madrid, 1969, pp. 303-351; «El proceso como función…», cit., pp. 355-433; Doctrina General del Derecho procesal. Hacia una Teoría y Ley Procesal Generales, Bosch, Barcelona, 1990, pp. 77-100.
[19] FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, «La acción...», cit., p. 78.

La pretensión procesal, en cambio, es definida como un acto de subordinación de un interés ajeno al propio (en el caso del proceso civil) o el acto por el que se pide que se sujete a otra persona a una pena (en el caso del proceso penal)[20].

Como se puede ver, aquí FAIRÉN GUILLÉN ofrece una definición de pretensión procesal adaptada al proceso penal, que difiere formalmente de la del proceso civil, aunque en ambas se está sustancialmente hablando de lo mismo, esto es, de una petición fundada.

Pues bien, si la pretensión procesal ha sido definida de esta manera, ¿cuál es la función del proceso iniciado con la pretensión? Se considera que la función del proceso es la satisfacción jurídica, pero concebida en un sentido amplio, abarcadora de la resistencia o contestación del sujeto pasivo, ya que, al igual que el sujeto activo, éste dirige una petición al órgano jurisdiccional (en el sentido dialécticamente inverso), tras la cual hay un interés jurídico de desestimación de la pretensión.

Para FAIRÉN GUILLÉN, el origen de la pretensión procesal se basa en una realidad que podríamos calificar de sociológica, consistente en el estado de insatisfacción pre-procesal, el cual, justamente, se puede canalizar al proceso a través de una pretensión procesal. Ahora bien, la existencia de una pretensión y de una resistencia produce un «choque intersubjetivo» que en el proceso debe ser resuelto por un juez.

[20] FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, «La acción...», cit., p. 108.

Desde un punto de vista dinámico, la satisfacción procesal de la pretensión y de la resistencia otorgada por el juez «debe ser consecuente con la relación satisfacción interés más digno de protección jurídica; esto es, debe examinar si la pretensión o la resistencia están bien fundadas (fundabilidad) y, por lo tanto, si procede acordar a favor de una u otra [de las partes la satisfacción] (proceso cognitivo); y, posteriormente, la actuación impuesta al satisficente por aplicación de la norma jurídica a los hechos, puede ser resignativa o forzosamente coactiva, según los casos (proceso ejecutivo)»[21].

Lo que viene a decir el párrafo citado es que la satisfacción jurídica otorgada a través del proceso, desde un punto de vista dinámico, ha de tener en cuenta la protección jurídica dada por la ley a los intereses jurídicos, de modo que se satisfará aquella pretensión mejor fundada, es decir, aquélla que invoque el fundamento fáctico adecuado para producir el efecto jurídico pretendido. Aquí se deja ver la relación que existe entre pretensión procesal y el sustrato material y normativo (norma objetiva), punto en el que radica una diferencia fundamental con la teoría de GUASP[22], que es puramente procesal sin ninguna referencia al fondo o sustrato material y normativo de la pretensión.

[21] FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, «El proceso como función...», cit., pp. 362-363.

[22] Sin embargo, obsérvese que en un trabajo distinto al de la famosa monografía acerca de la pretensión, GUASP DELGADO alude específicamente a que la satisfacción de la pretensión depende de su conformidad con el Derecho o norma objetiva. Vid. Juez y hechos en el proceso civil. Una crítica del derecho de disposición de las partes sobre el material de hecho del proceso, Bosch, Barcelona, 1943, pp. 36-38.

Por otra parte, en la relación entre satisfacción procesal e interés jurídico queda de manifiesto el carácter objetivo de aquélla. Se sostiene por FAIRÉN GUILLÉN que la satisfacción es objetiva, en el sentido de que el estado de paz social y jurídica se opone al hecho en apariencia de vulneración de un interés jurídico protegido por la norma jurídica, que produce un «descontento» o «indignación» (en caso de infracción penal) por el ataque al estado de satisfacción protegido por la norma jurídica.

Ahora bien, estos estados de insatisfacción pre-procesal —y por lo tanto subjetivos— al ser formulados en una pretensión procesal deben objetivarse, es decir, tienen que manifestarse con relación a la infracción de una norma jurídica objetiva. Sin embargo, posteriormente en el proceso de consecución de la pretensión en la sentencia, en caso de referirse a intereses privados, se reconvertirán en subjetivas, en la medida que la satisfacción concedida en la sentencia «torna a subjetivizarse», se dirige al sujeto pretensor. En cambio, si el interés que hay detrás de la pretensión procesal es general y público, el proceso de consecución de la misma favorece directamente a la comunidad, y desde este punto refleja sus efectos o «derrama sus efectos» hacia los miembros integrantes de ésta.

Como se ve, el proceso como satisfacción jurídica de pretensiones o resistencias procesales, también es una concepción aplicable al proceso penal[23], aunque con algunas particularidades propias, especialmente provocadas por la naturaleza del interés lesionado por el delito y la especial naturaleza satisfactiva de la pena.

En efecto, dentro de esta teoría se entiende que el delito (de acción pública, que es la regla general, no así el de acción privada) provoca una lesión de un interés predominantemente general, el cual constituye el sustrato de la pretensión procesal. La satisfacción jurídica de ésta en el proceso penal es compleja, ya que no sólo se halla formada por la posible imposición del cese de la actividad antijurídica, sino que además se puede imponer, de un modo personalísimo y específico, una pena o medida de seguridad, en la medida que se trate de una infracción o estados muy graves, como son los delitos o faltas y la peligrosidad, respectivamente.

La pena o medida de seguridad son los elementos diferenciales de la satisfacción penal. En lo que respecta a la pena, la satisfacción vendría dada por la función de retribución de la misma, aunque también se reconoce que concurre con los fines de prevención y resocialización. Por otra parte, se apunta que la absolución produce la misma satisfacción, pero, obviamente, no de la pretensión, sino de la resistencia.

[23] FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, «El proceso como función...», cit., pp. 390-393.

Con relación a la medida de seguridad, la satisfacción estribaría en la evitación del peligro que supone la aplicación de la medida al acusado en estado de peligro. Con todo, el reconocimiento de la pretensión procesal penal en ningún caso supone la asimilación de la misma al *ius puniendi* —o lo que también se denomina pretensión punitiva— que más que un derecho es una potestad, cuestión que expresamente se encarga de aclarar afirmando que el *ius puniendi* corresponde en plenitud al órgano jurisdiccional[91], lo cual se basa, aunque no lo desarrolle latamente, en la propia naturaleza del interés que constituye el sustrato de la pretensión procesal y que procesal y jurídicamente se satisface, puesto que al ser general y público el interés no puede ser disponible de ninguna forma por el sujeto pretensor.

Esta doctrina se recoge con algunas matizaciones por MONTERO AROCA[24]. El autor distingue también entre acción y pretensión. La acción, para MONTERO AROCA, pertenece a cualquiera con capacidad procesal y la define como «el derecho de acudir a los órganos jurisdiccionales del Estado para interponer pretensiones o para oponerse a ellas»[94], derecho al cual le atribuye rango constitucional. Este concepto lo considera perfectamente aplicable para el proceso civil y penal.

En la base de su teoría sobre la función jurisdiccional se halla la necesidad de responder a una realidad sociológica, pero que no consiste en la existencia de

[24] MONTERO AROCA, Juan, Introducción…, cit., pp. 113-176.

conflictos de intereses jurídicos, puesto que considera que no siempre en el proceso — instrumento de la función jurisdiccional— existe un conflicto de intereses, como acontece, por ejemplo, en el proceso civil de nulidad de matrimonio cuando las partes están de acuerdo en la nulidad y concurre una causal legal, situación en la que hay un mismo interés de las partes, el cual además está protegido por la Ley, o como acontece en el proceso penal en la hipótesis del proceso dirigido contra un acusado inocente, en cuyo caso coincide el interés del acusado con el de la sociedad (acusador público) en la no condena o absolución. La base sociológica si bien no está en el conflicto de intereses, si lo está en el interés jurídico, ya que no hay pretensión o resistencia que no recaiga sobre un interés jurídico —un bien de la vida—, y por lo tanto aquí se halla la base sociológica de la jurisdicción y el proceso.

Por esta razón prefiere no referir su análisis al conflicto de intereses, sino al concepto procesal de pretensión y resistencia, que son el objeto de la función jurisdiccional. Define a la pretensión como «una petición fundada que se dirige a un órgano jurisdiccional (del Estado) frente a otra persona sobre un bien de la vida». Cuando define la pretensión como una «petición fundada sobre un bien de la vida», se está apartando de la definición de CARNELUTTI y FAIRÉN GUILLÉN que sostienen que «es una subordinación de un interés ajeno al propio», justamente con el objeto de

dejar claro que no siempre en el proceso hay conflicto de intereses[25], pero sí, en todo caso, una petición fundada sobre un bien de la vida.

La naturaleza jurídica de la pretensión procesal, antes que un acto procesal o un derecho, como había sido definida por FAIRÉN GUILLÉN, es considerada ahora como una declaración de voluntad, lo cual se revela en la calidad de «petición fundada» que tiene.

El autor no ve inconveniente alguno para aplicar el concepto de pretensión procesal con estas notas constitutivas al proceso penal, es decir, reconoce expresamente que es aplicable al proceso penal el concepto de la pretensión procesal penal separada del de acción, casi en los mismos términos que FAIRÉN GUILLÉN, y por eso dice que es «la petición fundada de que el interés social sea satisfecho mediante la imposición de una pena»[26].

Antes hemos puesto de relieve que GUASP DELGADO y FAIRÉN GUILLÉN han centrado sus teorías sobre la base del proceso y la pretensión (y resistencia), siendo función del proceso la satisfacción jurídica de la pretensión (y de la resistencia, para FAIRÉN). Pues bien, MONTERO AROCA realiza su construcción teórica sobre la base de la jurisdicción (no sobre el proceso) y, por lo tanto, refiere a ésta la función

[25] MONTERO AROCA, Juan, Introducción..., cit., p. 100.
[26] MONTERO AROCA, Juan, Introducción..., cit., p. 156.

de satisfacción jurídica de pretensiones y resistencias[101] —que materialmente supone la satisfacción de intereses jurídicos[27].

La satisfacción jurídica como función de la jurisdicción es concebida desde dos puntos de vista: en cuanta actividad y en cuanto resultado. La satisfacción-actividad consiste en la «resolución razonada a una duda o queja formulada», es decir, la resolución razonada de la pretensión y resistencia. La satisfacción-resultado se trata del «aquietamiento convencido que se alcanza al deshacer una duda o queja»[28].

En el caso del proceso penal la satisfacción jurídica en términos generales viene dada por la imposición de la pena o la absolución, pues en ésta al igual que en la satisfacción no penal, se trata de satisfacer un interés público, no privado, «pero interés al fin»[29].

A los planteamientos precedentes, que estimamos sustancialmente correctos, tal vez quepa añadir que cuando se trata del proceso penal el interés jurídico no puede entenderse referido a un derecho subjetivo punitivo de la comunidad a que el acusado sea condenado, sino lisa y llanamente a un interés en la pura aplicación del Derecho penal objetivo, es decir, el interés jurídico de la comunidad en la vigencia de la norma penal (ni a la comunidad ni al Estado se le reconoce otro interés), y que

[27] MONTERO AROCA, Juan, Introducción..., cit., p. 109.
[28] MONTERO AROCA, Juan, Introducción..., cit., p. 109.
[29] MONTERO AROCA, Juan, *Introducción..., cit.*, p. 112.

en el caso del órgano de acusación público el interés muta en un deber de pedir a los órganos jurisdiccionales la aplicación de la norma penal objetiva.

Con posterioridad MONTERO AROCA parece reconducir sus argumentaciones en esta dirección, al modificar parcialmente su posición sobre la satisfacción jurídica al mantener que la función jurisdiccional no es ésta, sino la actuación del derecho objetivo, con lo cual viene a sostener lo mismo que ha mantenido ORTELLS RAMOS[30] en el sentido que esta función (juzgar y hacer ejecutar lo juzgado) se resuelve en la actuación del Derecho objetivo.

Con todo, a nuestro juicio, la diferencia entre satisfacción jurídica y la actuación del Derecho objetivo es más formal que sustancial, puesto que tanto FAIRÉN GUILLÉN como MONTERO AROCA —en su primera posición— sostenían que la satisfacción jurídica debía ser objetiva, es decir, tenía que darse con relación a una norma jurídica objetiva que protegiera el interés (privado o público) que hay tras la pretensión o resistencia, de manera que esta posición también apuntaba el carácter de actuación del Derecho objetivo que hay en la función jurisdiccional, pero con la diferencia de que no lo convertía en la función jurisdiccional, ya que para determinar cuál era ésta(la función) observaban la cuestión desde el punto de vista de la pretensión o resistencia del justiciable, y de ahí que concluyeran que la actividad jurisdiccional

[30] ORTELLS RAMOS, Manuel, Concepto, Método, Fuentes y Programa del Derecho procesal, tomo I, Valencia, 1983, pp. 106-130.

debía ordenarse a satisfacer unas u otras. Justo desde el ángulo opuesto es como aprecia la jurisdicción la teoría de la actuación del Derecho objetivo, puesto que parte de una visión eminentemente pública —y no desde el punto de vista del justiciable—, razón por la cual se podría decir que aprecia en la aplicación de la norma objetiva un fin público en sí mismo, desatendiendo al resultado o eficacia de la pretensión o resistencia deducidas en el proceso.

A nuestro juicio la función jurisdiccional posee las dos facetas que hemos resumido en las posiciones anteriores. Ambas facetas de la función jurisdiccional son públicas, pero una apunta a un interés o función inmediatamente público, como es la actuación del Derecho objetivo, y el otro es mediatamente público e inmediatamente de parte, cual es la satisfacción jurídica de pretensiones y resistencias. Pues bien, la jurisdicción en todo proceso (civil o penal) realiza esta función en su doble vertiente, pero con distinta intensidad en uno y otro.

Así en el proceso civil la faceta predominante tenderá a ser la de satisfacción jurídica de parte (resultado de pretensiones), aunque no se puede desconocer que hay una función de actuación del Derecho que responde a un interés público estatal de mantención y vigencia del orden legal establecido, aunque el interés sustrato de la pretensión sea absolutamente privado.

En el proceso penal, no cabe duda que la función predominante sea la de actuación del Derecho, aunque no se puede desconocer que el proceso es fruto de una pretensión que podrá ser procesalmente satisfecha con el resultado del proceso, con independencia de que el interés que hay tras la pretensión sea público y no corresponda al acusador pretensor.

La doctrina a la que adherimos mantiene que la pretensión procesal es el objeto del proceso, pero esa afirmación general es matizada para el proceso penal, ya que subyace a la pretensión un interés público del que no es titular el pretensor, y del cual no puede disponer[31].

Por tal motivo hay que concluir que la pretensión procesal penal no constituye un referente delimitador del objeto del proceso penal, habida cuenta justamente de que la relación jurídico material no se da entre el acusador (público o privado) y el acusado, sino entre el Estado-juez y el acusado, siendo el juzgador el depositario del *ius puniendi*.

Por eso concluye MONTERO AROCA[32] que el objeto del proceso sólo se halla definido por el hecho punible que se introduce por la parte acusadora cuando

[31] MONTERO AROCA, Juan, *Introducción..., cit.*, p. 154.
[32] MONTERO AROCA, Juan, *Introducción..., cit.*, p. 155.

sostiene la acusación, es decir, el objeto del proceso se halla conformado por el fundamento de la pretensión procesal.

En nuestra opinión, esta doctrina es la que más se acerca a lo que en realidad acontece en el proceso penal, pues aun cuando establece el carácter abstracto de la acción, no desconoce la existencia (necesidad) y utilidad de la pretensión. Todo lo dicho antes en orden a restarle a la pretensión procesal el carácter de objeto del proceso, no quita que haya de ser útil y necesaria la aceptación de la existencia de la misma, definida como la petición concreta, con base en unos hechos, de una consecuencia jurídica (pretensión, *petitum*).

A nuestro parecer, la afirmación de la existencia de la pretensión procesal penal es necesaria y útil. Necesaria, porque viene a reconocer lo que en la ley se establece sin titubeos: en el proceso se debe deducir una petición completa que contemple el hecho subsumido con una petición concreta de pena, y no una pura relación del hecho punible.

Desde el punto de vista legal, la pretensión procesal es una realidad innegable, según atestigua la necesidad de que el acusador interponga calificaciones provisionales y conclusiones definitivas. Es útil, porque la pretensión procesal (y la contra-pretensión) pone de relieve con total transparencia la amplitud que tiene el objeto de la contienda o del debate conformado por todo su contenido, marcando la amplitud

que ha de tener la garantía constitucional del derecho a ser informado de la acusación (de la pretensión) y del derecho de defensa.

En efecto, que sólo el hecho punible de la acusación (el fundamento de la pretensión) constituya el objeto del proceso, no quiere decir que la calificación jurídica y el *petitum* se conviertan en elementos absolutamente irrelevantes.

Al contrario, si se afirma la existencia de la pretensión procesal es justamente para poner de relieve que ella sirve al proceso al darle un contenido preciso al objeto que está más allá del objeto del proceso, y que es aquél que marca la amplitud con la cual se ha de producir el debate contradictorio en el proceso, razón por la cual sostenemos que la pretensión procesal conforma el denominado objeto del debate.

Dicho esto, corresponde poner a la pretensión procesal y su significado en relación con el principio acusatorio y con los poderes del acusador y del juez. El principio acusatorio formal establece que el proceso ha de adoptar una forma triangular, a semejanza de lo que acontece en el proceso civil.

Es decir, el proceso se ha de ventilar entre dos partes y ante un tercero imparcial, para lo cual es menester que la función acusadora deba ser, al menos desde el punto de vista procesal y formal, una actividad de parte y, por lo tanto, una actividad separada de la de enjuiciamiento, concretada en la atribución de las potestades de

acusación a un sujeto procesal distinto del tribunal, y así dejar al órgano jurisdiccional en una situación de imparcialidad. Con todo, dicha función acusadora halla límite en la atribución del *ius puniendi* al juez.

Esto quiere decir que pese a haber acusador y que de él dependa la iniciación y sustanciación del proceso, sigue siendo el Estado-juez el titular del *ius puniendi*: corresponde entonces a éste el poder de aplicación de la norma penal objetiva, de suerte que la atribución de función acusadora a otro órgano no puede suponer el reconocimiento de una pretensión punitiva. En consecuencia, el principio acusatorio se colma con la introducción y fijación de esos hechos por un sujeto procesal distinto del juzgador.

Lo dicho, a nuestro juicio, es una argumentación correcta en términos generales, pero no explica todo el fenómeno procesal, ya que deja fuera del análisis al objeto del debate y al derecho de defensa, al no considerar la importancia que tienen en la relación de poderes entre acusador y juzgador.

En definitiva, lo que esta teoría no zanja es la cuestión de la fina separación de la función de pretensión (entendidas en un sentido puramente formal) de la de decisión; y tampoco explica la manera en que la primera puede condicionar a la función de decisión —poderes del juez—. Desde este punto de vista, mantener que el tribunal no se halla vinculado por la calificación jurídica ni por el *petitum*, porque no forman

parte del objeto del proceso, aunque técnicamente es un razonamiento impecable, es al mismo tiempo claramente insuficiente como única categoría de análisis, porque niega de plano las matizaciones que pueden introducirse sobre la base de la existencia de la pretensión.

Nos referimos a su función condicionadora de las facultades judiciales de aplicación del *ius puniendi*, ello con relación al derecho de defensa y a contradecir sobre el objeto del debate.

Consideramos que la base de la solución está en que sin negar la existencia de la pretensión en el proceso penal, se le atribuya el significado adecuado que hemos adelantado. Por eso estimamos que se debe reconocer que la ley contempla en la regulación del escrito de acusación y en las calificaciones la necesidad de que se deduzca una pretensión, y que el escrito de defensa del acusado pueda ser correlativo; siendo esto fundamental para preservar el derecho de defensa del acusado.

Sobre esta base MONTERO AROCA[33] señala que la pretensión procesal constituye parte del **objeto del debate**, y al respecto dice: «el derecho a ser informado de la acusación, en particular, supone que el acusado tiene que tener conocimiento de todo lo que pueda influir en la decisión judicial, tanto se trate de materiales de hecho

[33] GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Eduardo, «Correlación...», *cit.*, p. 516-518.

como de derecho, y, también, de la pena que contra él se pide, para que pueda alegar y probar en torno a los mismos. La plena efectividad de ese derecho lleva a que los escritos de calificación provisional o de acusación de los acusadores tengan que referirse a todos estos materiales, pues de lo contrario se colocaría al acusado en situación de indefensión».

En síntesis, se distinguirían dos tipos de objetos: el del proceso y el del debate. El del proceso estaría sólo conformado por el hecho punible. En cambio, el objeto del debate también incluiría a la calificación jurídica y al *petitum* (de la acusación, de la defensa y los introducidos por el juez). El primero —el objeto del proceso— vendría a coincidir con el fundamento de la pretensión, los hechos, y determinaría el contenido del principio acusatorio; mientras que el segundo —el objeto del debate— se vincularía con las exigencias de respeto al derecho a ser informado de la acusación, al derecho de defensa y al principio de contradicción.

Desde este punto de vista la técnica del planteamiento de tesis[34] sobre una probable calificación distinta de la formulada por la acusación no es otra cosa que la ratificación de la existencia del objeto del debate con el contenido señalado y de la amplitud del derecho a ser informado de la acusación, del derecho defensa y del principio de contradicción. Por tal motivo la tesis opera como el medio adecuado que

[34] La tesis también se halla recogida en el Código procesal penal modelo para Iberoamérica (art. 322) y en el CPP chileno (art. 341 inciso 2º y 3º).

tiene el juzgador para ampliar el objeto del debate y el objeto de su decisión, convirtiéndose en el presupuesto de eficacia de sus poderes jurisdiccionales.

En efecto, el planteamiento de la tesis por parte del juzgador y su debate (y eventualmente las posibilidades de suspensión y prueba) no sólo constituye un mecanismo para ampliar el objeto del debate y de decisión con el fin de preservar la debida contradicción y para impedir cualquier situación productora de indefensión, sino que también —visto desde el ángulo de las facultades del juzgador— constituye esencialmente el modo de cumplir con un presupuesto de eficacia del poder de oficio de aplicación del Derecho penal (*iura novit curia*), cual es, el aseguramiento de que este poder no ha de producir ninguna hipótesis de vulneración del derecho de defensa. Sólo bajo este presupuesto el juzgador se halla en posición de ejercer sus facultades. Es decir, mientras no cumpla con dicha técnica de garantía, los poderes de aplicación del Derecho para apartarse de la acusación no podrán ser ejercidos con eficacia.

4.2-. EL DEBER DE CORRELACIÓN EN LA SENTENCIA.

4.2.1-. EL HECHO PUNIBLE.

Con la finalidad de aclarar el asunto de la correlación en cuanto a los extremos de vinculación y de desvinculación del juzgador, la doctrina centra sus esfuerzos en explicar el verdadero sentido de la correlación a partir de una descripción previa del

principio acusatorio (y del objeto del proceso), basada en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en lo adelante LECrim), como legislación modelo en esta temática, objeto de investigación. Es por ello que en algunas ocasiones se hace mención a la mencionada legislación para entender los fundamentos teóricos que se esbozan en toda la tesis.

El Ministerio Fiscal o el acusador particular son los que tienen el poder de acusar, ello con el fin de mantener la imparcialidad del «tribunal» y no desvirtuar el principio acusatorio, debiendo contener la acusación todos los elementos que se han de debatir en el juicio. Esto es, los suficientes como para que el acusado pueda preparar la defensa con todas las pruebas y elementos de descargo, con lo cual se da por establecido que la acusación debe contener los hechos y la calificación jurídica precisa de los mismos.

La aplicación de este principio puede significar un problema por la razón de que, proscrita la absolución de la instancia y en pleno vigor el principio del *non bis in idem*, el error en la calificación del fiscal comportaría la absolución del culpable, porque el juzgador no se podría apartar de la acusación con calificación errónea por exigencia del principio acusatorio, viéndose obligado a absolver. De esto se deduce sin dudas la equivocada concepción del acusatorio, y de ahí mismo se propone, por alguna doctrina y jurisprudencia, como el medio para evitar los perniciosos efectos de la plena aplicación del principio acusatorio sin matizaciones, pretendiendo

presentar el planteamiento de tesis como una necesaria excepción al principio acusatorio.

La posibilidad de que el juzgador califique de un modo distinto a la acusación es una excepción a la plena aplicación del principio acusatorio, pero que es necesaria para evitar el pernicioso efecto de impunidad antes anotado.

De lo anterior se puede concluir que estas concepciones iniciales adoptan un concepto del principio acusatorio que revelaba una equivocada idea de lo que era el objeto del proceso para determinar el deber de correlación, el cual además era distinto del concepto del objeto del proceso que consideraba para la cosa juzgada (y la litis pendencia).

En cambio, para la cosa juzgada (y la litis pendencia) el objeto del proceso se identificaban por un hecho concreto cuya calificación no era relevante, en consonancia con la concepción del *non bis in idem* en términos de proscripción de doble enjuiciamiento del mismo hecho[35].

[35] GÓMEZ ORBANEJA, Emilio, Comentarios..., cit., tomo II, pp. 287-288; GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Eduardo, «La correlación...», cit., pp. 519 y ss; ASENCIO MELLADO, José María, Principio acusatorio..., cit., p. 67; ARMENTA DEU, Teresa, Principio acusatorio..., cit., pp. 72-73. Una argumentación general sobre la acción penal y su relación con la cosa juzgada, se halla en GOLDSCHMIDT, James, Derecho justicial…, cit., pp. 100-113.

Ante la disparidad conceptual, la doctrina y jurisprudencia se vieron obligadas a esquivar la diferencia de concepto o más precisamente su consecuencia, consistente en los evidentes efectos de impunidad a que habría conducido, ya que cualquier error de calificación en el título de condena tenía por fuerza que llevar a la absolución, como natural consecuencia de la proscripción de la absolución de la instancia. E incluso más, dicha absolución habría impedido el nuevo enjuiciamiento de los hechos, por aplicación del principio penal del *non bis in idem* (que se identifica por hechos y no por calificaciones), la cual impide juzgar de nuevo esos hechos aunque sean calificados de otro modo. La manera de evitar el desajuste conceptual, fue se permitía al juzgador apartarse de las calificaciones jurídicas del acusador, aunque muy limitadamente.

Si nos atenemos a los términos expuestos, se hace notar la intención de convertir esta disposición en una excepción al principio acusatorio muy limitada y estrecha, ciñendo su uso exclusivamente al título de condena y a las causas de exención de responsabilidad, pero no a los demás posibles errores de calificación, respecto de los cuales el órgano jurisdiccional se encuentra (en el concepto del Legislador) indefectiblemente vinculado. Nos referimos a las causas modificativas de responsabilidad penal, a las formas de participación, o a los grados de ejecución.

Dice GÓMEZ ORBANEJA[36]: «El autor de la ley consideraba sin duda menos graves las consecuencias de que el fiscal olvide una agravante, por ejemplo, o confunda la autoría con la complicidad, a que incurra en el error de un título de delito por otro». Es decir, respecto de las atenuantes, de las agravantes, de las formas de participación, o de los grados de ejecución, partían del supuesto de que el juzgador estaba vinculado sin siquiera poder hacer uso de la tesis para desvincularse.

La interpretación judicial preconstitucional, en algunos países como en España, invirtió el sentido de la vinculación de la sentencia a la acusación, entendiendo que respecto de los elementos de calificación en lo que se proscribía el uso de la «tesis», el órgano jurisdiccional se hallaba desvinculado *ab initio*. La causa de la interpretación contraria al espíritu del precepto se basó en la escasa y mal planteada cobertura casacional que se otorgó al deber de correlación.

En resumen, tanto por razones de errónea concepción legal como jurisprudencial se consagró en un primer período, o sea, un sistema deficiente. Quedaba meridianamente claro que la pretendida amplitud de respeto del acusatorio se desvanecía, y lo peor era que en el ánimo de vincular al máximo al órgano jurisdiccional, poniendo el acento en la calificación jurídica y no en el hecho calificado, no se lograba ni lo uno ni lo otro. En cuanto a la identidad del hecho

[36] GÓMEZ ORBANEJA, Emilio, Comentarios..., cit., tomo II, p. 289. Le sigue ARMENTA DEU, Teresa, Principio acusatorio..., cit., p. 73. También ASENCIO MELLADO, José María, Principio acusatorio..., cit., p. 67.

punible, elemento integrador indiscutible del objeto del proceso, no se obtiene una adecuada protección legal del mismo a la hora de contemplar la cobertura casacional de la correlación.

En cuanto a la calificación jurídica y el debido debate contradictorio mediante el uso de la tesis, no se consigue una adecuada cobertura. Dice GÓMEZ ORBANEJA[37], refiriéndose a la legislación española, respecto de la norma de casación del art. 851.4, que «(...) puesto que habla del "delito objeto de la acusación", conducirá a comparar tipos del código penal, y en último término penas, en busca de la relación de mayor a menor, y no hechos de la vida real para ver si coinciden. El precepto del 912 impide que —a menos que el Tribunal proponga previamente a las partes la calificación usada en la sentencia— al acusado por hurto se le pueda condenar por robo. No impide, sin embargo, por sí mismo, que al acusado por el hecho A se le pueda condenar por el hecho B. Por tanto que pueda haber juicio y sentencia sin acción penal referida a ese hecho».

En igual sentido, SERRA DOMÍNGUEZ[38], apunta que «al no distinguir [se refiere al art. 733 según la Exposición de Motivos y su relación con el Artículo 851.4 de la LECrim] el legislador que lo que es objeto de la acusación no es el delito, sino el hecho calificado como delito, yerra la regulación del principio. Por este sistema

[37] GÓMEZ ORBANEJA, Emilio, Comentarios..., cit., tomo II, pp. 289-290.
[38] SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, «Incongruencia...», *cit.*, p. 430.

puede penarse por hecho y delito distinto siempre que no sea más grave que el de la casación de forma, con lo que se escapa toda la esencia del principio acusatorio».

Ante esta configuración imperfecta del principio acusatorio, es menester poner de relieve que la doctrina ha optado por construir una tesis unitaria del objeto del proceso aplicable tanto al deber de correlación como a la cosa juzgada (y litis pendencia). En la construcción teórica de lo que es el objeto del proceso ha existido pleno consenso de que éste se halla identificado por el hecho (y el acusado).

Se considera que un correcto funcionamiento del sistema procesal penal imponía la necesidad de buscar un concepto único de hecho, que sería el elemento identificador del objeto del proceso a efectos de determinar el deber de correlación (y la cosa juzgada y litis pendencia). El problema se centrará entonces en definir qué ha de entenderse por hecho, desde una perspectiva procesal.

Pero, al mismo tiempo, la doctrina y la jurisprudencia se ocupan de exigir una cada vez más estricta tutela del derecho de defensa que atienda y abarque todo el contenido de la acusación, con lo cual se resuelven los dos problemas que presentaba el diseño del proceso penal: *garantizar el deber de correlación respecto de los hechos de la acusación, asegurando la identidad sustancial de los mismos como elemento definidor del objeto del proceso, evitando crear márgenes de impunidad*

por errores de calificación, supuesta la aplicación del principio non bis in idem, y, al mismo tiempo, reconocer el derecho de defensa.

Las sentencias de los tribunales[39] comienzan a declarar que si bien el objeto del proceso se fija por un hecho, ello no obsta a una mejor protección del derecho de defensa, viniendo a presentarse esta reinterpretación como consecuencia de la exigencia constitucional del derecho de defensa y de la proscripción de la indefensión, siempre que ello no signifique una modificación fáctica sustancial.

4.2.2-. COSA JUZGADA.

Como hemos visto, la doctrina consciente del problema que suscitaba la cuestión de la correlación entre acusación y sentencia, advirtió que la solución pasaba por definir correctamente el objeto del proceso a partir de una acertada configuración del hecho o, mejor dicho, de la identidad del hecho con relevancia procesal. Había consenso teórico en que el objeto del proceso penal venía identificado por el hecho en que se funda la pretensión procesal, sin embargo, ese consenso tiende a desaparecer cuando se trata de aclarar qué es el hecho procesalmente relevante, cuestión que es en

[39] STS de 4 de noviembre de 1986, Sala de lo Penal, ponente Soto Nieto (BDA, m. RJ 1986\6241); STS de 9 de octubre de 1992 (BDA, m. RJ 1992\8221); STS de 8 de febrero de 1993, Sala de lo Penal, ponente Martínez-Pereda Rodríguez (BDA, m. RJ 1993/939); STS de 23 de Junio de 1998, Sala de lo Penal, ponente Martínez-Pereda Rodríguez (BDA, m. RJ 1998/5592).

definitiva lo fundamental para determinar precisamente en qué consiste la correlación objetiva que debe guardar la sentencia con el hecho de la acusación[40].

Acerca de esta materia se han planteado en la dogmática procesal penal dos teorías que pretenden dar una respuesta unitaria y coherente al tema de la identificación del hecho desde un punto de vista procesal. Nos referimos a la teoría naturalista y a la teoría normativa.

Actualmente, empero, hay que añadir al análisis una tercera teoría que supera tanto a la concepción naturalista como a la normativa, y que consiste básicamente en la distinción de dos conceptos distintos de hecho. Uno muy exigente y completo en sus elementos (*res iudicanda*), que se aplica al deber de correlación, y otro más laxo e incompleto (*res iudicata*), que se aplica a la función negativa del *ne bis in idem* (cosa juzgada).

1. Teoría naturalista.

El proceso penal, según esta teoría, necesita de un concepto del hecho naturalista para distinguir el «hecho por el que se procede» del «hecho punible» en el sentido de la ley penal: el hecho procesal está constituido por un acaecimiento o «trozo de

[40] GÓMEZ ORBANEJA, Emilio, *Comentarios...*, *cit.*, tomo II, pp. 286-317.

vida»[41] y no por un concreto tipo penal. La concepción naturalística considera que la identificación ha de hacerse con base en criterios puramente naturales, de los cuales habrá de surgir una unidad: la unidad de acción natural. Para ello se recurre a criterios históricos o naturales que permitan conseguir una cierta delimitación del hecho que sirva de medida con miras a conformar un objeto del proceso.

1.1. Criterio espacio-temporal.

Como primer criterio se utilizó la determinación espacio-temporal, así el hecho procesalmente relevante sería un simple acaecer histórico dentro de sus límites espacio-temporales[42]. Es decir, para individualizar el hecho había que atender a criterios de determinación espacial y temporal del acaecimiento histórico, en consecuencia, a efectos de identificación del hecho había que preguntarse: ¿qué cosa, dónde y cuándo? El resultado de las respuestas a estas tres cuestiones era el objeto del proceso.

Esta teoría acierta en cuanto pone de relieve que el objeto del proceso es un *factum* y no un *ius*, y además demuestra que «el hecho punible en el sentido del Código penal (acción u omisión) no es el hecho punible objeto del proceso penal, que aquél varía según los distintos tipos penales, y éste solamente según las causas naturales que lo

[41] GÓMEZ ORBANEJA, Emilio, *Comentarios..., cit.*, tomo II, p. 296.
[42] GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Eduardo, «La correlación...», *cit.* p. 523.

motivaron», de manera que esta concepción permite distinguir el hecho penalmente relevante del hecho procesalmente relevante, porque como hemos señalado, el elemento individualizador de la acción es un hecho, nunca un delito, razón por la cual el juez puede pasar de un delito a otro sin romper la identidad del objeto del proceso.

En segundo lugar, la teoría naturalista permitiría discernir entre actos que forman parte de la unidad de acaecer natural, de cualquier otro acto del sujeto pasivo que no queda dentro de la identidad del hecho. Sin embargo, la realidad demuestra que esto no es así, y que justamente el principal problema de este criterio es que no permite distinguir acertadamente la unidad del hecho en ciertos casos.

GUTIERREZ DE CABIEDES[43] plantea serias dudas acerca de esta segunda cuestión de la teoría naturalista, es decir, de la distinción entre actos que forman parte de la unidad natural y aquellos otros que quedan fuera de esa unidad natural y que por tanto no caben dentro del «hecho». Su argumento central se basa en que el hecho histórico estaría compuesto de infinidad de menudos hechos que sólo pueden ser agrupados atendiendo a criterios jurídicos. Y pregunta «¿Cómo podría saberse dónde empieza y dónde acaba la historia procesal sin un criterio valorativo jurídico? ¿Cómo se acota ese trozo de vida del conjunto casi infinito de acontecimientos que

[43] GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Eduardo, «La correlación...», *cit.*, p. 524.

componen el hecho sujeto a enjuiciamiento? ¿Cómo se separan, sin método estrictamente jurídico, los puramente accidentales de los trascendentes?»[44].

Se sostiene, en consecuencia, que esta teoría no es suficiente por sí sola para dar respuesta a ciertas cuestiones que presentan dificultades en la determinación de la amplitud del objeto del proceso. En efecto, en ciertos casos la pura referencia a criterios espaciales y temporales del hecho histórico se manifiestan ambiguos o imprecisos para la resolución de hipótesis cuya unidad no se delimita por estos criterios, así, por ejemplo, cuando el hecho no se contrae a un lapso determinado de tiempo, como sucede en el caso de lesiones de las que se derivan muchos meses después la muerte de la víctima, o cuando el hecho histórico natural no puede servir de referente, como es el caso de distintas formas de participación, como son la autoría y la complicidad, las que desde un punto de vista natural son hechos distintos, pero que desde una perspectiva procesal (para la teoría normativa) constituirían un mismo hecho, o también el caso de distintos grados de perfección del delito, como son la consumación y las formas de tentativas en que la coincidencia de los hechos desde un punto de vista natural no existe o es parcial, mientras que para la teoría normativa el hecho procesal sería el mismo. Por último, pueden presentarse otros casos que hagan indispensable considerar criterios jurídico-penales, como en supuestos de delito continuado y concurso ideal, según se verá más adelante.

[44] GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Eduardo, «La correlación...», *cit.*, p. 524.

1.2. Criterio subjetivo (volitivo).

Posteriormente[363] fue propuesto un segundo criterio dentro de la teoría naturalista que consistió en la referencia a la voluntad del autor. Es decir, el elemento que permitiría discernir la unidad natural del hecho es la constatación de que el agente (sujeto pasivo del proceso) persigue un fin particular que se proyecta en una conducta material[364]. La identidad del hecho, por lo tanto, depende en esta teoría de la invariabilidad del elemento volitivo[45].

También este criterio es criticado por su inseguridad e insuficiencia para distinguir en forma adecuada ciertas hipótesis, así, por ejemplo, el problema que se presenta en la distinción entre dolo y culpa, ya que la pura afirmación de que en un delito concurre culpa y no dolo (modificación de la voluntad del agente), comportaría la modificación del hecho. Bien es verdad que algunos autores han intentado evitar esta consecuencia lógica señalando que entre culpa y dolo hay una comunidad de voluntad interna con distinta gradación[46], pero si ello es efectivo entonces habría que concluir que el elemento volitivo es ineficaz e irrelevante a efectos de identificación del hecho.

---

[45] LA ROCCA, Manlio, *Studi…, cit.*, p. 42.

[46] GÓMEZ ORBANEJA, Emilio, Comentario…, cit., tomo II, p. 298; GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Eduardo, «La correlación...», cit., pp. 525-526. También ASENCIO MELLADO, José María, Principio acusatorio…, cit., pp. 74-75.

En segundo lugar, se ha criticado la referencia a la voluntad del autor en la medida que un criterio puramente volitivo de la acción con las miras puestas en un fin específico, nos puede llevar a establecer objetos procesales cada vez que concurra una voluntad específica dirigida a un fin, dando lugar a varios objetos procesales independientes, cuando en realidad entre ellos exista evidente conexión y unidad. Esta crítica señala que de utilizarse el criterio de la voluntad, cada fin específico dentro de una unidad fáctica podría generar un objeto procesal independiente, lo que por supuesto parece del todo inconveniente.

La doctrina que hace estas críticas, pretende, mediante una valoración normativa del hecho, dar una respuesta a los problemas de la identificación del objeto del proceso que se derivan de la sola aplicación de los criterios naturalista del hecho.

2. Visión normativa del hecho.

La concepciones normativas del hecho pretenden contestar a la cuestión de la identidad del hecho desde una lectura jurídico-penal del mismo, puesto que, como hemos visto, consideran incorrecta la pura utilización de los criterios naturales, estimando necesario adoptar una visión de Derecho penal sustantivo con el objeto de poder disponer de un criterio que les permita identificar el hecho y medir su invariabilidad (o identidad) en todos los casos, y sobre todo en aquellos en que los

criterios naturales se mostraron inútiles. Esta teoría busca en el concepto jurídico-sustantivo de hecho (hecho penal) uno o más elementos que sirvan a efectos de la determinación procesal del mismo, intentando hacer una valoración jurídico penal, pero sin confundir el hecho procesal con un preciso hecho penal o delito. El hecho procesal sigue siendo un *factum* con individualidad propia, pero se ha de tener en cuenta que este *factum* lo es dentro de un asunto penal[371], de una relación de Derecho procesal penal y penal, manifestado en la imputación de un hecho supuestamente ilícito a una persona que eventualmente habrá de soportar una consecuencia penal.

La realidad de la subsunción de una acción y de un resultado en una norma penal impone la necesidad de tener en cuenta ciertos elementos conformadores de ésta. Piénsese, por ejemplo, en los casos que ya mencionamos: las lesiones de las que se derivan muchos meses después la muerte de la víctima, o los casos de distinta forma de

participación o de distinto grado de perfección, así como también los casos de delito continuado y concurso ideal, en los cuales los criterios espacio-temporal y volitivo se manifiestan claramente insuficientes. Como veremos más adelante, en estos casos se hallan involucradas valoraciones de naturaleza penal sustantivas, que se encuentran resueltas por la ley penal previas definiciones dogmático-penales, razón por la cual es imprescindible hacer valoraciones normativo-penales del hecho o del objeto del proceso que superan los criterios naturalistas señalados.

2.1. Criterio del objeto normativo definido por la acción típica.

El criterio fundamental para averiguar la identidad del hecho sostiene que lo importante para la permanencia inalterable de éste no es que permanezca invariable su unidad material sino la subsistencia de su objeto normativo. El núcleo central de esta teoría considera que el «objeto normativo es un elemento común a varios tipos penales que viene a constituir la esencia de todos ellos. En el hecho punible, el elemento principal es ese elemento normativo que hace que aunque los elementos accidentales cambien, el hecho procesalmente sea el mismo. El juez, por deber de oficio, provocado por la legalidad y oficialidad del proceso penal, tiene la obligación de buscar y mantenerse dentro del objeto normativo, pero no se encuentra ligado por los elementos accidentales del conjunto»[47].

Luego, los elementos accidentales pueden ser modificados y cuando son valorados por el órgano jurisdiccional no suponen un cambio de objeto. Por otra parte, este concepto normativo permite distinguir un hecho punible de otros extraños y distintos. El criterio es que aquellos hechos que no estén abrazados por el núcleo básico determinado por el elemento común de un grupo de delitos forman un objeto procesal distinto, de modo que el juzgador no puede enjuiciarlos sin una previa acusación. Con todo, estos hechos pueden haber sido objeto de acusación con otros

[47] GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Eduardo, «La correlación...», *cit.*, p. 527. Un buena exposición de la teoría normativa en sus distintas manifestaciones alemanas e italianas puede encontrarse en LA ROCCA, Manlio, *Studi…, cit.*, pp. 42-50.

hechos distintos y ser juzgados en el mismo juicio oral en virtud de la aplicación de las normas de conexión, sobre la base de un concurso real de delitos.

Ahora bien, el objeto normativo es un concepto, hasta aquí, definido en un sentido puramente formal, sin un contenido determinado que nos permita concretarlo. Para darle este contenido que reclamamos se ha recurrido al concepto penal de la acción típica.

El concepto de acción se basa en la consideración de los actos típicos de la ejecución descritos por la ley penal a efectos de individualizar el hecho procesal. Es decir, se estima que existe identidad normativa del hecho de la acusación con el de la sentencia cuando, al menos, se da una coincidencia parcial entre el hecho de la acusación y el supuesto fáctico típico de la norma penal aplicada en la sentencia, o lo que es lo mismo, existe identidad normativa cuando se da una identidad parcial del hecho como actividad del *Tatbestand* de la norma jurídica invocada por la acusación, y aquella constitutiva de la norma utilizada por la sentencia como base para la condena o absolución.

Es evidente que si se predica la exigencia de la coincidencia parcial de la acción típica de la acusación y la que se estima en la sentencia, se resuelven aquellos problemas que se suscitaban con la teoría naturalista respecto de aquellos hechos que no se contraían a un lapso de tiempo (lesiones que devienen en muerte), tanto como

aquellos supuestos en que el hecho está compuesto por diversidad de acciones naturales (distintos grados de perfección del delito, delito continuado), pues en dichos casos basta con que haya una coincidencia parcial de la acción, lo cual se cumple. Pero al mismo tiempo es menester reconocer que al establecer un criterio elástico y, por qué no decirlo, poco exigente de hecho (la sola coincidencia parcial de la acción típica), ello significa mayores poderes para el juez a la hora de apreciar (e introducir) modificaciones al hecho imputado por el acusador.

Con esta forma de entender la identidad del hecho, quedan fuera de esa identidad (sustancial) y devienen irrelevantes (accesorios) una serie de elementos de hecho que forman parte de la imputación fáctica de la acusación, dando al juez unos márgenes amplios para retocar o modificar esas partes de la imputación. En efecto, en esta teoría son considerados elementos fácticos irrelevantes en la identificación del hecho los elementos de tiempo y de lugar concretos, es decir, aquellos elementos fácticos que individualizan históricamente el hecho imputado en la acusación. Pero además también quedan fuera del hecho procesalmente relevante aquellos elementos fácticos que forman parte del hecho penalmente relevante, como son el elemento subjetivo, el nexo causal y el resultado. Bajo el criterio de la coincidencia parcial de la acción típica, tanto los primeros como los segundos elementos pueden ser modificados en la sentencia sin alteración sustancial del hecho objeto del proceso.

2.2. Criterio del bien jurídico.

El criterio de la acción típica ha sido criticado por ser insuficiente. Se dice, en general, que no es posible imaginar una actividad humana sin un resultado y por tanto ese resultado debe ser tenido en cuenta con vista a la identificación del hecho: el hecho necesita la referencia del resultado para ser más precisamente determinado, al menos desde un punto de vista jurídico-penal, lo cual no sucede con la sola aplicación del criterio de la acción. Los actos de ejecución típica previstos en la norma penal lo son de una manera muy abstracta, de modo que dentro de esa actividad abstractamente prevista cabe una amplia gama de conductas concretas. Pensemos, por ejemplo, en la infinidad de conductas que pueden incluirse dentro de la actividad de ejecución típica del homicidio. Es evidente que una determinación de esta manera del hecho procesal es, como mínimo, muy imprecisa o ambigua[381]. Por tal razón, dentro de la teoría normativa se añade al criterio de la actividad la consideración del objeto material de la tutela penal o, en otras palabras, el resultado lesivo de la acción delictiva (bien jurídico lesionado), de manera de dar un mayor grado de determinación al hecho.

Sin embargo, una parte de la doctrina española[48] insiste en la utilización sólo del criterio de la acción y desecha el criterio del bien jurídico, pues consideran que si se aplicara la exigencia copulativa de ambos ya no bastaría la invariabilidad de la acción para sostener la identidad del objeto procesal, sino que además se requeriría la invariabilidad del bien jurídico, de modo que si éste se modificara ello afectaría la señalada identidad. Tal situación supondría entonces que el juzgador no podría calificar jurídicamente el hecho de otra manera y modificar el resultado lesivo de la acción (el bien jurídico protegido).

Reconocen, eso sí, que el bien jurídico es útil para justificar la unidad normativa del objeto justo en el caso que dicha identidad no pueda apoyarse en la acción. Sostienen que esto es así en el supuesto de las distintas formas de participación y la autoría. En éstas las acciones del autor y las de los partícipes son totalmente diversas, de modo que no habría unidad normativa sobre la base de la identidad de acción, y, por tanto, unas y otras darían lugar a objetos procesales distintos. De lo anterior se seguiría que la acusación por una de ellas no habilitaría al juez para dictar una sentencia por las otras.

Con la finalidad de evitar este efecto limitador sobre los poderes del juez, se acaba utilizando el criterio del bien jurídico en lugar del de la acción, y así poder concluir

[48] GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Eduardo, «La correlación...», *cit.*, p. 527. Un buena exposición de la teoría normativa en sus distintas manifestaciones alemanas e italianas puede encontrarse en LA ROCCA, Manlio, *Studi…, cit.*, pp. 42-50.

que existe unidad del objeto normativo también en este caso. Como se ve, esta opinión utiliza el bien jurídico como un medio para ampliar los poderes del juez, y no con el propósito de especificar o determinar más precisamente el hecho, según parecía ser el sentido inicial de la teoría. En otras palabras, ¿cómo se puede condenar por complicidad si se acusaba por autoría, cuando entre una y otra no hay ninguna similitud de acción? La justificación está en el bien jurídico: tanto la autoría como la complicidad lesionan un mismo bien jurídico, lo cual justificaría su tratamiento como unidad normativa.

Esta es la opinión de GÓMEZ ORBANEJA[49], GUTIERREZ DE CABIEDES[50] o DE LA OLIVA[51]. El bien jurídico opera como criterio sustitutorio en aquellos casos en que el objeto normativo definido por la acción es insuficiente, que en opinión de estos autores acontece sólo en los casos de participación. Así su concepto de identidad es disyuntivo: «tanto para la correlación de la acusación con la sentencia como para la exclusión del segundo proceso por efecto del primero (bien por litis pendencia, bien por cosa juzgada), debe considerarse que el hecho es el mismo: 1. Cuando existe identidad al menos parcial de los actos de ejecución "típicos"; o 2. Cuando aun sin darse tal identidad, sea el mismo el objeto material del delito».

[49] GÓMEZ ORBANEJA, Emilio, *Comentarios..., cit.*, tomo II, p. 305-306.
[50] GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Eduardo, «La correlación...», *cit.* pp. 528-529.
[51] DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, *Derecho procesal penal, cit,* cuarta edición, pp. 208-211.

En contra de esta posición hay otros autores como CORTÉS DOMÍNGUEZ[52], ASENCIO MELLADO[53] o GALDANA PÉREZ[54], que efectivamente sí adhieren a la doctrina de la exigencia conjunta de los criterios de acción y bien jurídico. Bien es cierto que sostienen que en determinados casos se ha de aplicar uno u otro criterio exclusivamente, pero en general parten de la idea copulativa o complementaria, reconociendo casos de aplicación exclusiva de uno u otro criterio.

¿Cuáles son los casos específicos? Lamentablemente los que han mantenido esta posición no especifican en qué supuestos se han de aplicar copulativamente y en qué otros sólo uno de ellos, sin embargo, parece lógico suponer que la aplicación copulativa es procedente en la mayoría de los casos en que se trata de hechos penales únicos[392], mientras que en el caso de pluralidad de hechos penales, como el concurso ideal, pareciera resolverse más bien bajo el criterio de la acción, y, por el contrario, en el caso de las diversas formas de participación se resolvería de forma adecuada bajo el criterio del bien jurídico únicamente.

- ✓ **Tesis superadora de las concepciones naturalistas y normativas del hecho (doctrina italiana).**

[52] CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, *La cosa juzgada penal, cit.*, p. 59 y ss.
[53] ASENCIO MELLADO, José María, *Principio acusatorio..., cit.*, pp. 78-79.
[54] GALDANA PÉREZ MORALES, Mónica, *Correlación…, cit.*, pp. 148-151.

Sólo con el afán de completar la exposición acerca de esta materia haremos una breve reseña sobre posiciones teóricas y legales que superan las tesis naturalistas y normativas del hecho que antes hemos expuestos.

En doctrina[447] existen actualmente proposiciones de lo que sea el hecho que, como hemos dicho, vienen a superar las consideraciones teóricas antes expuestas. En efecto, actualmente la doctrina apoyada en formulaciones procesales acusatorias más depuradas estima que la formulación del hecho debe ser funcional al modelo procesal penal que se diseñe en cada caso[55].

En un sistema procesal acusatorio depurado, donde existe una refinada separación de la función acusadora de las que son propiamente enjuiciadoras, se requiere que la imputación fáctica sea efectivamente una imputación completa que ofrezca un buen grado de especificación de lo que sea la cuestión sometida a enjuiciamiento, con lo cual no basta con identificaciones más o menos abstractas o generales referidas a núcleos normativos, como son las identificaciones del hecho basadas en la actividad de ejecución típica y/o el bien jurídico, puesto que estas formas de identificación a la postre soportan dentro de ellas una amplia gama de contenidos específicos y concretos, alternativos entre sí, esfumándose la garantía del conocimiento previo de la acusación, de limitación de los poderes de decisión del juzgador, y, sobre todo,

[55] CORDERO, Franco, «Considerazioni…», *cit.*, pp. 939-941, también en *Procedure penale*, *cit.*, pp.440-455, 1175-1181; RAFARACI, Tommaso, *Le nuove…, cit.*, *passim*, y especialmente pp. 1-31, 251-259, 305-316.

esfumándose la separación precisa de las funciones de acusación de las de enjuiciamiento.

En definitiva, las concepciones más o menos abstractas como las normativas buscan dotar al juez de la potestad de completar la formulación acusatoria más o menos abstracta previamente formulada por el acusador. O, dicho en negativo, persiguen que el juez quede lo menos constreñido posible por la acusación a la hora de valorar e introducir hechos no alegados por la acusación, siendo el juez en definitiva quien establece cuál es la «precisa imputación» que se da por probada (o no) en la sentencia.

La nueva proposición teórica exige del acusador la interposición de una precisa y completa imputación fáctica, la cual no puede ser modificada en sentencia (separación de funciones hasta sus últimas consecuencias). Recae sobre el acusador el deber de hacer la selección historiográfico-jurídica[453] de aquellos hechos que van a formar una precisa imputación fáctica, quedando el juez absolutamente impedido de reformularla, o variarla o retocarla en sentencia.

En suma, el hecho que define la imputación fáctica, *res iudicanda*, se identifica por todos los elementos fácticos que incidan o tengan repercusión jurídica, pues esa es la única manera de asegurar la debida imputación completa en todos los términos y la correcta separación de funciones acusatorias de las enjuiciadoras.

En esta doctrina la identidad o diversidad del hecho depende de la invariabilidad de los siguientes elementos: de la acción o conducta, del proceso causal, del resultado, del elemento subjetivo (dolo, culpa), de los presupuestos del delito, e incluso de los elementos espacio-temporales cuando tengan cierta relevancia. Si se modifica alguno de estos elementos el hecho deviene diverso y se considera modificada la *res iudicanda*, y, por lo tanto, el juez no puede modificar de oficio ninguno de estos extremos en sentencia, ya que de lo contrario se entendería quebrantado el deber de correlación (art. 521 CPP italiano).

Como se puede deducir, con esto se está exigiendo que sea la acusación la que plantee con bastante detalle la imputación y sus posibles modificaciones resultado de la práctica de la prueba. Pesa sobre el acusador público el deber de hacer una selección historiográfico-jurídica en la imputación fáctica, y de modificarla cuando sea menester de acuerdo al resultado probatorio del juicio, quedando el juez radicalmente excluido de la función de proposición o de reformulación de esas modificaciones (tesis)[56], y con mayor razón de una posible introducción de oficio.

Por otra parte, de lo que hemos dicho precedentemente se deriva que la identidad del hecho a efectos de correlación atiende a criterios naturales y normativos conjuntamente, pues son todos ellos sumados los que permiten ofrecer la visión completa de la imputación sometida a enjuiciamiento.

[56] RAFARACI, Tommaso, *Le nuove…, cit.*, pp. 306 y ss.

Con todo, que el «hecho» entendido como *res iudicanda* se defina de esta manera no quiere decir que ese mismo concepto de hecho sirva a efectos de cosa juzgada; por el contrario, la garantía del *ne bis in idem* en esta doctrina italiana se configura por un concepto de hecho como conducta o acción típica y nada más, según se establece en el art. 649 CPP italiano.

Esta disposición excluye expresamente la relevancia de cualquier cambio fáctico que pueda influir en el título de condena, en el grado de ejecución o en las circunstancias delictivas, si se mantiene invariable la acción o conducta. Resulta, en consecuencia, que el *ne bis in idem* opera bajo un concepto más amplio de hecho, que cubre y absorbe un mayor espectro de hipótesis concretas. El efecto preclusivo supera los límites de la decisión: si fueran concordantes bastaría para eludir el efecto de preclusión una variante cualquiera en la segunda imputación.

Hay que concluir que el concepto de *res iudicanda* (muy exigente) difiere del de *res iudicata* (poco exigente). Cabe plantearse entonces cómo se consigue evitar el efecto de desfase de uno y otro. Este desfase o no correspondencia del hecho en una y otra, del hecho para la correlación y el del *ne bis in idem*, plantea el problema que ya hemos puesto de relieve *supra* y que consiste en que si el hecho deviene diverso por la variación de cualquier elemento relevante para la *res iudicanda*, pero irrelevante para la *res iudicata* (art. 649), tendríamos a un juez que no podría dictar sentencia por el hecho que se deriva de la prueba del juicio oral, viéndose en la obligación de

enjuiciar el hecho de la imputación tal cual le fue planteada (debiendo en principio absolver).

Sin embargo, el hecho diverso no enjuiciado quedaría, paradójicamente, cubierto por el

ne bis in idem, pues para esta garantía no sería un hecho distinto del de la acusación conforme se define en el art. 649 del Código italiano, que considera la sola conducta a este fin[57].

La solución a este problema viene dada, en primer lugar, por la previsión normativa expresa de que el PM[58] debe modificar la imputación (*emendatio libelli*) en el mismo juicio cada vez que de la práctica de la prueba se derive una modificación del hecho en cualquiera de los aspectos señalados previamente (art. 516 CPP italiano), lo cual puede parecer bastante obvio, pero lo cierto es que en Derecho español no existe este deber del MF, el cual puede hacer uso de las conclusiones definitivas para adecuar la imputación fáctica, pero no pesa sobre él un deber explícito al respecto, y tanto es así que si no hace esta adecuación en conclusiones definitivas nada acontece, ya que igual el juez puede de oficio proponer (tesis) y estimar esas modificaciones en sentencia, cuestión que es jurídicamente imposible en el sistema italiano por el juego

[57] CORDERO, Franco, *Procedure penale*, *cit.*, pp. 1175-1181. Pero obsérvese que el autor ya proponía lo mismo que dice el art. 649 en «Considerazioni…», *cit.*, p. 943; también RAFARACI, Tommaso, *Le nuove…, cit.*, pp. 252 y ss.
[58] *Pubblico Ministero* italiano.

del art. 516 y 521 del CPP. En el CPP italiano hay una regulación detallada de las hipótesis de modificación de la imputación (no sólo el art. 516, sino también el 517) a que está obligado el PM. Pesa sólo sobre el PM el deber de plantear la imputación fáctica en términos completos y exhaustivos, de modo que debe incluir en la modificación de la acusación cualquier cambio derivado de la práctica de la prueba que se produzca en el hecho que afecte a la acción típica, al proceso causal, al resultado, al aspecto subjetivo (dolo, culpa), a los presupuestos del delito, e incluso modificaciones a la determinación espacio-temporal del hecho.

Subyace en la doctrina italiana[59] la convicción de que junto a la necesidad de la imputación completa, un sistema acusatorio requiere de una regulación flexible (no rígida) de la imputación que parta del supuesto que el acusador debe adecuarla a las «variaciones reconstructivas del hecho» en el curso del juicio cuando ello sea necesario a la luz del resultado probatorio.

Pero el sistema además adopta otra medida de seguridad, ya que puede suceder que el PM incumpla el deber de imputación completa y actualizada al resultado probatorio, y, por lo tanto, nuevamente resurge la duda: ¿en este caso el hecho diverso derivado del juicio no podrá ser enjuiciado y, no obstante, quedará cubierto por el *ne bis in idem*? No, esto no ocurrirá puesto que el sistema se ha protegido de este efecto, y ha establecido que sobre el deber del PM de hacer las modificaciones

[59] RAFARACI, Tommaso, *Le nuove…, cit.*, pp. 25 y ss.

de la imputación en caso que aparezca un hecho diverso se ejerce el control jurisdiccional del juez (vía art. 521, *comma* 2, CPP), de modo que es éste quien se encarga de controlar que el PM efectivamente adecue la imputación a la prueba, y si considera que el hecho es diverso de cómo ha sido imputado por la acusación, debe dictar una resolución de transmisión de actuaciones al PM.

Esta potestad del juez revela que aún en el sistema procesal italiano es la autoridad jurisdiccional quien conserva el control sobre la correcta configuración del objeto de enjuiciamiento, pero quedando completamente excluido de su formulación. Constituye esta potestad una forma de equilibrio del sistema, sobre todo con miras a evitar el efecto preclusivo del *ne bis in idem* sin juicio.

Debe observarse que la transmisión de actuaciones al PM del art. 521, *comma* 2, del Código italiano, no constituye una forma subrepticia de introducir modificaciones fácticas al proceso o de proponérselas al PM para que él las introduzca. Esta potestad da lugar a una resolución por la cual el juez declara que el hecho ha resultado diverso de cómo fue imputado por la acusación y que por tal razón no se puede dictar sentencia de mérito, y, que por lo mismo se transmiten las actuaciones al PM para que plantee acusación nuevamente y se celebre nuevo juicio oral. Se trata en consecuencia de una resolución procesal, y no contiene una tesis de hechos a introducir en la nueva acusación[470]. El juez se limita a constatar la diversidad del hecho y a transmitir las actuaciones sin asumir un rol supletorio de la función

acusadora. La refinada separación de la función acusadora de la enjuiciadora se mantiene hasta sus últimas consecuencias, aún con el costo de tener que invalidar el juicio mismo para que se plantee por el PM nueva acusación y se abra nuevo juicio.

La jurisprudencia y la doctrina también se han planteado la cuestión de la imparcialidad del juez que dicta la transmisión de actuaciones, concordando en que el juez del primer juicio queda inhabilitado para enjuiciar la segunda acusación, ya que se hallaría «prevenido».

En efecto, la Corte Constitucional en sentencia de 30 de diciembre de 1994, Nº 455, declaró constitucionalmente ilegítimo el art. 34, *comma* 2, del Código, que contempla las incompatibilidades de funciones en la parte que no prevé la incompatibilidad de la función de enjuiciamiento del juez que, conforme al resultado de la prueba del anterior juicio, y respecto del mismo hecho imputado atribuido al mismo imputado, ordena la transmisión de actuaciones al PM. En consecuencia, el juez del nuevo juicio ha de ser distinto del que ordena la transmisión de actuaciones.

Al hilo de lo anterior, resulta inevitable plantearse la misma reflexión de legitimidad respecto de la denominada tesis (art. 733 y 788.3 y 4 LECrim) cuando ella se utiliza para introducir modificaciones en las calificaciones jurídicas, pero que tienen como sustrato la introducción de alguna modificación fáctica «accesoria». Habría que plantearse la «(in)constitucionalidad» de la norma que permite la tesis del juez y que

no impide su enjuiciamiento por él mismo (que no declara la causal de inhabilidad), al constituir infracción de la imparcialidad objetiva. La conclusión es plausible desde una visión exigente de lo que ha de ser la imputación fáctica completa como una función exclusiva del acusador.

- ✓ **Deber de correlación objetiva y estimación de hechos favor rei en la sentencia, pero no alegados por la defensa.**

Precedentemente hemos visto la cuestión de los hechos de la acusación, estableciendo cuáles determinan el objeto del proceso y cuáles no, fijando en cada caso las reglas que en general regulan el deber de correlación objetiva de la sentencia con la acusación. Ahora corresponde plantearse si hay infracción de la correlación objetiva cuando en sentencia se estiman hechos *favor rei* no alegados por la defensa.

Es perfectamente posible que la defensa del acusado no plantee en la contestación de la acusación la alegación de un hecho impeditivo, extintivo o atenuante de la responsabilidad penal, y, sin embargo, éste se desprenda de la práctica de la prueba.
¿Puede el juzgador estimarlo o se halla limitado por la defensa que no lo alegó? Anteriormente hemos anticipado nuestra respuesta afirmativa a la primera alternativa. Para sostener esta afirmación hay que articular varias argumentaciones que se han ido haciendo a lo largo de las páginas precedentes.

Antes sostuvimos que el deber de correlación en cuanto límite de los poderes de resolución halla fundamento en la vigencia del principio acusatorio[477]. Pues bien, se ha entendido que este principio se satisface con la introducción del objeto del proceso por un sujeto acusador distinto del juez, y se ha afirmado que este objeto del proceso se identifica con el hecho punible.

Entonces qué ocurre con los otros hechos que no identifican el objeto del proceso. ¿Por no ser hechos sustanciales el juzgador está facultado para estimarlos de oficio, pues sólo se hallaría limitado por el hecho punible?

Consideramos en realidad que la verdadera razón para sostener que el juzgador puede estimar hechos no alegados por la defensa se deriva de comprender los efectos que supone la alegación del hecho punible (hecho constitutivo) como fundamento de la acusación o de la pretensión procesal.

La clave misma está en la técnica normativa del Derecho, y más específicamente del Derecho penal, que a la hora de establecer descripciones típicas se sirve de una norma en la que se deja establecida una acción objetiva bajo una fórmula abstracta, a la cual se le atribuye una consecuencia penal. Pero esa fórmula no hace una concreta y específica descripción de cada una de las posibles hipótesis fácticas que le podrían restar eficacia, aunque parte del supuesto de que la descripción típica legal y su

consecuencia penal operan cuando no concurre ningún hecho con relevancia penal que les reste eficacia.

Pues bien, esta cuestión determina el sentido y el efecto que la acusación tiene en el proceso penal.

La Ley procesal sólo impone al acusador la necesidad de alegar (y probar) el hecho punible del que se derivan unas consecuencias penales, sin imponer la necesidad de alegar expresamente (y probar) la no concurrencia de ningún hecho impeditivo, extintivo o atenuante. Sin embargo, la Ley entiende que la acusación está implícitamente negando su existencia, ya que es la única manera de comprender el sentido de la acusación o de la pretensión procesal y su legitimidad. No hay otra manera de justificar la petición de condena por un hecho punible con una pena determinada, dentro de un Ordenamiento en que no se puede pretender la condena del no «culpable».

De aquí se coligen dos consecuencias distintas pero complementarias. En primer lugar,

al acusador en principio le basta con alegar y probar el hecho punible y convencer al juzgador de la existencia del mismo. Si la defensa se limita a negar el hecho punible, y la prueba de la acusación es contundente y convincente es perfectamente legal que la sentencia sea condenatoria, sin siquiera haber realizado un análisis específico de la

probabilidad de concurrencia de un hecho impeditivo o extintivo. Pero eso cambia justo cuando en el juicio oral aparece uno de estos hechos. En ese momento se desploma uno de los presupuestos en que se sostenía la pretensión procesal, cual es, la no concurrencia de ningún hecho que le reste eficacia al hecho punible. En este caso el juzgador debe constatar su concurrencia y absolver al acusado.

En segundo lugar, se ha de concluir que el hecho punible introducido por la acusación y que define la identidad del objeto del proceso, además lleva consigo e introduce al proceso a todos aquellos hechos que no siendo sustanciales (ni accesorios) por no conformar el mismo hecho punible, sí tienen una relevancia jurídica referida a éste, y su inexistencia constituye presupuesto de la estimación de la pretensión procesal acusatoria. De ahí que se entienda que la alegación o no alegación expresa de los hechos impeditivos, extintivos y atenuantes no producen modificación alguna del objeto del proceso, y por eso mismo el juzgador al estimarlos sin previa alegación de la defensa no rompe la unidad del mismo, ni incurre en infracción al deber de correlación.

Además, la situación contraria chocaría con la presunción de inocencia, puesto que se trasladaría la carga objetiva de la prueba[481] desde el acusador al acusado, al imponer la carga de alegar y luego la de probar al acusado, de manera que la no asunción con éxito de estas cargas provocaría la estimación de la acusación

infundada, cuestión que ni siquiera acontece en el proceso civil con la regulación de las excepciones impropias[60].

Con todo, la estimación de oficio de cualquiera de estos hechos *favor rei* no puede hacerse sin el previo sometimiento de tesis a las partes, puesto que si bien ellos no afectan en modo alguno al objeto del proceso, sí modifican el objeto del debate al ampliar el contenido necesario de la sentencia en la medida que el juzgador debe extender su pronunciamiento a una cuestión que en principio no tenía que resolver. La

Ley aunque parte de la base que la introducción del hecho punible lleva consigo la negación implícita de los hechos que afecten su eficacia, lo cierto es que antes de la tesis, no se ha argumentado ni debatido nada sobre la procedencia y estimación de los mismos por parte del acusador, de modo que la tesis viene a dar esta oportunidad. Negar la necesidad de tesis implicaría saltarse el principio de contradicción.

4.2.3-. CORRELACIÓN SUBJETIVA: EL ACUSADO.

El deber de correlación como límite a la potestad de resolver contiene dos aspectos. De una parte, el referido al hecho punible, en el sentido de que no se puede dictar sentencia por un hecho sustancialmente distinto del que ha sido objeto de la

[60] TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel, El objeto del proceso…, cit., p. 36, nota al pie 18; ORTELLS RAMOS, Manuel, Derecho procesal civil, cit., quinta edición, pp. 315-317.

acusación, que es lo que se conoce como correlación objetiva. Pero, además, la correlación implica, de otra parte, que la sentencia se pronuncie sólo sobre el acusado al que se ha atribuido el hecho punible, quedando vedado el pronunciamiento respecto de otro sujeto no acusado en el proceso penal. Esto es lo que se denomina correlación subjetiva[61].

La razón técnica de la correlación subjetiva radica en que la pretensión procesal (acción penal) siempre se dirige contra un sujeto, el sujeto pasivo del proceso penal, denominado genéricamente imputado[486]. Desde este punto de vista la identificación de «la acción penal exige, junto a la del hecho, o más bien incluida en ésta, la identidad física del inculpado»[62].

Consideramos, por lo mismo, que la individualización del acusado, en un sentido amplio, equivalente al imputado o encartado, forma parte del objeto del proceso integrándose con lo propiamente fáctico. A nuestro juicio, el hecho punible no se predica innominadamente, pues en su esencia es una acción u omisión de un sujeto, razón por la cual siempre se requerirá, a fin de tener una determinación plena del objeto del proceso, la determinación del sujeto al que se atribuyen los hechos.

---

[61] GÓMEZ ORBANEJA, Emilio, *Comentarios..., cit.*, tomo II, p. 279; ORTELLS AMOS, Manuel, *Derecho jurisdiccional, III. Proceso penal, cit.*, séptima edición, p. 331; PLANCHADELL GARGALLO, Andrea, *El derecho fundamental..., cit.*, p. 181.
[62] GÓMEZ ORBANEJA, Emilio, *Comentarios..., cit.*, tomo II, p. 279.

Se comprende entonces que la determinación de la identidad del acusado sea «fundamental para la correlación entre acusación y sentencia y para la aplicación del principio del *ne bis in idem*». Sólo por excepción se admitiría que el hecho adquiriera cierta autonomía respecto del acusado a efectos de identificación del objeto del proceso, como podría ocurrir en supuesto de cosa juzgada en la hipótesis de que los hechos se declararen no constitutivos de delito, en cuyo caso se podría aceptar que la identidad del acusado no tuviere relevancia para la función negativa de la cosa juzgada penal, con el resultado de impedir el inicio de otro proceso en contra no sólo del acusado absuelto en el primero, sino también de cualquier otro sujeto, ya que el hecho no es delictivo, con independencia de quien lo haya realizado.

- ✓ **La identificación del acusado con miras a la correlación.**

Antes de tratar la correlación subjetiva de la sentencia con la acusación es menester precisar cómo surge en el proceso penal la identificación del sujeto pasivo.

El acusado debe estar identificado con la finalidad de poder distinguir precisamente la identidad del objeto del proceso, cuestión que se presenta como imprescindible para determinar respecto de quién se tiene que pronunciar la sentencia. En caso contrario, no se podría saber si la sentencia cumple con la debida correlación con la acusación. Es decir, no se podría saber si una sentencia es correlativa con la

acusación, si no se conoce claramente quién ha sido acusado precisamente por el hecho punible o por cada hecho punible de la acusación.

La apertura del juicio oral no puede pedirse sino respecto de quien haya sido formalmente procesada o previamente imputada en el procedimiento abreviado o en el juicio ante el Tribunal del Jurado[63]. Así, por lo demás, lo ha establecido abundante jurisprudencia que proclama la vinculación ineludible entre el procesamiento o imputación del sujeto pasivo durante la etapa del sumario o de diligencias previas o procedimiento preliminar y la acusación que debe ser dirigida únicamente contra alguna de las personas previamente procesadas o imputadas.

La jurisprudencia ha dicho en reiteradas ocasiones que a «fin de evitar acusaciones sorpresivas de ciudadanos en el juicio oral sin que se les haya otorgado posibilidad de participación alguna en la fase instructoria (...) nadie puede ser acusado sin haber sido, con anterioridad, declarado judicialmente imputado, de tal suerte que la instrucción ha de seguir asumiendo su clásica función de determinar la legitimación pasiva en el proceso penal (...)». Es justamente a través de la función definidora de la legitimación pasiva como se puede articular el derecho a ser informado de la acusación desde el primer momento, y de aquí se deriva la consecuencia de

[63] ASENCIO MELLADO, José María, *Principio acusatorio..., cit.*, pp. 95-96; ARMENGOT VILAPLANA, Alicia, «La imputación en el proceso penal…», *cit., passim.*

vinculación entre la imputación y la acusación: la acusación sólo se puede dirigir en contra del legitimado pasivamente en la instrucción.

- ✓ **Las conclusiones definitivas como término de comparación de la sentencia y la correlación subjetiva de ésta.**

Visto el modo en que se determina el sujeto pasivo en el proceso penal, cabe señalar ahora que el término de comparación de la sentencia respecto del acusado, igual como acontece con el contenido objetivo, son las conclusiones definitivas, ya que es en ellas donde se produce la forma más depurada de presentación del objeto del proceso, como lo ha señalado la doctrina y la jurisprudencia.

Esta afirmación puede aceptarse en una primera aproximación, pero habría de ser matizada al menos para aquella parte de la doctrina que sustenta la no vinculación del juzgador a la petición de absolución o retirada de la acusación en conclusiones o calificaciones definitivas, y que sostiene que previo planteamiento de tesis —sin necesidad de ser asumida por ningún acusador—, puede condenarse al sujeto acusado en calificaciones provisionales o en el escrito de acusación, respecto del cual se ha retirado la acusación en calificaciones definitivas. Para esta parte de la doctrina, en el caso de retirada la acusación, la correlación de la sentencia se presenta

con las calificaciones provisionales o con el escrito de acusación, y no con las definitivas.

Tal como hemos adelantado, la correlación subjetiva significa que dirigida la acusación en contra de sujeto determinado, la sentencia no puede resolver sino sobre éste. Desde el punto de vista dogmático esto es una cuestión pacífica que no produce ningún género de duda, ni cuestionamiento sobre su vigencia absoluta, razón por la cual casi no tendría sentido tratarla de forma especial, separada de la correlación objetiva que es a la que se suele atender exclusivamente, si no fuera porque todavía en la actualidad se presentan casos de manifiesta infracción de la correlación subjetiva, especialmente en el juicio de contravenciones.

4.2.4-. CALIFICACIÓN JURÍDICA Y DEBER DE CORRELACIÓN.

Corresponde referirse a la calificación jurídica en cuanto contenido de la acusación y de la sentencia, y al modo en que incide la acusación sobre los poderes de resolución del juzgador.

Absolutamente unánime en la doctrina y en la jurisprudencia es la opinión de que la calificación jurídica de los hechos forma parte de los poderes jurisdiccionales del juzgador, de modo que es el juez el que determina el derecho aplicable a los hechos que da por probados. De esta afirmación general se deriva la consecuencia de que la

acusación no limita los poderes del juez respecto de este extremo, pudiendo éste apartarse de la calificación jurídica de la acusación (y también, por supuesto, de la defensa). Toda nuestra investigación ha venido apoyándose en esta premisa, la cual ha quedado expresada de diversas maneras en distintos pasajes de esta obra. Ahora bien, y pese a la indiscutible validez de esta afirmación (general), es menester realizar una serie de matizaciones que dicen relación fundamentalmente con la manera en que el juez puede realizar su labor de calificación jurídica (enjuiciamiento jurídico de los hechos) teniendo en cuenta la acusación (y la defensa).

Hay que adelantar que en la materia ha habido en España una evolución importante de carácter dogmática y sobre todo jurisprudencial a partir de la entrada en vigor de la CE, a la que hay que hacer necesaria alusión. En el análisis de la cuestión es necesario atender al desarrollo teórico y jurisprudencial en cuanto tránsito o paso desde posiciones preconstitucionales a otras post-constitucionales, claramente definidas por los contenidos de la tutela del derecho de defensa y el principio de contradicción.

Como advertencia también conviene señalar que en la materia que nos ocupa interesa revisar y detenerse especialmente en los problemas que se han planteado en la casuística de la jurisprudencia, sin renunciar, eso sí, a la exposición sistemática de la doctrina de los tribunales y a las aportaciones de la dogmática procesal cuando se ha

adentrado en el estudio del tema. Como hemos dicho, el interés de revisar la jurisprudencia española se explica porque mediante su análisis se puede observar el paso o tránsito desde posiciones que se ceñían al marco legal de la LECrim en su interpretación de lo que era la correlación, a otras que centran sus esfuerzos en actualizar el sistema procesal penal a los requerimientos de lo que fue el nuevo orden constitucional que se implantó con la CE de 1978, basado en las garantías procesales.

Antes de la promulgación de la CE y todavía en el período inmediatamente posterior, la jurisprudencia cuando necesitaba resolver cuestiones relacionadas con la correlación se servía exclusivamente de los criterios legales, jurisprudenciales y doctrinales previos a la CE, lo cual daba por resultado una jurisprudencia con características bien definidas, según se tendrá ocasión de observar.

Con la promulgación de la CE y su posterior desarrollo, la jurisprudencia comienza a interpretar la correlación desde el punto de vista constitucional, a fin de obtener el resultado normativo concreto consonante, lo más posible, con las garantías procesales recogidas en el texto constitucional, llegando incluso a dejar de aplicar ciertas normas o a reinterpretarlas extensiva o restrictivamente, según parezca más adecuado y armónico al sentido de la CE. En consecuencia, la entrada en vigor de la CE produjo un impacto bien concreto que consistió en que las garantías procesales no sancionadas positivamente con el vigor ni la explicitud que lo hace por vez primera la CE, adquieren una vigencia positiva que ya no se puede desconocer.

La evolución de la doctrina jurisprudencial sobre la correlación arranca, tal cual hemos dicho, del marco normativo que es la LECrim y desde allí evoluciona hacia una adaptación de su contenido con las garantías constitucionales de la CE.

Desde la promulgación de la LECrim en el año 1882 se ha venido afirmando que el fundamento de la correlación entre acusación y sentencia se halla en el principio acusatorio, así, por ejemplo, lo pone de manifiesto la Exposición de Motivos[507] y AGUILERA DE PAZ, el principal comentarista de la LECrim de los primeros años del siglo XX[64].

Este principio fue el configurador esencial de las reformas liberales a la justicia penal realizadas durante el siglo XIX en Europa continental, constituyéndose en el elemento definidor de un verdadero proceso penal. Desde aquella época se ha entendido que el principio acusatorio en cuanto suponía la superación del inquisitivo como sistema administrativo de imposición de pena —especie de autotutela estatal, en palabras de SERRA DOMÍNGUEZ[65]— tenía por misión esencial asegurar la imparcialidad del órgano decisor, mediante la obtención de la réplica artificial de la estructura tripartita del proceso civil. Es decir, se pretendía obtener un proceso penal que se realizara entre dos partes contrapuestas frente a un tercero imparcial, el juez,

[64] AGUILERA DE PAZ, Enrique, *Comentarios..., cit.*, tomo V, pp. 519 y ss., y en tomo VI, pp. 300 y ss.
[65] SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, «El juicio oral», *cit.*, p. 767; CAROCCA PÉREZ, Alex, «Congruencia...», *cit.*, pp. 299-303.

cuya función era decidir el litigio conforme a Derecho. De esa manera se lograba que el proceso se configurara como un *actus trium personarum.*

En otras palabras, el modo en que se resuelve esta necesidad de imparcialidad es con la separación de las funciones de acusación con la de decisión —no puede ser el mismo órgano el que acuse y decida sobre la acusación—. El principio acusatorio, en consecuencia, imponía la necesidad de que un órgano ajeno al decisor de la cuestión penal introduzca aquello que va a ser objeto de la decisión, esto es el objeto del proceso penal, para que el «juez» resuelva sobre aquél en una posición de equidistancia respecto de las partes y del objeto mismo.

Dentro de esta concepción del acusatorio, la doctrina había entendido que el objeto del proceso se estructuraba e individualizaba con base en dos criterios: uno subjetivo y el otro objetivo. El objeto del proceso se identificaba y diferenciaba de los otros posibles objetos por referencia al sujeto pasivo o imputado-acusado en contra del cual se dirige el proceso penal, lo que se denomina la identidad subjetiva del objeto del proceso. De otra parte, el objeto del proceso se identifica por el hecho punible (o hechos) atribuido a ese sujeto, lo que da lugar a la identidad objetiva del objeto del proceso.

El principio acusatorio entonces se resumía en la necesidad de que el órgano acusador introdujera al proceso penal el hecho punible atribuido a un sujeto,

mediante la interposición de una pretensión procesal a través de la acusación. De aquí se extraía la conclusión de que el binomio normativo básico dentro de la LECrim para la determinación de la correlación, artículos 851.4 y 733 imponía, correctamente interpretados, una doble limitación a la sentencia penal con referencia a la acusación. Tanto el hecho punible (o hechos sustanciales o esenciales) como el sujeto incriminado en la acusación no podían ser modificados en sentencia.

De la afirmación del párrafo anterior se deduce que la correlación entre acusación y sentencia significaba nada menos que la intangibilidad de estos dos extremos. Pero además se deduce *sensu contrario* que no comprendía nada más que aquéllo. Es decir, el restante contenido de la acusación como es la calificación jurídica de los hechos y el *petitum* no cabían dentro de la correlación en un sentido estricto, quedando comprendidos **pura y simplemente** en la esfera del poder-deber de decisión conforme a Derecho del órgano jurisdiccional.

La jurisprudencia a grandes trazos mantuvo esta posición doctrinal coincidiendo con la dogmática en esta materia, aunque con matices de relevancia que se tratarán en otros apartados.

En general, para la jurisprudencia preconstitucional el principio acusatorio estaba condensado en el aforismo *nemo iudex sine actore*, lo cual se traducía puramente en la necesidad de que el proceso penal o juicio oral se iniciara a instancia de parte o por

órgano público acusador, y éste era el principio que proyectado a la relación acusación sentencia servía de base para justificar el deber de correlación, entendido como el deber del juez de mantenerse en su sentencia dentro del objeto del proceso introducido por el acusador. Sin embargo, no se consideraba especialmente y en toda su dimensión la función que podía cumplir el derecho de defensa y principio de contradicción en el condicionamiento de los poderes de aplicación del Derecho y del *ius puniendi*. En opinión de la jurisprudencia el juez quedaba habilitado para calificar jurídicamente los hechos con entera libertad. Pues bien, éstas serán las cuestiones —el derecho de defensa y principio de contradicción en relación con los poderes del juez para aplicar el Derecho— las materias sobre las cuales girarán las nuevas orientaciones jurisprudenciales influidas por la CE.

- ✓ **Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relativa al poder de calificación jurídica del juzgador y al derecho a ser informado de la acusación y de defensa (tanto de los hechos como del Derecho).**

La jurisprudencia del TEDH también ha tenido importancia en la configuración del principio acusatorio y de los derechos a conocer la acusación y de defensa del art. 24 de la CE, en un doble sentido. Primero, indirectamente, en la medida que la jurisprudencia española ha recogido la jurisprudencia del TEDH como un elemento

de juicio para la interpretación del art. 24, buscando la armonía de la CE con el CEDH, a la luz del art. 10.2 de la CE, como lo hace por vez primera la STC de 10 de abril de 1981 (BDA, m. RTC 1981\12) que aplica la jurisprudencia del caso DELCOURT. Pero, en segundo lugar, la jurisprudencia del TEDH tiene también importancia por sí misma, directamente, porque el Tribunal tiene «jurisdicción» para conocer y fallar todas las demandas que se presenten ante él por cualquier persona física u organización no gubernamental o grupo de particulares que se consideren víctimas por alguna violación de parte de cualquiera de las Altas Partes Contratantes (Estados europeos), invocando infringida alguna norma del CEDH o sus Protocolos, conforme lo dispone el Protocolo Nº 11. Respecto de nuestro tema, la jurisprudencia del TEDH se anticipa a la jurisprudencia del TC, según atestigua la STC de 10 abril de 1981, e influye en ésta al establecer la necesidad de dar cabida al derecho a ser informado de la acusación, de todo el contenido de la acusación, no bastando la pura introducción del hecho punible en el proceso, dejando en lo demás operar los poderes de oficio del juzgador. Seguidamente nos ocuparemos de las sentencias más importantes que se pueden aplicar a nuestra materia de estudio, las cuales tratan de la aplicación por parte del TEDH del art. 6.1 y 6.3 del CEDH, que consagran el derecho a un proceso equitativo, especialmente el derecho a un Tribunal independiente e imparcial (art. 6.1), y el derecho a ser informado de la acusación y de defensa (art. 6.3). Los casos que estudiaremos se han planteado por particulares que han presentado demandas en contra de los Estados europeos, invocando la infracción de las normas señaladas en las sentencias pronunciadas por los órganos

jurisdiccionales de dichos Estados. Del análisis de los casos, según se demostrará, la jurisprudencia del TEDH llega a varias conclusiones específicas, las cuales se resumen en las siguientes: 1ª. Que la infracción de los derechos de defensa y del derecho a ser informado de la acusación (art. 6.3) se incardinaría en el derecho más amplio a un juicio justo (art. 6.1) según se argumenta en el caso PÉLLISIER y SASSI y caso DALLOS. 2ª. Que queda clara en la jurisprudencia la necesidad de informar de la acusación al acusado para que con ello se articule la posibilidad concreta del derecho de defensa. 3ª. Que esa necesidad de informar de la acusación alcanza no sólo a los hechos, sino que también al Derecho (caso DELCOURT y caso DALLOS), es decir, a la calificación jurídica. Si no se cumple con ello se concluye que la condena infringiría el art. 6.3 (caso PÉLLISIER y SASSI). La sentencia en el caso GEA CATALÁN, a pesar de ser desestimatoria de la infracción del art. 6.3, pues en realidad hubo un puro error mecanográfico en la cita de la norma que no produjo indefensión, también sienta la misma doctrina. 4ª. Que, no obstante, este derecho a ser informado de la acusación en lo fáctico y lo jurídico, no implica el desconocimiento de las facultades del órgano jurisdiccional de aplicar el Derecho, es decir, de extraer de los hechos las consecuencias jurídicas que estime más ajustada a Derecho, con independencia de las calificaciones hechas por las partes (caso DE SALVADOR TORRES, caso PÉLLISIER y SASSI, y caso COLAK).5ª. En fin, de la jurisprudencia del TEDH se puede extraer una quinta conclusión, tal vez la más importante, que consiste en que la potestad de calificación jurídica que posee el juzgador y que lo habilita para modificar en la sentencia la calificación jurídica de

los hechos, no puede constituir la vía a través de la cual se modifique el sustrato fáctico de la sentencia (caso COLAK, caso DE SALVADOR TORRES, caso PÉLLISIER y SASSI).

En otras palabras, la potestad de calificar jurídicamente los hechos no puede ser utilizada como la vía por la que se introducen subrepticiamente ampliaciones de hechos y en virtud de las cuales se justifican las mismas modificaciones de calificación jurídica. El TEDH añade, aunque no lo diga literalmente, lo que se ha denominado por la doctrina y jurisprudencia española el requisito de la homogeneidad delictiva descendente de la modificación de la calificación jurídica, entendido como aquel requisito que asegura que el cambio de calificación jurídica no se realiza en realidad sobre la base de una ampliación de los hechos de la acusación (ampliación objetiva de la acusación), que cause consecuencias agravatorias (doctrina que subyace en el caso DE SALVADOR TORRES). Esta jurisprudencia del TEDH expresada en las cinco consecuencias indicadas no hacen más que coincidir con lo que hemos expresado a lo largo de este trabajo relativo a situar adecuadamente la influencia que ejerce el derecho a ser informado de la acusación y el derecho de defensa sobre los poderes del juzgador.

Es así como la jurisprudencia pone de relieve el derecho a ser informado y a defenderse de todos los elementos de la acusación, tanto fácticos como jurídicos, pero, al mismo tiempo, afirma que eso no supone la anulación o desconocimiento de

los poderes del juzgador de calificar jurídicamente los hechos conforme estime más ajustado a Derecho.

- *Caso DELCOURT. STEDH de 17 de enero de 1970*

Una STEDH que se cita a menudo por la doctrina, pero que sólo sirve como criterio orientador por no tratarse directamente de una cuestión de correlación, es la del caso DELCOURT. El asunto fue presentado por un ciudadano belga (DELCOURT) contra el Estado de Bélgica. Planteó una cuestión sobre las posibilidades de control casacional de un fallo condenatorio dictado en su contra, y alegó la infracción de varias garantías procesales, incluida la del artículo 6.1 que se refiere al «derecho a ser oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la Ley, que decidirá (...) sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella».

El TEDH establece, si bien incidentalmente, que la fundamentación y determinación de la acusación no sólo se refería a los hechos sino también al Derecho, en cuanto ambos elementos debían ser sometidos a debate contradictorio. La doctrina ha interpretado las alusiones que hace esta sentencia a la fundamentación fáctica y jurídica de las resoluciones judiciales y al control jurisdiccional mediante casación, en el sentido de que el sujeto pasivo tiene derecho a conocer y contradecir en esos

dos aspectos la acusación (estimada en la sentencia condenatoria), de manera que si no se dan estas garantías habría infracción a la disposición del artículo 6.1.

- *Caso COLAK. STEDH de 6 de diciembre de 1988 (Núm. 0180/1988).*

Esta sentencia también es de aquellas que se cita frecuentemente, aunque sólo sirva parcialmente para el tema de la correlación, porque el problema que se plantea es una cuestión más bien referida al funcionamiento y dinámica de un juicio, y las consideraciones en virtud de las cuales se decide la cuestión planteada son más bien de sentido común, que no de técnica procesal. En todo caso, tanto el problema como la solución, ambas referidas a la acusación y al derecho a un juicio justo, nos obligan a comentarla. En resumen el caso es el siguiente:

Serif COLAK era un ciudadano turco que residía y trabajaba en la ex República Federal de Alemania. En una pelea (1979), hirió de una cuchillada en el vientre a otro ciudadano turco, hecho por el cual fue detenido y acusado de tentativa de homicidio. El juicio oral comenzó a desarrollarse el 28 de abril de 1980. El 5 de mayo el señor Colak y su defensa fueron advertidos de la posibilidad de que se dictara condena por lesiones y heridas graves. Suspendidas las sesiones el 13 de mayo al no comparecer la víctima, el señor COLAK fue puesto en libertad bajo fianza. La vista oral se reanudó en enero de 1981. En el transcurso de una de las sesiones el Tribunal le informó a la defensa la posibilidad de que el señor

COLAK fuera condenado únicamente por lesiones y heridas graves (ya le había informado antes de lo mismo).

El Ministerio Fiscal modificó su calificación de los hechos al final de la sesión del 23 de enero, solicitando que el acusado fuera condenado por lesiones y heridas graves. Con todo, en la sesión de 10 de febrero de 1981, el Tribunal consideró al señor COLAK culpable de tentativa de homicidio y le condenó a cinco años de prisión. El abogado de la defensa sostuvo que el Presidente del Tribunal, fuera de la sala de audiencia, le aseguró que el Tribunal consideraría sólo las posibles lesiones y heridas graves, y que cualquier cambio al respecto le sería oportunamente comunicado; tal extremo fue posteriormente negado ante el Tribunal Federal de

Justicia por el referido Presidente.

Se somete el asunto al TEDH, alegando el acusado la violación del artículo 6.1 del CEDH al haber sido inducido por el Presidente del Tribunal a realizar la defensa de la calificación de lesiones y heridas graves y descuidar la de homicidio tentado. El TEDH desestima estos argumentos porque considera que es imposible probar la existencia de la mencionada conversación supuestamente acaecida fuera de la sala de audiencia entre el abogado del señor COLAK y el Presidente de la Sala de lo Criminal y, aunque se hubiera producido, no vinculaba en modo alguno a los demás Magistrados. Lo único que vincula a los jueces de un tribunal son las actuaciones que se desarrollan en la audiencia, lo cual hace suponer al TEDH que era conocido por la defensa que se podía condenar por la calificación de homicidio tentado, que era lo

que pedía la acusación inicialmente. De otra parte, el TEDH considera que el abogado del señor COLAK debió haber solicitado la correspondiente confirmación oficial asegurándose de ese modo que las apreciaciones del Presidente reflejaban las de toda la Sala.

Por lo dicho, el TEDH concluye por unanimidad que no se produjo violación alguna del art. 6.1 del Convenio. Nuevamente está presente aquí el asunto de la merma de las posibilidades defensivas, invocándola en este caso dentro de la garantía del juicio justo como elemento que se esgrime para medir las facultades de decisión del órgano jurisdiccional. De la resolución citada se concluye que las facultades de calificación jurídica del órgano jurisdiccional permanecen intactas siempre que se mantenga dentro de los hechos. También se puede deducir que la tesis puede ser propuesta sin problemas por el juez o tribunal, pudiendo ser distintas de la del acusador, y que no necesita ser acogida por ninguna de las partes para poder condenar por ella.

- ✓ **Distintas posibilidades de calificación jurídica del hecho punible.**

El hecho punible debe ser calificado por el acusador en la acusación y por el juzgador en la sentencia definitiva. Ambas calificaciones se relacionan desde el punto de vista de que la aplicación de la ley penal sustantiva se refiere a unos hechos afirmados por la acusación y enjuiciados por el juez.

El acusador hace una calificación jurídica que a la vez es una petición de subsunción del hecho punible, la cual va dirigida al juzgador, y es éste el que debe sopesar la corrección de dicha petición o, mejor dicho, la adecuación de la misma al Derecho penal (aparte el problema del enjuciamiento fáctico). Pues bien, esa petición de subsunción puede ser modificada por el juez, ya que es él el encargado de aplicar el Derecho, pudiendo estimar una calificación jurídica distinta de la propuesta por el acusador. Ahora bien, las situaciones que pueden justificar la modificación de la calificación jurídica son variadas:

1) La situación más clara es que el juez considere incorrecta la calificación jurídica, sin modificar en ningún aspecto el relato fáctico. Sencillamente califica distinto el mismo hecho de la acusación.

2) En segundo lugar, puede acontecer que, sin modificación fáctica de ninguna especie, el juez considere que la calificación del acusador ha dejado de considerar un efecto jurídico que se deriva de los hechos alegados por las partes, o ha reclamado un efecto jurídico improcedente, con lo cual se modifica la calificación en aquella parte que se estima equivocada por exceso o por defecto, según sea el caso, pero dejando intactos los hechos.

3) En otros sistemas penales se admite que el juez modifique la calificación jurídica como resultado de la apreciación de hechos que inciden en el efecto jurídico del hecho típico, no introducidos por la acusación o la defensa.

4) Por último, los cambios de calificación jurídica también se puedan basar en cambios no sustanciales del mismo hecho punible de la acusación. Se acepta que el juzgador aprecie progresiones (ascendentes) o regresiones (descendentes) delictivas basadas en cambios operados directamente sobre los hechos típicos, lo que supone una modificación de los hechos de la acusación, añadiendo o quitando hechos, siempre que se mantenga parcialmente inalterable la actividad de ejecución típica, es decir, que los cambios no sean sustanciales, dando lugar a calificaciones jurídicas más o menos graves, respectivamente.

Éstas son las cuatro vías que justifican un cambio de calificación jurídica. Las dos primeras son puramente modificaciones de calificación, mientras que las dos últimas son modificaciones a las calificaciones jurídicas que tienen un claro sustrato fáctico, que, siendo irrelevantes para la correlación objetiva, sin embargo, tienen importancia para las garantías de la defensa y de la contradicción, vinculadas a los poderes de aplicación del Derecho por parte del juez.

Las cuestiones que se reducen a meros cambios de calificación (manteniéndose intacto el relato de hechos de la acusación), como cuando el juzgador discrepa de la

calificación jurídica de la acusación porque estima equivocado el título delictivo, o cualquier otro aspecto de la calificación jurídica, no plantean grandes problemas de comprensión.

Tampoco plantea problema de comprensión el cambio de calificación que se funda en la estimación de oficio de alguna circunstancia fáctica que incide en el efecto jurídico del hecho punible, como son las circunstancias modificatorias o eximentes de responsabilidad penal. En los casos precedentes sólo se planteará la duda de la legitimidad de que la calificación jurídica del juez sea más grave que la de la acusación, previa tesis.

Por el contrario, más compleja es la cuestión de la modificación de la calificación jurídica cuando se basa en la modificación del hecho típico mismo que se imputa en la acusación, lo cual da lugar a la progresión-regresión delictiva que puede ser operada en sentencia.

- ✓ **Progresión y regresión delictiva, y el solapamiento normativo (concurso aparente de normas penales).**

Advertíamos precedentemente que la doctrina[562] pone de relieve que en la Ley penal se recogen ciertas conductas a las cuales se va modificando su título jurídico

conforme se van añadiendo circunstancias fácticas que las especifican y las complejizan: esto es lo que denominábamos progresión delictiva[563], así, dábamos el ejemplo de las lesiones homicidio- asesinato.

La conducta objetiva de lesionar gravemente coincide parcialmente con la de matar del homicidio, y éstas son coincidentes con la de asesinato. En consecuencia, el hecho, desde el punto de vista normativo, es el mismo.

Sin embargo, entre un hecho típico y otro existen consideraciones de orden fáctico jurídico que justifican el paso progresivo a títulos jurídicos distintos, desde lesiones a homicidio, y de éste a asesinato, por ejemplo. Procesalmente hablando este fenómeno de progresión delictiva puede dar lugar a calificaciones típicas más graves o menos graves según se suba o se baje en la progresión (o regresión) delictiva. Desde un punto de vista también procesal, la progresión-regresión delictiva como modificación de la calificación jurídica suele estar vinculada a una modificación fáctica de la acusación, que es lo que en definitiva justifica el cambio de calificación jurídica. Las modificaciones fácticas que motivan el cambio de calificación pueden recaer en el aspecto objetivo o subjetivo del hecho típico, o en el nexo causal o en el resultado lesivo.

Sin embargo, también es posible que la progresión-regresión delictiva obedezca a una pura cuestión de discrepancia en la calificación jurídica entre la acusación y la

sentencia, cuando el acusador considere un tipo penal y el juzgador otro, que forman parte de una misma progresión delictiva. Lo más corriente será que la acusación considere un tipo penal grave y la sentencia, en cambio, estime, por una cuestión de distinto criterio jurídico, que los hechos de la acusación se subsumen en un tipo penal regresivo o degradado respecto de aquél que afirmaba la acusación. Lógicamente podría acontecer al revés, que la acusación califique por el tipo menos grave y el juzgador entienda que los mismos hechos se subsumen en uno más grave, sin modificar en absoluto los hechos de la acusación.

En consecuencia, es cierto que la progresión-regresión delictiva, desde un punto de vista procesal, puede ser en principio una cuestión jurídica que se ha de resolver a través de criterios que permitan discernir qué calificación dentro de esa progresión es la más adecuada a los hechos. El principio general en Derecho penal dice que la figura más adecuada es aquélla que contempla con más completitud la totalidad de los elementos fáctico-jurídicos del caso, es decir, la figura que contemple con más exactitud todos los rasgos fáctico-típicos.

La Ley penal regula esta cuestión en los criterios que resuelven los aparentes concursos normativos que se producen en el ordenamiento penal. Esto es, la posibilidad abstracta y aparente de que exista para el hecho punible más de una norma penal aplicable, de manera que se pueda considerar que pese a no ser, en abstracto y *prima facie*, errada la calificación del acusador, el juzgador pueda estimar

adecuada otra calificación, que viene a desplazar a las demás normas penales sustantivas, en principio, concurrentemente subsumidoras del hecho.

En realidad, un hecho punible no podrá ser subsumible sino en una sola norma, es decir, siempre habrá una sola norma adecuada al hecho. Esto es así por dos razones. En primer lugar, la vigencia del *non bis in idem* material, consistente en la exclusión de doble castigo por un mismo hecho, argumento incuestionable en cualquier Derecho penal moderno, y que excluiría posibilidades de múltiples subsunciones de un mismo hecho.

El otro argumento consiste en la necesaria consistencia o coherencia del Derecho penal como característica del ordenamiento penal (y de todo el ordenamiento jurídico) que excluye la posibilidad de conflictos normativos insuperables en el Derecho penal sustantivo[567], característica que repele cualquier incertidumbre jurídica sobre cuál es la solución normativa única para cada caso dentro de un ordenamiento.

Con todo, es menester reconocer que el concurso de normas sobre un mismo hecho, al menos aparentemente, existe. Ahora bien, esto obedece o es un efecto de la forma de «producción» legislativa, ya que conforme se promulgan leyes penalizando conductas, en esa construcción legislativa de tipos delictivos, se van regulando actividades penales próximas, semejantes o incluso análogas, que, previstas de un

modo general y abstracto en la ley penal, aunque suficientemente individualizadas para hacer posible la subsunción, generan un margen de solapamiento normativo[66].

Como hemos dicho, pese a la existencia del solapamiento normativo y la aparente concurrencia de normas penales subsumidoras del hecho, siempre hay en la ley penal sólo una norma aplicable al caso concreto, desplazadora de las otras normas (las desplazadas). La ley para resolver estas cuestiones establece ciertos criterios legales para determinar la correcta interpretación y elección de la norma penal adecuada, con miras a su aplicación. En el Derecho penal son tres los criterios consagrados: especialidad, subsidiariedad y consunción. Estos criterios se inspiran en un mismo principio, que consiste en señalar que la norma adecuada al caso es siempre aquélla que contempla con mayor precisión los elementos típicos del caso.

El primer principio es el de especialidad (*lex especialis derogat legem generale*). Prevé que ante una relación de género a especie entre dos normas, debe aplicarse aquélla que contenga mayor definición jurídica de los elementos fácticos del hecho punible.

[66] GARCÍA ALBERO, Ramón, *Non bis in idem material…, cit.*, pp. 139-141; CORDERO, Franco, *Procedura penale, cit.*, pp. 1184-1185; LARENZ, Karl, *Metodología de la ciencia del Derecho, cit.*, pp. 260-271.

Dice la doctrina[67] que la especialidad consiste en que «la clase de los supuestos de hecho previsto en una de las normas debe ser una subclase de la de los previstos en la otra».

Desde este punto de vista habría que aplicar este criterio entre «figuras básicas y sus correspondientes formas atenuadas o agravadas, como vg. entre el homicidio y el asesinato o, entre las agresiones sexuales con o sin acceso carnal.

La subsidiariedad: Consiste en la relación normativa de preferencia explícita o tácita entre dos preceptos, en el sentido de que uno de ellos señala o indica que «ha de aplicarse solamente en defecto de otro u otros»[68].

También la subsidiariedad puede ser tácita, es decir, a pesar de no estar proclamada por la ley, puede ser deducida de la propia ley. COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN[69] dan el ejemplo de la relación del auxilio ejecutivo al suicidio con el asesinato, cuando alguien a petición de la víctima inyecta a ésta una sustancia letal aprovechando su estado de inconsciencia.

En tercer lugar, la Ley penal utiliza la regla de la consunción (*lex consumens derogat legi consumptae*). La *lex consumens* o ley absorbente es la ley más amplia o

[67] COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás, *Derecho penal, cit.*, p. 175.
[68] COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás, *Derecho penal, cit.*, p. 175.
[69] COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás, *Derecho penal, cit.*, p. 175.

compleja. Se dice que «El precepto penal más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquél». Este criterio o regla supone la existencia de una norma que contempla la totalidad del desvalor que el ordenamiento jurídico atribuye a una determinada conducta la cual prevalece sobre otra norma que la contempla de forma parcial[574]. Así, por ejemplo, se aplica la consunción del delito de homicidio con el de lesiones graves o, también, entre actos preparativos y de ejecución con la consumación. Es decir, la consumación consume el injusto de los actos preparativos y de ejecución.

Son estos criterios interpretativos de la Ley penal los que pueden ser utilizados por el juzgador para apartarse de la calificación del hecho punible realizada por el acusador, cuando estime que dicha calificación sobre la base de una norma determinada, si bien, inicialmente parece subsumir el hecho, hay otra norma penal que en virtud de los criterios señalados se debe aplicar antes que aquélla. Obviamente no se aplicarán estos criterios si el juez considera lisa y llanamente equivocada la calificación jurídica que ha realizado el acusador, ya que en dicho caso no hay concurso normativo que resolver.

Ahora bien, y pese a todo lo dicho precedentemente, reiteramos lo expuesto *supra* en el sentido de que el problema de la progresión-regresión delictiva, desde un punto de vista procesal, no será, por regla general, un problema de pura calificación, o de

aplicación de los criterios interpretativos para determinar la norma adecuada en caso que el juzgador discrepe del criterio interpretativo y jurídico de la acusación, dado unos hechos inmutables.

Las progresiones-regresiones delictivas surgirán normalmente de mutaciones fácticas operadas sobre los hechos de la acusación, y no de la aplicación de criterios interpretativos y de calificación divergentes.

La práctica nos demuestra que detrás de la progresión-regresión delictiva[576] como tema de calificación jurídica se suele ocultar una modificación fáctica a la acusación. Así, el juez suele estimar que de la prueba se deduce un elemento fáctico no introducido por la acusación que hace subir la subsunción a aquellas figuras delictivas más graves dentro de la progresión, o al contrario, cuando considera que no se ha probado alguna parte del relato de los hechos de la acusación que hace descender la calificación a los tipos más atenuados de la progresión, como por ejemplo si se acusaba por homicidio, pero al no probarse la parte fáctica del proceso (nexo) causal de la muerte, el juez tiene que degradar la calificación de homicidio a lesiones graves.

- ✓ **Las posibilidades de modificación de la calificación jurídica por parte del juzgador (con y sin modificación de hechos) y los medios procesales por los cuales se tutela el derecho de defensa**

Las posibilidades de modificación de la calificación jurídica en sentencia plantean la necesidad de buscar la forma de conciliar el poder jurisdiccional de determinar la norma penal aplicable al caso concreto con el derecho de defensa de las partes. El desarrollo jurisprudencial, como veremos, ha buscado tutelar el derecho de defensa, sobre todo del acusado, mediante la exigencia del requisito de la homogeneidad delictiva descendente de la nueva calificación y del uso de la tesis. En primer lugar trataremos la homogeneidad delictiva descendente y, en segundo lugar, la tesis, ya que ésta se debe plantear justo cuando en la modificación de la calificación jurídica operada en la sentencia no concurre el requisito de homogeneidad descendente. Es decir, en aquellos casos en que la modificación de la calificación jurídica se ha desplazado a una figura que no guarda relación de homogeneidad descendente con la calificación de la acusación (caso de heterogeneidad delictiva y homogeneidad ascendente).

- *La homogeneidad delictiva (ascendente y descendente)*

La doble utilidad del bien jurídico, una distinción necesaria. La parcial identidad de los elementos típicos como elemento decisivo de la homogeneidad Antes de entrar en la homogeneidad delictiva en relación con el derecho de defensa, iniciaremos el análisis centrándonos en los criterios que la definen, para lo cual es menester hacer un inciso sobre la doble utilidad del bien jurídico en nuestra materia de estudio, ya que la doctrina omite aclarar este punto expresamente, y estimamos que su aclaración puede servir a un planteamiento más certero del asunto. A nuestro juicio, el «bien jurídico» es un criterio que en la cuestión de la correlación penal que venimos analizando presta dos utilidades distintas y nítidamente diferenciables.

Por una parte, antes, en el apartado dedicado a la identidad del hecho, a propósito de la teoría normativa, hemos constatado cómo en cierta hipótesis es indiscutiblemente aceptado que el bien jurídico es el criterio que nos permite sostener la identidad del objeto del proceso cuando los hechos de la acusación y los de la condena son distintos.

De ahí, por ejemplo, que el juzgador pueda condenar por complicidad cuando la acusación imputaba autoría, siendo la acción de complicidad distinta a la acción de autoría, porque se entiende que se ha mantenido inalterable el objeto normativo del juicio en razón de que ambas acciones infringen el mismo bien jurídico. En este caso, el bien jurídico es el criterio que se usa para discernir la identidad del objeto

normativo y, por lo tanto, su utilidad en este aspecto se relaciona con la vigencia del principio acusatorio.

Completamente diferente, como tendremos ocasión de comprobar, es la función del bien jurídico cuando hablamos de homogeneidad delictiva en la hipótesis que opera como medio para compatibilizar el derecho de defensa con el poder de calificación jurídica del juzgador.

En efecto, en este caso el bien jurídico es utilizado para determinar la homogeneidad delictiva, y, por lo tanto, se relaciona con la determinación de en qué supuesto es admisible la modificación de la calificación y bajo qué requisitos. El bien jurídico en este caso sería un criterio utilizable para determinar la homogeneidad típica de diversas figuras delictivas, y no para determinar la unidad normativa del objeto del proceso. La unidad del objeto del proceso es un presupuesto que se da por descontado. La homogeneidad delictiva basada en el criterio del bien jurídico obedecería a la idea de que los ilícitos se ordenan en familias delictivas dispuestas en lo que podríamos llamar «columnas de delitos»[579] aglutinadoras de delitos semejantes o próximos, que por regla generalísima protegerán un mismo bien jurídico, de tal modo que el bien jurídico será un «indicio» de que las figuras típicas comparten una misma estructura fáctico-típica como soporte básico.

El bien jurídico entonces actúa como indicador de homogeneidad delictiva y «aseguraría» que las figuras delictivas de la acusación y de la sentencia se sustentan en una estructura fáctico-típica básica común. Sin embargo, lo cierto es que la sola referencia al bien jurídico parece no ser suficiente para resolver la cuestión, ya que aunque es un buen indicador de homogeneidad delictiva en tanto los delitos con más semejanza, desde el punto de vista del hecho típico penalmente valorado, suelen ser los que pertenecen a una misma clase o familia delictiva, ordenados preferentemente por criterios de protección jurídica de bienes[70], también es cierto que en muchos casos detrás de la identidad del bien jurídico de dos delitos se articulan tipos penales que no guardan ninguna o pocas coincidencias típicas.

Así, por ejemplo, el hurto con la estafa o el hurto con la receptación. De otra parte, puede acontecer que entre dos tipos penales que no comparten identidad formal de bien jurídico protegido, su estructura típica, sin embargo, sea muy próxima y construida sobre la base de una misma conducta, con lo cual en esos casos se puede predicar la uniformidad de la estructura típica pese a la no concurrencia de homogeneidad de bien jurídico.

Para tener una idea precisa de lo que es la homogeneidad delictiva con miras a proteger realmente el derecho de defensa y contradicción, habrá que atender no sólo al bien jurídico de los delitos, sino también y preferentemente a la estructura típica

[70] COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás, *Derecho penal, cit.*, pp. 321-324 y 330-334.

de ese delito. Es decir, atender preferentemente a los elementos fáctico-jurídicos que tiene en cuenta la norma para configurar el tipo. Por eso se podrá advertir que la jurisprudencia en ocasiones acude a una argumentación conjunta de la homogeneidad delictiva sobre la base de la identidad del bien jurídico y de los elementos típicos configuradores del delito, aunque el bien jurídico no sea más que un indicador relativo de lo realmente importante, cual es, la identidad parcial de los elementos típicos que dan lugar a la homogeneidad descendente de la calificación jurídica realizada en la sentencia.

Al respecto dice RUIZ VADILLO[71] que «Cuando se trata de tipos penales homogéneos la columna en la que se asientan es la misma y sólo se diferencian unos de otros en lo que podemos llamar elementos complementarios o en los tramos de un mismo soporte (...) Una falta de hurto contempla la sustracción de un bien mueble sin violencia ni intimidación ni fuerzas en las cosas. Un poco más arriba en esa misma columna hay que situar el delito de hurto que es esa misma falta cuando el valor económico de lo sustraído supera las treinta mil pesetas. Si todavía subimos más encontramos el delito de hurto al que se adhieren determinadas circunstancias de agravación: si se trata de cosas destinadas a un servicio público, si se produjera una grave perturbación del servicio o de cosas de primera necesidad, si se produce una situación de desabastecimiento, cuando recaiga sobre cosas de valor histórico,

[71] RUIZ VADILLO, Enrique, *El principio acusatorio…, cit.*, p. 51. En términos muy parecidos se expresa CORDERO, Franco, *Procedura penale, cit.*, p. 1184.

cultural, artístico, cuando revista especial gravedad atendiendo al valor de los efectos sustraídos o se produzcan perjuicios de especial consideración y, por último, cuando coloque a la víctima o a su familia en grave situación económica o se haya realizado con abuso de superioridad en relación con circunstancias personales de la víctima. Elevándonos todavía más nos encontramos con el robo con fuerzas en las cosas y, eventualmente con el robo con violencia o intimidación en las personas». «Pues bien, si la acusación estima que el hecho punible constituye un delito de robo con fuerza en las cosas y describe hechos que considera probados, el tribunal de instancia puede, dentro de esa misma columna de tipos penales, dirigirse a zonas más benignas».

Esta forma de concebir la homogeneidad coincide plenamente con el concepto italiano de *degradazione* o *regressione* del tipo en uno más simple o más restringido, como consecuencia de la *riduzione del fatto*[72], es decir, cuando la calificación deviene modificada porque el juez en su enjuiciamiento fáctico ha quitado (por no probados) elementos fáctico-jurídicos que conformaban un tipo más elevado en la progresión delictiva. En este caso la prohibición de modificación de la imputación (acusación) no opera, pudiendo el juzgador calificar de forma distinta a la acusación siempre que lo haga por un tipo penal más simple o restringido, es decir, «degradado» o «reducido» respecto del de la acusación, ya que al ser el tipo por el

[72] RAFARACI, Tommaso, *Le nuove…, cit.*, pp. 287. En la doctrina precedente al Código de 1988 sostiene algo parecido LA ROCCA, Manlio, *Studi…, cit.*, p. 61, aunque llega a una conclusión totalmente contraria a la que sostiene la actual doctrina italiana.

que se condena un tipo «degradado» respecto del de la acusación, asegura que los elementos fácticos y jurídicos del tipo tenidos en cuenta en la calificación jurídica de la sentencia estaban contemplados en el delito más complejo y amplio de la acusación, respecto del cual el acusado se defendió, de modo que dicha defensa en todo caso alcance, como mínimo, a

todos los elementos necesarios para la subsunción regresiva de la sentencia.

Menos compleja se presenta la regresión delictiva (homogeneidad delictiva descendente) a una figura más atenuada, cuando obedece a una pura cuestión de interpretación y calificación jurídica en que el juzgador considera, sin modificar en absoluto los hechos de la acusación en su enjuiciamiento fáctico, que algún aspecto de

la calificación jurídica de la acusación es improcedente, en cuyo caso se desciende en la progresión delictiva sin siquiera modificar el sustrato fáctico, supuesto en el que no existe riesgo de indefensión para el acusado (aunque sí podría haberlo para el acusador).

- La homogeneidad delictiva descendente como presupuesto del poder de calificación jurídica del órgano jurisdiccional y forma de tutela del derecho de defensa del acusado respecto a la modificación de la calificación (con o sin modificación de hechos).

El presupuesto de la potestad de calificación jurídica, según se ha puesto de relieve a lo largo de esta investigación, es la inmutabilidad sustancial del hecho. Sin embargo, ya hemos explicado que esa inmutabilidad está referida al hecho procesalmente relevante para determinar la identidad del objeto del proceso desde el punto de vista normativo del hecho, de modo que ello no implica, tal cual se ha expuesto, que el juzgador no pueda realizar variadas modificaciones fácticas sin romper esa identidad. Por el contrario, son muchas las modificaciones fácticas permitidas dentro de la teoría normativa, y que son las que en definitiva suelen justificar los cambios de calificación jurídica.

Ahora bien, la modificación de la calificación jurídica, con o sin modificación de hechos, importa en sí misma un riesgo de indefensión para las partes respecto de esa modificación, producida por la calificación basada en una modificación fáctica, o por la pura modificación de la calificación. Por tal razón, la jurisprudencia ha desarrollado como criterio copulativo al de la inmutabilidad del hecho punible, el de homogeneidad delictiva descendente[73].

Entonces, para que el órgano jurisdiccional pueda ejercitar sus poderes en la sentencia y calificar de un modo distinto a la acusación, se exige la inmutabilidad de

[73] STS de 30 de noviembre de 1971, ponente Díaz Palos (RJA, m. 1971\5273), y la STS de 14 de octubre de 1975, ponente Escudero del Corral (RJA, m. 1975\3641).

los hechos (identidad de los hechos) y, además, que la nueva calificación sea homogénea y descendente respecto de la hecha en acusación. En otras palabras, que se trate de un delito igual o típicamente más simple.

Dada la identidad fáctico-normativa, la homogeneidad descendente como exigencia o presupuesto consiste en que la sentencia estime un delito cuya estructura típica sea la misma o más restringida que la de la acusación. La finalidad de este requisito de la homogeneidad estriba en que ello aseguraría que los elementos típicos valorados en la sentencia hayan estado previamente contenidos en la acusación, de modo que todos los elementos fácticos y jurídicos presentes en la sentencia lo estuvieran previamente en la acusación (que era igual o típicamente más amplia), por lo que lo debatido y probado respecto de una de las figuras delictivas (la de la acusación) vale como defensa idónea también para la otra (para la de la condena), dejando en definitiva en manos del juez la posibilidad de verificar una modificación de la calificación como resultado de una modificación de los hechos típicos en la medida que sean más restringidos, impidiéndose así la indefensión. Esto es lo que hace innecesario el planteamiento de la tesis en la hipótesis de homogeneidad descendente. En suma, la aplicación de los poderes de calificación jurídica del juez requiere de los siguientes presupuestos:

1) Primero, que el hecho punible permanezca inalterable. La modificación de la calificación jurídica supone la inmutabilidad del objeto del proceso. Sin embargo,

eso no quiere decir que se impida cualquier cambio fáctico no sustancial, sino todo lo contrario, ya que justamente los cambios o modificaciones (sustracciones) fácticas de hechos no sustanciales —pero que sean elementos típicos— serán los que por regla general permitan hacer nuevas calificaciones típicas degradadas.

2) Segundo, requiere que la modificación de calificación jurídica estimada en sentencia sea de estructura típica igual o más restringida que la de la acusación (homogeneidad descendente). Si la homogeneidad es ascendente, porque se presenta con un delito de estructura típica mayor que el de la acusación, será necesario el uso de la tesis para el sometimiento a debate del tipo homogéneo ascendente.

- La homogeneidad delictiva ascendente y su doble causa.

Hemos señalado que el juzgador puede calificar en sentencia conforme a una figura delictiva cuya estructura típica sea igual o más restringida que la estructura típica de la figura delictiva de la acusación (homogeneidad descendente). Decíamos que el juzgador al apreciar una figura menor respecto de la contenida en la acusación descendía en la columna de progresión delictiva: se producía una regresión delictiva[74], regresión que al suponer un repliegue de la misma estructura típica, se

[74] RANIERI, Silvio, «Reato progressivo...», *cit*, pp. 309-318; *Manuale…, cit.*, pp. 98-100, y *Sui reati di progressione, cit.*, pp. 135-255. *Vid.* también CORDERO, Franco, «Considerazioni…», p. 941, y también *Procedura penale, cit.*, pp. 1184-1185; RAFARACI, Tommaso, *Le nuove…, cit.*, pp. 286-290.

limitaba a prescindir de elementos típicos de la consideración jurídico-penal inicial, a causa del resultado probatorio, de tal manera que lo que quedaba después de ese repliegue había sido conocido por las partes, pudiendo éstas debatir y probar sobre cada unos de los extremos fácticos en los que se viene a fundar la sentencia. Por tal razón no cabía duda sobre la no indefensión a causa del cambio de calificación.

Por supuesto, y como hemos dicho, la homogeneidad descendente se puede deber (también) a una pura cuestión de valoración jurídica de los hechos sostenidos en la acusación, de modo que, permaneciendo intactos los mismos hechos, el juez valore que son subsumibles en una figura penal regresiva respecto de la contenida en la acusación, considerando que alguna parte de los hechos alegados por la acusación no produce el efecto jurídico deducido por ésta.

Ahora bien, este mismo fenómeno puede presentarse en el sentido inverso, es decir, que el juzgador considere que procede la estimación de una figura delictiva que se halla más arriba en la progresión delictiva que la figura delictiva que se contiene en la acusación, situación en que estaremos ante la homogeneidad delictiva ascendente.

La causa de la homogeneidad ascendente, del mismo modo que en la descendente, puede deberse a una pura cuestión de valoración jurídica, cuando el juez estime que exactamente los mismos hechos de la acusación encuentran encaje en una figura mayor que la invocada en ésta. Lo anterior sucederá en aquellas hipótesis en que el

acusador no alegue un efecto calificador preciso de una parte de los hechos que él mismo ha introducido y que el juzgador considera suficiente para producirlo.

La práctica nos demuestra, sin embargo, que será más común que la homogeneidad ascendente se asiente en una ampliación fáctico-típica resultante de la prueba, es decir, del añadido de un elemento fáctico que surte un efecto típico que se traduce en la modificación de la calificación; en definitiva, de una progresión delictiva. Así sucederá, por regla general, cuando se aprecie la concurrencia de un subtipo agravado respecto del tipo base sostenida en la acusación, o sencillamente de un tipo distinto más grave, como cuando se pasa de hurto a robo.

4.2.3-. LA PETICIÓN DE PENA Y EL DEBER DE CORRELACIÓN.

Previamente hemos tratado acerca de las cuestiones relativas a los poderes de calificación jurídica del juzgador y la limitación impuesta a estos por los términos en que se plantea la acusación (vinculación a la calificación jurídica de la acusación). En general, concluíamos que el juez posee poderes de calificación jurídica y que, por tanto, puede desvincularse de los términos en que se formula la acusación. No obstante, paulatinamente la jurisprudencia ha venido sometiendo a requisitos muy restrictivos la potestad jurisdiccional.

Se puede afirmar que, dada la invariabilidad del objeto del proceso (hecho y acusado), sólo son posibles modificaciones a la calificación jurídica de la acusación de naturaleza atenuatoria o descendente, prohibiéndose todo tipo de modificación agravatoria. La única y excepcional posibilidad que se abre en el sentido agravatorio es la que ofrece la tesis, aunque en el estado actual de la jurisprudencia se exija que ella sea asumida por alguno de los acusadores para recogerla en sentencia.

De alguna manera podría decirse que la calificación jurídica de la acusación produce el efecto de vincular a la sentencia, en cuanto límite máximo. Nosotros, empero, hemos realizado matices y críticas a esta conclusión.

Dicho lo anterior, corresponde ahora estudiar el eventual efecto vinculante del otro contenido acusatorio fundamental, cual es la petición de pena. Cuando nos referimos a la pena lo hacemos en términos técnicos, entendida como la consecuencia jurídica que se deriva del delito y que tiene por función dar tutela jurídica a determinados bienes o intereses.

El delito también tiene, aparte de la pena, otras consecuencias jurídicas que no siendo propiamente penas, igualmente se derivan de él. Son las denominadas consecuencias accesorias. Aludiremos a ellas separadamente, pues presentan ciertas peculiaridades.

La pena y las consecuencias jurídicas del delito son cuestiones jurídicas del mismo modo que lo son aquellas que hemos denominado precisamente cuestiones de calificación jurídica. Sin embargo, la pena y las consecuencias del delito se diferencian en que, además de cuestiones jurídicas, son el resultado legal efecto de la determinada calificación jurídica. Así, tras una determinada incardinación jurídica del hecho en todos sus aspectos la operación concluye arrojando un resultado, que es la consecuencia punitiva[688]. La previa incardinación o subsunción jurídica del hecho ha de ser completa, es decir, debe contemplar el título delictivo, la forma de participación, el grado de ejecución y la concurrencia de posibles circunstancias modificativas. Sólo después de esta operación calificatoria es posible proceder a la individualización de la pena en tanto consecuencia jurídica concreta de la particular subsunción realizada por el juez. Asimismo, la pena pedida por el acusador es el resultado de esta misma operación que él realiza y propone al juzgador.

Pues bien, el problema de la correlación con el *petitum* de pena se refiere a la pena concreta pedida por el acusador como resultado de la completa calificación jurídica del hecho objeto de acusación: de qué manera puede determinar ésta el contenido concreto de la pena impuesta en la sentencia. La doctrina y la jurisprudencia de los últimos años concuerdan al establecer la no vinculación del órgano jurisdiccional al *quantum* de pena pedida, al menos en el procedimiento ordinario por delitos.

Las principales argumentaciones en favor de la no vinculación giran en torno al principio de legalidad de la pena y de las facultades de individualización de la misma que corresponden al juzgador.

En cuanto al principio de legalidad se suele decir que la consecuencia penal por la comisión de un delito está prevista en la ley y es a ésta a la que se debe atener el juzgador a la hora de imponer la pena, y no a los actos de pretensión del acusador. La legalidad de la pena se expresa en que la medida de la misma encuentra su limitación máxima en la ley, y no en actos de «pretensión penal».

Íntimamente vinculado a lo anterior se halla la regulación legal de la potestad de individualización de la pena; potestad que la misma Ley penal encarga su ejercicio al juzgador, y no al acusador, lo cual demuestra que la voluntad del legislador hasta el momento ha sido entregar la función individualizadora de la pena exclusivamente al juez.

A partir de la premisa anterior se concluye que las consecuencias penales han de ser extraídas del hecho punible (tantas y) en la medida que lo prevea la ley y que esa función es privativa del juez. Cuestión que calza además con la tradicional forma decomprender el *iura novit curia* en materia penal.

Establecer lo contrario, es decir, el sometimiento del juez o tribunal al *petitum*, implicaría construir un sistema procesal penal en el cual la determinación del *ius puniendi* ya no fuere una cuestión puramente estatal-jurisdiccional, sino también estatal-administrativa o incluso privada, a través del traspaso de facultades desde el juzgador al acusador. La jurisprudencia ha expresado esta idea señalando que los jueces «no tienen, ni deben quedar "encorsetados" por el "quantum" de la pena solicitada, pues ello sería hacer defección o abandono de su propia competencia juzgadora, con sometimiento automático a lo pedido por una de las partes».

La jurisprudencia descarta que se pueda entender infringido el principio acusatorio al imponer una pena más grave que la pedida, ya que no se le provocaría «indefensión al acusado» si el delito que se enjuicia y los hechos en que se fundamenta, no sufren variación alguna respecto a los acogidos por la acusación.

Desde luego, esta potestad del juzgador para individualizar la pena le habilita para imponer, en caso de condena, una pena menor que la pedida, siempre que sea legalmente procedente, pero también le faculta para castigar con una pena mayor a la de la acusación bajo el mismo requisito.

Con todo, cuando se trata de pena más grave, resurge la preocupación de la jurisprudencia por el efecto agravatorio más allá de lo pedido por el órgano acusador, motivo que ha llevado a la jurisprudencia a desarrollar un requisito adicional al

ejercicio de la potestad individualizadora cuando en su virtud se impone pena concreta superior a la pedida, exigiendo un plus de motivación decisional que justifique el plus de pena (motivación reforzada).

Del análisis previo resulta que se ha de concluir que la sentencia puede castigar con una pena superior a la pedida en acusación, siempre que se cumpla con los siguientes presupuestos:

Primero, que la pena más grave no sea el resultado de la introducción de ningún elemento fáctico y/o jurídico agravatorio.

Segundo, que la pena concreta de condena se halle dentro del marco legal.

Tercero, que la pena concreta más grave se motive especialmente.

Una parte de la jurisprudencia ha matizado la posición que rechaza la vinculación a la pena pedida basada en la vigencia del principio de legalidad de la pena y en la exclusiva potestad individualizadora de la pena del juez, vislumbrando un criterio ecléctico que no llega a sostener la vinculación a la pena concreta, pero sí al menos una vinculación a una «clase de pena», sosteniendo que, si bien la pretensión de pena no fija concretamente el máximo de pena, sí determina la «clase» dentro de la cual el juez ha de moverse en el legítimo ejercicio de su potestad individualizadora.

Esta posición supondría que la acusación que pide una pena concreta dentro de la clase de prisión menos grave no vincula al juez a no superar la extensión pedida por la acusación, pero en su facultad individualizadora no podría aplicar una pena concreta que exceda el marco de prisión menos grave. Esta doctrina acotaría todavía un poco más los poderes de juez, especialmente cuando se trata de delitos que tengan atribuido en abstracto una pena que abarca penas de diversa clase.

Parte de la doctrina ha propuesto, en cambio, la necesidad de establecer una mayor vinculación de las sentencias al *petitum* de la acusación. Ejemplo claro de esta posición es lo que sostiene GIMENO SENDRA en uno de sus trabajos[75] —aunque con posterioridad parece haber cambiado de opinión[76]—. Por otra parte, MARTÍNEZ ARRIETA[77] ha mantenido una opinión similar.

A propósito de la vinculación a la pena, GIMENO SENDRA se ha expresado a favor de la vinculación cuantitativa, ya que en su opinión «el MP, como representante de la sociedad, y el ofendido, que valoran respectivamente la lesión producida por el delito en la esfera social y en la personal o patrimonial, son partes cualificadas para señalar al Tribunal el tope máximo de la individualización de la pena». En nota a pie de página nº 285, agrega: «Piénsese que nuestra justicia penal es una justicia técnica.

[75] GIMENO SENDRA, Vicente, *Fundamentos…, cit.*, p. 204 y nota a pie de página nº 285.
[76] GIMENO SENDRA, Vicente, *Derecho procesal penal, cit.*, segunda edición, pp. 216-218. En esta obra sostiene y adhiere a la no vinculación al *quantum* del *petitum* de pena tanto en el proceso penal ordinario como en el abreviado.
[77] MARTÍNEZ ARRIETA, Andrés, *La nueva concepción..., cit*., pp. 90-99.

Que el problema de los jueces técnicos es el que realicen su función de una manera rutinaria. La petición de pena por parte del acusador en alguna medida refleja la reacción social frente al delito y el castigo que la sociedad espera. Otorgar más de lo que ésta demanda es ser "ultra retribucionista", lo que tampoco es deseable». El autor manifiesta una opinión de *lege ferenda* en el sentido que sería deseable la intervención del acusador público (y del particular) en la individualización de la pena, operando la petición acusatoria como tope máximo, lo cual convertiría a la «pretensión» en una garantía para el justiciable. La legitimidad de esta consecuencia la hace residir en la función pública que cumple el MF en cuanto representante de los intereses de la sociedad, y en su carácter técnico.

MARTÍNEZ ARRIETA, por su parte, y como partidario de la vinculación al *quantum*, aduce criterios justificadores de la misma. En general mantiene que la concepción del principio acusatorio y de la vinculación del juzgador que la jurisprudencia ha venido auspiciando, tanto referida a los hechos como a la calificación, le hace concluir que eso impone la necesidad de que también dicha vinculación habría de ser extendida al elemento «pena pedida». Las razones que ofrece en apoyo de su tesis son de variada naturaleza, sin embargo todas ellas pueden ser reconducidas a tres argumentos básicos. En primer lugar, la necesidad de establecer un sistema procesal donde se otorgue un mayor rango de protección al acusado respecto del poder de castigo estatal-jurisdiccional, poder que en último término se encarna en la pena concreta que se impone en sentencia, de modo que la

posibilidad de que el juez condene por pena concreta más grave que la pedida se valora como una situación que no debía de ser consentida en un sistema de garantías. El autor añade a lo anterior el argumento que dice que de la pena concreta pueden depender ciertas expectativas del acusado, como, por ejemplo, la remisión condicional de penas privativas de libertad que no superen una determinada cuantía, de lo cual se concluiría que cuando se pide una pena n acusación y se dicta sentencia condenatoria por una pena mayor, se le provocaría «indefensión» al acusado al afectarle dicha expectativa.

Invoca, en segundo lugar, el argumento de que el MF es un órgano técnico (igual que GIMENO SENDRA) con una misión reconocida en el art. 124 de la CE, de lo cual se sigue, en opinión del autor, que los fiscales son partes cualificadas para señalar el límite máximo de la consecuencia penal. Dentro de este contexto, el autor reconoce la potestad punitiva judicial, pero con una labor individualizadora que tendría que ser ejercida dentro de un doble límite: primero, el legal, y luego, el límite de la pena pedida en acusación[78].

Tras esta exposición de las posiciones doctrinales y jurisprudenciales favorables a la vinculación del juez a la pena pedida, corresponde realizar una valoración integral de los argumentos aducidos.

[78] MARTÍNEZ ARRIETA, Andrés, *La nueva concepción..., cit.*, pp. 97-98.

En la exposición de los argumentos doctrinales y jurisprudenciales a veces se puede apreciar cierta inconexión y dispersión de los mismos. Con todo, si se leen atentamente ha de llegarse a la conclusión de que todos ellos se reducen a dos argumentos doctrinales y un argumento de Derecho positivo.

Respecto de los argumentos doctrinales, el primero y más importante es el que podríamos denominar como garantía o derecho del acusado a la no agravación punitiva. La doctrina y la jurisprudencia insiste muchísimo en esta idea, presentándola de diversas formas, aunque siempre vinculándola al derecho de defensa y proscripción de la indefensión.

Obsérvese que respecto de esta cuestión hemos llamado la atención previamente a propósito de la calificación jurídica más grave, supuesto en que la jurisprudencia suele acudir al argumento de la indefensión para prohibir la agravación. Hemos señalado al respecto que el derecho de defensa y la prohibición de indefensión en estos casos, ya no actúan como garantías procesales, sino más bien como garantías o límites penales sustantivos. Ya no se trata de ofrecer tutela al debate contradictorio, sino directamente de limitar sustantivamente la aplicación del Derecho penal. Cabe recordar también lo que formula MARTÍNEZ ARRIETA, cuando dice que el juez puede ejercer su poder punitivo dentro de un doble límite. Primero, el legal, y, dentro de él, el límite de la pena pedida.

A una doctrina de esta naturaleza no se puede adherir o discrepar de forma absoluta, ya que antes habría que definir cuestiones muy complejas, como sería dilucidar si realmente existe un derecho o garantía a la no agravación punitiva derivada del derecho de defensa o proscripción de indefensión, pero con efectos sustantivos (más allá de los procesales). Y si ello fuera así, se plantearían dudas respecto al modo de compatibilizar su vigencia con la vigencia (indiscutida) del principio de legalidad penal o con el de igualdad en la aplicación de la ley penal. Me refiero al caso de que el acusador pida una pena equivocada, que no corresponda en absoluto a la asignada a la calificación jurídica. O, aun pidiendo una pena dentro del marco legal de la calificación correspondiente, cómo se podría asegurar el trato penal igualitario de los casos semejantes, cuando eso ya dependería de las penas pedidas en cada uno de ellos por el acusador (el cuál podría ser público y particular). La igualdad dependería de la labor más o menos acuciosa y legalista del MF, de pedir penas homogéneas para los casos semejantes, cuestión que no podría ser controlada por los jueces.

El segundo argumento teórico resulta ser una consecuencia del anterior. Nos referimos a la peculiar forma de concebir el principio acusatorio. Puesto que se quiere conseguir a un juez que quede impedido de superar a la acusación en términos punitivos, se configura un concepto de principio acusatorio funcional a este fin, que deje al juez sólo espacios atenuatorios en la aplicación del Derecho. Así, se dota al principio acusatorio de un contenido que va mucho más allá de la necesidad de que un sujeto ajeno al juzgador introduzca el hecho sometido a enjuiciamiento,

afirmando que el principio acusatorio viene definido por todo el contenido de la acusación, incluida la calificación jurídica y la pena como máximos, de modo que cualquier modificación agravatoria a los términos de la acusación es valorada como infracción al principio acusatorio.

El tercer argumento, el único de Derecho positivo, es el que se refiere a la regulación legal del procedimiento abreviado. Como se advirtió, tanto MARTÍNEZ ARRIETA como la opinión disidente del TC utilizan la regulación del procedimiento abreviado como base legal de la opinión de la vinculación a la pena pedida. Lo cierto es que dicha regulación debidamente interpretada conduce al resultado señalado (como más adelante se verá), estemos o no de acuerdo desde una perspectiva de *lege ferenda.*

Tal vez sea éste el único argumento válido para concluir que el juez debe atenerse al máximo de pena pedida, aunque por consideraciones de coherencia del ordenamiento jurídico procesal sería conveniente que en el futuro la regulación despejase todas las cuestiones consignadas antes de adoptar un criterio definitivo a este respecto. Si realmente existe un derecho o garantía del acusado a la no agravación punitiva, traduciéndose ello en que el juez se halle limitado como tope máximo por la acusación, tanto en relación a la calificación jurídica como a la pena pedida. Y de ser así, de qué manera se resolverían las colisiones con el principio de legalidad penal y de igualdad en la aplicación de la ley penal.

4.3-. LA CORRELACIÓN IMPUTACIÓN SENTENCIA EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA.

Del estudio precedente ha quedado evidenciado que la doctrina y jurisprudencia abordan el deber de correlación y sus problemas a partir de un estudio sistemático, aplicando un análisis metodológico que acude a criterios normativos bien acabados, propios de la ciencia procesal. Así, hemos visto cómo construye (o pretende construir) un concepto de principio acusatorio (aun cuando todavía se discuta su amplitud) con unos específicos contenidos, y al cual le confiere un fundamento constitucional preciso, como es la imparcialidad del juzgador, y del cual hace derivar el enunciado normativo propio de la correlación.

Junto al principio acusatorio, la doctrina y jurisprudencia examinan otras garantías procesales de carácter constitucional, que han intentado perfilar con la finalidad de extraer de ellas unas consecuencias determinadas, dentro de las cuales hay algunas que tocan a la materia de la correlación, en los términos estudiados (derecho de defensa, a conocer la acusación, principio de contradicción).

La determinación y precisión de conceptos no es una preocupación puramente intelectual de los teóricos, sino, al contrario, resulta esencial a la hora de darle carácter normativo concreto a los principios y garantías, tal cual hemos podido constatar. Todavía más importante es el esfuerzo doctrinal y jurisprudencial (aunque con

resultados parciales) por determinar con precisión científico procesal lo que sea el hecho.

Resulta que éste, a nuestro entender, es el problema esencial de la correlación, y, sin embargo, en Ecuador ni tan siquiera ha sido señalado, con lo cual el deber de correlación no pasa de ser un «formulismo impreciso». Si no se sabe lo que es el hecho (procesal), no se puede saber lo que es la correlación. Será éste otro aspecto de la investigación del Derecho ecuatoriano donde el análisis se hace sobre la base del desarrollo teórico español (y europeo).

Se constata asimismo en el sistema español el esfuerzo, más o menos sistemático, por encauzar el problema de las modificaciones de las calificaciones jurídicas que puede realizar el juzgador dentro de un régimen de garantías procesales. La efectiva vigencia de ellas parece acotar dichas posibilidades, especialmente la interpretación garantista del derecho a ser informado de la acusación, del derecho de defensa y del principio de contradicción.

El desarrollo fino de los criterios normativos de la «homogeneidad delictiva» o de la «no agravación punitiva» (incluso con sus defectos técnicos) constituyen esfuerzos en este sentido, aunque, a nuestro entender, también revelen un problema de configuración poco exigente del hecho, tal como lo explicamos con detalle.

Lo mismo corresponde decir acerca del desarrollo teórico y práctico de la tesis, de su amplitud de uso, de la necesidad de su previo planteamiento y de la actitud que las partes pueden adoptar ante su formulación y del efecto jurídico que produce. En esta parte el paralelismo de las regulaciones en estudio es claro y, por lo tanto, también se aprovechará la evolución doctrinal y jurisprudencial española e italiana.

El análisis comparado ofrece una doble perspectiva del problema:

- En primer lugar, la visión de conjunto o integral de la cuestión sobre la base de definiciones previas de principios o criterios normativos superiores con apoyatura en el Derecho vigente (constitucional y legal). De ahí la búsqueda de lo que sea el principio acusatorio y su diferenciación con el principio de contradicción, que parece estar más vinculado con la garantía de la defensa y del conocimiento previo de la acusación. Se justifica este esfuerzo de sistematización de los fundamentos superiores, pues de él depende el arribo a unas determinadas consecuencias normativas precisas, en la que la adhesión a uno u otro concepto de acusatorio o de garantía de la defensa queda reflejada en la estimación o desestimación de los asuntos sometidos a su conocimiento.

- La segunda perspectiva o aproximación a la correlación es la que podría llamarse normativo-concreta. El análisis normativo concreto ha de despejar las interrogantes precisas que dotan de contenido a la cuestión en estudio. Algunas

> de las más importantes son: ¿con qué *cosa* debe guardar correspondencia la sentencia?, ¿con la acusación, con la defensa o con ambas? Tras lo cual hay que preguntarse: ¿y con qué contenidos de ésta(s) debe producirse la correlación? El lugar común dice que con los hechos de la acusación, mientras que la determinación de la calificación jurídica y de la pena es potestad del juzgador (*iura novit curia*). Empero, dicha afirmación no es más que un tópico, carente de valor si no es acompañada de una determinada concepción del hecho.

De esta manera, una definición de hecho poco limitadora de los poderes del juez (normativa) pondrá al juzgador en una situación de mayor libertad a la hora de la fijación de los hechos penalmente relevantes y de la determinación de sus consecuencias jurídicas, pero a la vez producirá el efecto de trasladar buena parte del problema de la correlación a la cuestión de la modificación de la calificación jurídica. En efecto, no es casualidad que en Derecho español se haya desarrollado el criterio de la homogeneidad delictiva, concepto que bien mirado responde a la necesidad de limitar las modificaciones de calificación jurídica en sentencia que vienen motivadas por modificaciones fácticas accidentales, que desde el punto de vista del hecho son irrelevantes, pero sobre las cuales se pueden sostener nuevas calificaciones jurídicas.

Por el contrario, un concepto muy exigente de hecho dejará al juez muy constreñido en sus posibilidades de enjuiciamiento fáctico y jurídico, pues al no poder modificar en lo más mínimo el hecho, las posibilidades de apreciar una modificación en la calificación

jurídica se reducen cuantitativa y cualitativamente, situación que parece darse, por ejemplo, en el sistema italiano.

Pues bien, el deber de correlación en Ecuador no ha sido todavía objeto de estudio científico, motivo por el cual no poseemos referentes teóricos (ni jurisprudenciales) previos que nos ofrezcan un sistema de análisis procesal del instituto.

4.3.1-.Presupuestos teóricos del deber de correlación imputación-sentencia para su implementación en la legislación procesal ecuatoriana.

El Código de Procedimiento Penal contempla expresamente el deber de correlación de la sentencia en sus dos aspectos esenciales: como deber de exhaustividad y como límite al poder de resolución. La exhaustividad se recoge en 304. A, que dispone que la sentencia debe ser motivada y concluirá declarando la culpabilidad o confirmando la inocencia del procesado». Esta norma si bien establece la exhaustividad, su redacción es incompleta, ya que se observa una omisión del deber de exhaustividad respecto de la defensa, de todas las defensas y excepciones presentadas por la defensa del acusado.

Nuevamente habrá que interpretar que la exhaustividad de la sentencia con la defensa se encuentra incluida en las normas que se refieren a la motivación fáctica y jurídica de la sentencia, art. 304. A, aunque como hemos puesto de manifiesto, esta

interpretación no es lo técnicamente adecuado si se tiene en cuenta que exhaustividad no es lo mismo que motivación.

La correlación como límite a la potestad de resolver se regula en el art. 5.1 que, a partir de una interpretación extensiva y amparados en la doctrina procesalista establece que la sentencia «no podrá exceder el contenido de la acusación», de manera que «no se podrá condenar por hechos o circunstancias no contenidas en ella».

Añadimos que el juzgador no puede realizar respecto del hecho una «calificación jurídica distinta» a la de la acusación o «apreciar la concurrencia de circunstancias modificatorias agravantes de la responsabilidad penal no incluidas en ella», con tal de que se hubiere «advertido» (tesis) a las partes durante la audiencia.

El tenor de la norma revela un adecuado enfoque del deber de correlación, aunque también se constatarán algunos vacíos y omisiones que conviene tener en cuenta con el fin de integrarlos adecuadamente.

- **Fundamento de la correlación como límite a la potestad de resolver.**

El Código de Procedimiento establece un proceso penal acusatorio en el cual es al MP, luego de desarrollar la investigación preliminar, a quien corresponde acusar.

Con este cambio se logra separar la función de investigación y de acusación de las propiamente jurisdiccionales. Es decir, ya no es el mismo juzgador el que ha de investigar, acusar y juzgar.

El motivo esencial de establecer un acusador público como el MP distinto del juez sentenciador, como es sobradamente conocido, obedece a la necesidad de asegurar la garantía de la imparcialidad del juzgador. A partir de aquí el sentido que adquiere la acusación dentro del proceso es completamente distinto al que tenía en el sistema inquisitivo.

La configuración del nuevo proceso penal como *actus trium personarum*, a semejanza de la estructura procesal de partes del proceso civil, lograda a través de la introducción del principio acusatorio, permite obtener un proceso penal de partes realizado ante un juez imparcial. Para ello se introdujo una parte «artificial» constituida por un órgano público que representa el interés estatal o social en la aplicación del Derecho penal, y que ha de instar su aplicación a los tribunales de justicia, dándose lo que se denomina el desdoblamiento del Estado, que actúa, de una parte, como requirente y, de otra, como juzgador.

De la vigencia del principio acusatorio en el proceso penal se derivan consecuencias muy precisas. Una de ellas es el deber de correlación de la sentencia. El fundamento

de la correlación en un proceso penal acusatorio parece ser más el principio acusatorio que el derecho de defensa o el principio de contradicción.

Según se verá, el derecho de defensa y principio de contradicción influirán sobre los poderes del juez, pero de una manera distinta. Influirán no tanto como límites al poder de resolución (correlación), sino más bien como presupuestos o condiciones para poder ejercer dichos poderes. Es decir, se aplicarán legítimamente estos poderes en la medida que previamente se haya respetado el derecho de defensa y a contradecir ampliamente sobre todas las cuestiones fácticas y jurídicas que se resuelven en sentencia.

Por el contrario, en lo que dice relación con la necesidad de que el juez resuelva limitado al hecho punible atribuido al acusado, sin introducir modificaciones sustanciales, ello resulta del principio acusatorio, es decir, de la actividad de acusación y de la separación de las funciones acusadoras de las enjuiciadoras. En efecto, conforme al principio acusatorio corresponde al acusador el planteamiento del objeto del proceso, lo cual realiza a través de su acusación. Entonces la sentencia ha de limitarse a ese objeto procesal y no podrá extenderse a otro o modificarlo sustancialmente, pues ello supondría saltarse los límites de la acusación y asumir la función acusadora. En esto hay una diferencia importante con la correlación del antiguo Código.

Como hemos visto, la correlación opera más como una preclusión que afecta a la potestad acusadora del juez acusador, consistente en que una vez que el juez acusa por un hecho determinado se agota su potestad acusadora. Esta correlación-preclusión tiene como finalidad asegurarle al acusado que la acusación previa y notificada es la que se va a enjuiciar y que a ella se debe atener en su defensa. El juez ya no puede modificar su acusación y por tanto su resolución se ha de sujetar a ésta. Sin embargo, no se podría decir que hay una relación de limitación entre acusación y sentencia; a lo más habría una *autolimitación* del juez-acusador.

- ✓ ***El principio acusatorio y las consecuencias que derivan de su vigencia. Explicaciones.***

La doctrina más autorizada ha señalado un significado muy definido al principio acusatorio, sin pretender que la invocación del mismo valga para resolver cualquier problema que se suscita en un proceso. Concretamente, el principio acusatorio impondría el cumplimiento de tres exigencias básicas al proceso[79]. La primera de ellas es que «no puede atribuirse al juzgador poderes de dirección material del proceso que cuestionen su imparcialidad». Esta cuestión sólo nos interesa de un modo tangencial, con el fin de conocer de qué manera influyen los poderes oficiales del juez en un sistema acusatorio a la hora de determinar o influir en el objeto del proceso.

[79] MONTERO AROCA, Juan, «El principio acusatorio...», *cit*, pp. 780-786.

La segunda consecuencia consiste en que «no puede haber juicio oral si no hay acusación formulada por persona ajena al tribunal sentenciador». Es una directa manifestación del principio acusatorio y tiene estrecha relación con la correlación y con la vinculación de la sentencia a la calificación jurídica de la acusación.

En tercer lugar, del principio acusatorio se deriva el enunciado estricto de la correlación: «que no puede dictarse sentencia ni por hechos distintos de los acusados ni respecto de persona distinta de la acusada».

- ✓ ***No pueden atribuirse a los juzgadores poderes de dirección material del proceso que cuestionen su imparcialidad.***

Como hemos dicho, los poderes de dirección material son aquellas potestades judiciales que afectan al objeto del proceso. Referidas estas potestades al objeto del proceso pueden representar un problema para la vigencia del principio acusatorio.

El juez ejerce los poderes de dirección material de dos maneras. La primera, mediante la aportación de hechos al proceso, y la segunda, a través de la aportación de prueba sobre los mismos.

Respecto a la potestad de aportación de hechos, ésta se debe poner en relación con el principio acusatorio en cuanto forma de obtener la posición de imparcialidad del juez. Esta consideración ha de hacernos concluir que su intromisión en la determinación del objeto procesal debe estar prohibida. La «aportación de hechos no puede corresponder al juez»[80], ya que el objeto del proceso debe ser introducido por la parte acusadora, de modo que cualquier actividad judicial tendente a la introducción de éste debe ser desechada. Dicho de otro modo, la exclusión de estos poderes materiales del juez está plenamente justificada en la vigencia del principio acusatorio. En último término, por la necesidad de imparcialidad del tribunal. Así, el que acusa introduce el objeto del proceso y éste debe ser un órgano distinto del juzgador.

Con todo, lo anterior no quiere decir que el juez quede absolutamente impedido de estimar cualquier hecho que no haya sido alegado por la acusación o la defensa. Al contrario, el juez debe estimar de oficio ciertos hechos cuando fluyan de la prueba, aunque no hayan sido alegados por las partes. Nos referimos a aquellos que hemos denominado accesorios (un hecho modificatorio, por ejemplo) y aquellos otros que se entienden pertenecer al objeto del debate sin necesidad de expresa alegación (hechos impeditivos o extintivos). En consecuencia, la prohibición se refiere sólo a la

[80] MONTERO AROCA, Juan, «El principio acusatorio...», *cit*, p.785; ROXIN, Claus, *Derecho procesal penal, cit.*, pp. 86-87.

aportación de hechos punibles nuevos o sustancialmente diversos de los introducidos por la acusación.

En cuanto a la segunda manifestación de los poderes materiales del juez, que es la aportación de prueba sobre los hechos, el criterio que prima en las principales legislaciones de Europea continental es que la aportación de prueba de oficio no constituye, necesariamente, infracción del principio acusatorio, ni constituye en sí misma una causa de falta de imparcialidad, de manera que es perfectamente admisible que el juez conserve cierta potestad para aportar prueba al proceso. MONTERO AROCA[81] considera expresamente que este poder material del juez no afecta la imparcialidad. Dice que «una cosa es que el juez pueda determinar el contenido fáctico

de la acusación, introduciendo hechos que se imputen al acusado, lo que sí afectaría a su imparcialidad, y otra cosa muy distinta es que, siempre respecto de los hechos acotados por los acusadores, pueda colaborar para determinar la existencia o inexistencia de los mismos».

- ✓ ***No puede haber juicio oral (¿o condena?) si no hay acusación formulada por persona ajena al tribunal juzgador.***

[81] MONTERO AROCA, Juan, «El principio acusatorio...», *cit*, pp.785-786.

La doctrina dice que también es consecuencia de la vigencia del principio acusatorio la regla de que no puede haber juicio oral (o condena) sin acusación formulada por sujeto ajeno al tribunal.

La exigencia es elemental y en principio no parece discutible. No obstante, se nos plantean dudas respecto de su amplitud, parecidas a las que se producen en el caso español[1175], en el sentido que podría haber una reformulación de la regla, desde la clásica regla de «sin acusación no puede haber juicio oral» a la de «sin acusación no puede haber condena»[82], con los consecuentes efectos que ello entrañaría, principalmente referido a la petición de absolución o a la retirada de la acusación. Para los que sustentan que lo que exige el principio acusatorio es que no haya juicio oral sin acusación, la petición de absolución o la retirada de la acusación, una vez presentada la acusación y abierto el juicio oral, no impide al juzgador condenar, porque la acusación ya produjo su efecto primordial que es la apertura del juicio oral y la introducción del objeto del proceso que se debe resolver.

A la inversa, para los que piensan que el principio acusatorio impone que no se puede condenar sin acusación, concluyen que la petición de absolución o la retirada de la acusación vincula al juzgador, quien se encuentra obligado a dictar sentencia absolutoria, ya que consideran que el objeto del proceso o la pretensión procesal se interpone perfectamente en las calificaciones definitivas, de modo que si en éstas se

[82] MONTERO AROCA, Juan, «El principio acusatorio...», *cit*, pp. 781-782.

abandona la pretensión y se pide la absolución o se retira la acusación el proceso quedaría sin objeto o pretensión.

El Código de Procedimiento no ha previsto regulación alguna sobre la petición de absolución o retirada de la acusación y acerca de sus posibles efectos, con lo cual habrá que recurrir a la interpretación teleológica e integradora de las normas procesales. Para ello se debe tener en cuenta que el nuevo Código se inspira en principios básicos referidos a la acción penal y a la acusación como son el principio acusatorio, el de legalidad y el de objetividad. A este respecto, se presentan dos problemas que están unidos, pero que son diferentes. Por una parte está el problema de determinar si el acusador, tanto público como privado, puede o debe pedir la absolución o retirar la acusación después que ha interpuesto acusación. Y por otra parte está el problema de precisar qué efectos tendrían dichos actos.

La primera cuestión referida a la posibilidad de pedir la absolución o retirar la acusación nos la planteamos desde la perspectiva del principio acusatorio vinculado a los principios de legalidad y de objetividad.

El principio acusatorio se materializa en diversas normas, pero las más elementales son aquellas que disponen que la acción penal pública y la acusación pública hayan de ser interpuestas y sostenidas por el MP.

En lo que nos interesa, el acusador público (y eventualmente el acusador particular) interpone la acusación antes de la apertura del juicio oral, de modo que su acusación inicial se produce antes de la práctica de la prueba en el juicio. Consiguientemente, la acusación se formula y se funda en el mérito de la investigación fiscal.

Pues bien, a continuación de la acusación pública (y particular) se prevé un segundo momento procesal denominado alegato de apertura, al inicio de la audiencia del juicio oral, también antes de que se practique la prueba, en el cual se debe sostener la acusación deducida con anterioridad. Cabe preguntarse si este acto procesal, en este momento inicial del juicio, puede ser el adecuado para que el acusador público pida la absolución o el acusador particular retire su acusación. A nuestro parecer la respuesta debe ser negativa. No es posible utilizar el trámite del alegato de apertura para realizar estas actuaciones.

El hecho de que el alegato de apertura se produzca al inicio de la audiencia del juicio oral, antes de la práctica de la prueba, debe hacernos pensar que en este acto no se puede producir ni aceptar ningún cambio en la formulación de la acusación, sino, más bien, debería constituir una oportunidad para presentarla oral y resumidamente, con la finalidad de facilitar la fluidez del debate del juicio. De tal suerte que, en nuestra opinión, el alegato de apertura no es el acto idóneo para pedir la absolución o retirar la acusación, pues las circunstancias que motivaron la acusación permanecen

inmutables, sin que haya ningún nuevo elemento de juicio —de prueba— que pueda justificar estas peticiones.

Sin embargo, después de practicada la prueba la Ley ha de establecer la oportunidad procesal para que las partes formulen sus conclusiones a la luz de los resultados de la prueba, el alegato final consiste en que las partes «expongan sus conclusiones». Pues bien, esas «conclusiones» han de ser aquellas que en uno u otro sentido se desprendan del resultado probatorio. Por eso, a nuestro juicio, es éste el momento procesal para hacer las modificaciones procedentes, incluidas las posibles peticiones de absolución o retiradas de acusación.

Ya tenemos la oportunidad procesal en la que sería posible pedir la absolución o retirar la acusación. Cabría plantearse, ahora, si para el MP esto es facultativo o si debe entenderse que pesa sobre él un deber en este sentido, si de las pruebas se desprende que falta algún elemento jurídico penal (hecho probado no delictivo o falta de responsabilidad penal, por ejemplo) o procesal (falta de prueba de algún elemento sustancial) necesario para condenar.

La aplicación de los principios de legalidad y de objetividad en la actuación del MP nos llevan a una consecuencia ineludible, como es que estos principios impiden sostener una acusación en contra de la evidencia probatoria y en perjuicio del acusado, ya que de otra manera se arribaría al absurdo interpretativo de concluir que

el MP está obligado o puede sostener una acusación que en su convicción no tiene fundamento fáctico o jurídico. La función acusadora no se puede exacerbar hasta el punto de que su ejercicio llegue a anular los principios de legalidad y de objetividad (el MP vela por la correcta aplicación de la ley). En virtud de estos principios el acusador público sólo puede pretender en juicio la condena del culpable, no la condena del acusado. Consecuentemente, habría que concluir que el MP, como mínimo, tiene el deber de retirar la acusación cuando ésta deja de tener fundamento, aunque si nos tomamos en serio el principio de objetividad habría de concluirse que sería preciso que el MP solicitara la absolución en este supuesto.

En efecto, todas las normas constitucionales y legales le atribuyen al MP la acción penal pública para que la ejerza en la forma prevista y regulada en la ley. Pues bien, el art. 33 del Código de Procedimiento Penal (CCP) establece que la debe ejercer el fiscal, sin necesidad de denuncia previa, lo que significa que se realiza de oficio cuando tomare conocimiento de un hecho que revistiere caracteres de delito, pero no en otro caso. Es decir, para el CPP el presupuesto de la acción (pretensión) es la probable comisión de un delito según la misma ley lo dispone, con lo que habría que deducir que si en algún momento, especialmente después de practicada la prueba, se dilucida la inexistencia del presupuesto de la acción (pretensión), ésta pierde sustento legal, y eso se tiene que reflejar en el acto apropiado: la petición de absolución o retirada de la acusación en los alegatos de clausura en que se presentan las conclusiones.

Resuelto que el acusador debe pedir la absolución (o retirar la acusación) cuando el resultado de la prueba lo reclama, en razón de los principios de legalidad y de objetividad, se nos plantea la cuestión de la vinculación del juzgador a la petición de absolución.

Solucionar esta cuestión en el CPP reclama tener en cuenta una cuestión muy precisa. Nos referimos a la idea básica de que el objeto del proceso se introduce por la acusación que se interpone una vez cerrada la investigación, y que dicho objeto se identifica por el hecho punible atribuido al acusado, quedando excluido del mismo la calificación jurídica. De ahí deriva que la calificación jurídica del hecho que se realiza en la acusación no debiera vincular al juzgador. Este artículo establece con toda claridad que la calificación jurídica no vincula al juzgador, sino en lo que respecta a la esencialidad del hecho punible, pudiendo dar al hecho una calificación jurídica distinta, pero advirtiendo a las partes durante la audiencia para que puedan debatir la calificación que les propone. Lo mismo debiera ocurrir en el caso de que el acusador considere pertinente la petición de absolución o la retirada de la acusación, debiendo entenderse como una cuestión jurídica que el tribunal podría perfectamente calificar de otra manera, desestimando la petición de absolución o los efectos de la retirada, siempre que se produzca el sometimiento a debate de la calificación del tribunal.

Por otra parte, si se contrapone el argumento de que en la práctica estas peticiones de los acusadores tienen relación, más que con la calificación jurídica de los hechos, con la valoración de la prueba producida en el juicio, en el sentido de estimarla como insuficiente para dar por probado todos y cada uno de los elementos fácticos-jurídicos en que reposa la acusación, de manera que la petición de absolución o la retirada de la acusación, significa, antes que una cuestión de calificación jurídica, una valoración de los acusadores de insuficiencia del mérito probatorio, esta argumentación de todas formas nos ha de llevar a la misma conclusión, es decir, que al igual que el argumento basado en la calificación jurídica, la valoración de la prueba la debe realizar el juzgador en la sentencia definitiva, no quedando condicionada o limitada por la valoración de la prueba que hagan las partes en sus actos de postulación ni en ningún otro acto jurídico procesal de obtención, pues la valoración del mérito de la prueba es la espina dorsal del juicio jurisdiccional en el cual el juzgador es soberano, con la única limitación de resolver conforme a Derecho. Y así, por lo demás, se establece la libre valoración de la prueba. Éstas son las reglas que corresponde aplicar en la hipótesis de petición de absolución o de retirada de la acusación. Es decir, si el fiscal aprecia que no hay delito o no hay responsabilidad o no hay suficiente prueba para condenar, esto no deja de ser una calificación y/o de valoración de la prueba, cuestiones que en último término deben ser resueltas por el juez, según sus propias facultades jurisdiccionales. Lo contrario implicaría la entrega de la misma calificación jurídica o de la valoración de la prueba al acusador, pudiendo en la práctica imponer el pronunciamiento de sentencias

absolutorias al juzgador, produciendo una privación de las facultades jurisdiccionales.

En este caso, el fiscal se convertiría en el sujeto que resuelve la causa penal, sustrayéndole al juez su más básica potestad.

Las razones precedentes son las que nos hacen desestimar una visión del «principio acusatorio más exigente», como la que ha pretendido la ley y la jurisprudencia española (aunque con importantes resistencias en la doctrina), en el sentido que su vigencia impondría la necesidad de que hasta el último momento del juicio se deba de sostener la acusación, de modo tal que si ésta es retirada o cambiada por una petición de absolución, el principio acusatorio impondría al juez el deber de dictar sentencia absolutoria.

En cualquier caso, la problemática de la distribución de poderes entre acusador y juzgador en la aplicación de la Ley penal es un tema que requiere de un serio y técnico debate, que ha de pasar por complejas valoraciones legales, constitucionales y políticas. Lamentablemente en Ecuador aún no se ha desarrollado el debate ni tampoco las valoraciones señaladas.

- ✓ ***No se puede dictar sentencia por hechos distintos de los acusados ni respecto de persona distinta de la acusada.***

La tercera manifestación del principio acusatorio es que no se puede dictar sentencia ni por hechos distintos de los acusados ni respecto de persona distinta de la acusada. Corresponde a lo que en propiedad se denomina deber de correlación en cuanto límite a la potestad de resolver.

A nuestro juicio esta expresión del principio acusatorio constituye la consecuencia refleja de las dos anteriores. Como hemos dicho, si es el acusador el que introduce los hechos al proceso mediante la acusación, y por el mismo principio se añade la exigencia de que no hay juicio sin ésta, resulta lógico arribar a la tercera consecuencia del mismo, consistente en que la sentencia tiene que resolver sobre aquello que se le ha sometido en la acusación, y no sobre otra cosa.

El deber de correlación lo hemos enunciado en un sentido estricto como la relación de limitación que impone el contenido fáctico de la acusación a la sentencia.

Separadamente analizaremos los condicionamientos a que pueden verse sometidos los poderes del juez respecto del contenido jurídico de la acusación y de la defensa, lo cual se relaciona ya no con el principio acusatorio, sino principalmente con la vigencia del derecho de defensa y del principio de contradicción que inciden en todo el objeto del debate en el juicio, y no solamente en el contenido fáctico del mismo.

Pues bien, si la correlación en sentido estricto se ciñe a regular la relación que impone el contenido fáctico de la acusación a la sentencia, habrá que estudiar en primer lugar el término limitador de la sentencia (la acusación), para luego atender a la manera y a la amplitud en que concretamente se ve limitado el poder del juez en la sentencia: el término limitado.

- **Forma en que surge la acusación en el proceso: relación entre la formalización de la investigación y la acusación.**

El CPP establece la vinculación de la acusación a la formalización de la investigación. La acusación pública o particular no puede exceder el contenido de la formalización de la investigación en lo que se refiere al hecho punible y al sujeto imputado. Respecto del hecho punible sólo se puede formular acusación por el mismo hecho o hechos de la formalización de la investigación o por una parte de él o ellos, pero no se puede acusar por uno esencialmente distinto, con lo cual nuevamente se pone de manifiesto la progresiva y paulatina depuración del objeto del proceso durante todo el juicio hasta llegar a la más perfecta formulación del mismo en la acusación. Es así que el primer acotamiento del objeto procesal se produce con la formalización de la investigación, que ha sido fruto de la investigación previa del MP, constituyendo un referente limitador para las facultades de acusación.

- ✓ **La acusación como término de correlación (comparación) limitador.**

La acusación es el término de correlación (comparación) limitador de la sentencia en cuanto es el acto de postulación por el cual se fija con precisión el objeto del proceso, es decir, el hecho atribuido al acusado, además de la calificación jurídica del mismo.

En el caso del Derecho español, conforme se ha interpretado la LECrim por la jurisprudencia y la doctrina —y lo mismo en el Derecho italiano[83] y alemán[84]—, se establece que el término de correlación (comparación) son las calificaciones definitivas o la imputación o acusación como se presente después de la vista del juicio oral y una vez practicada la prueba, ya que tras el resultado probatorio puede haber necesidad de reformular parcialmente la acusación, de modo que sólo después de este momento se tiene la acusación definitivamente depurada y establecida. La sentencia debe guardar correlación con esta acusación.

---

[83] En el *Codice di procedura penale*, art. 521. *Vid.* FASSONE, Elvio, *Manuale Pratico del nuovo processo penale* (con Fortuna, Dragone, Giustozzi y Pignatelli), Cedam, 3ª edic., *Padova*, 1993, pp. 845-847; RAFARACI, Tommaso, *Le nuove…, cit.*, pp. 33 y ss.; CORDERO, Franco, *Procedure penale*, *cit.*, pp. 449-455; CALAMANDREI, Iolanda, «Diversità del fatto…», *cit*, pp. 643 y ss; GIANNITI, Pasquale, «Rilievi sul fatto…», *cit.*, pp. 412 y ss.; GIARDA, Angelo y SPANGHER, Giorgio, *Codice di procedura penale…, cit.*, pp. 1463 y ss.

[84] En la StPO alemana se debe tener presente la exquisita regulación de los parágrafos 264 y 265. *Vid.* ROXIN, Claus, *Derecho procesal penal, cit.*, pp. 160-161; GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis, *El proceso penal alemán..., cit.*, pp. 39-42 y 366-367.

El CPP dispone que la acusación se interponga, si es que hay mérito para ello, una vez concluida la etapa de investigación, con arreglo a lo dispuesto en el art. 251. En esta regulación, no obstante, el CPP deja abierto un punto que a nuestro juicio puede traer un cierto grado de incertidumbre si no se intenta esclarecer. Nos referimos a la falta de previsión normativa expresa de una oportunidad posterior a la práctica de la prueba que tenga la finalidad de adecuar las conclusiones fácticas y jurídicas de la acusación inicial , ya que ésta se basa en puros antecedentes de la investigación: fuentes probatorias que todavía no han producidos sus efectos jurídicos en el juicio, de modo que la acusación inicial es una acusación con base en conjeturas sobre lo que será la prueba. De ahí su radical provisionalidad. Analizadas las cosas desde esta perspectiva se muestra absurdo proponer que la falta de expresa regulación de un segundo acto acusatorio pueda implicar la intención del legislador de establecer un sistema de preclusión acusatoria rígida previo a la misma producción de prueba.

Entonces, la acusación inicial que se realiza en la etapa intermedia o de preparación del juicio oral es una acusación provisional en cuanto no puede recoger las modificaciones que probablemente sea menester realizar, considerando el resultado probatorio.

Establecida la provisionalidad de la acusación precedente necesitamos encontrar el acto y el momento procesal oportuno en el cual se debe interponer la acusación definitivamente, con el fin de saber precisamente cuál es el término de comparación

de la sentencia. Ésta ha de ser la acusación planteada definitivamente en el juicio oral.

La Ley procesal ecuatoriana, empero, guarda silencio normativo, silencio que nos obliga a hallar una solución razonable a este respecto. Después de la acusación y ya dentro del juicio oral, hay dos actos de parte acusadora fundamentales.

- ✓ **Las modificaciones en las conclusiones del Fiscal y el derecho de defensa y principio de contradicción.**

El término de correlación de la sentencia es la acusación que se formula tras la práctica de la prueba en el denominado «alegato final». Esta afirmación, como es evidente, parte del supuesto de que es posible que la acusación inicial (de la fase intermedia) sea modificada en algunos de sus aspectos a causa del resultado probatorio. Corresponde entonces plantearse si las probables modificaciones tienen algún límite y siendo así cuál es éste.

Lamentablemente el CPP no dispone de reglamentación alguna que regule el régimen de modificaciones sobre la acusación inicial, por tal motivo no queda otra salida que deducir del Código, nuevamente, una reglamentación razonable.

A nuestro juicio, las modificaciones que podrían hacerse a la acusación inicialmente interpuesta debieran estar inspiradas en la misma idea base expuesta en la doctrina española, es decir, debieran respetar la identidad del objeto del proceso introducido al juicio oral mediante la primera acusación.

Respecto al hecho punible, sólo se podrían admitir modificaciones de carácter accidental, sin que llegaran a producir cambios de carácter esencial que supongan romper la identidad del hecho. De lo contrario, en caso de admitir la modificación fáctica sin este límite se estaría autorizando al acusador a introducir unilateral e intempestivamente un nuevo objeto del proceso a enjuiciamiento en las postrimerías del proceso, y sin que haya mediado posibilidad alguna de realizar una adecuada actividad preparatoria de la defensa respecto de ese nuevo objeto procesal en las etapas precedentes del proceso. En cuanto a las modificaciones de la calificación jurídica, se pueden admitir libremente, con la única limitación referida a la identidad del objeto del proceso. En otras palabras, siempre que la calificación no suponga un cambio sustancial o esencial del hecho.

Fijados la amplitud y límite de las modificaciones a la acusación inicial derivadas del resultado probatorio, se suscita el problema de la necesidad de reaccionar frente al cambio fáctico-jurídico que se pudo haber producido en la acusación, es decir, a la necesidad de preparar con cierto tiempo la defensa, incluso con aportación de nueva prueba, cuando se producen estos cambios.

- **Objeto del proceso definido por el hecho y correlación de la sentencia con la acusación.**

En el CPP hay disposiciones relevantes con miras a delinear el objeto del proceso: los arts. 1, 5, 55 y 304. A. Estos contienen la clave del objeto del proceso en el nuevo sistema.

El art. 304 es el que directamente regula la correlación. Este artículo, según hemos anunciado, nos ofrece una regulación que es clara al reglamentar el contenido del objeto del proceso con vista al deber de correlación, pues declara explícitamente qué elementos de la acusación deben ser respetados por la sentencia y qué otros, a pesar de ser parte de la acusación, no demandan la correspondencia de la sentencia.

Por consiguiente, queda claro que el concepto de objeto del proceso recogido en la Ley se define por el hecho punible y que se excluye del mismo a la calificación jurídica, dejándola en manos del tribunal en virtud de la facultad de la aplicación del Derecho, aunque condicionada por el presupuesto de eficacia de sometimiento a contradicción de la tesis de calificación del tribunal.

Por otra parte, perfectamente coincidente con el objeto del proceso es el definido para la función excluyente o negativa de la cosa juzgada: principio del *non bis in*

idem (y la litis pendencia), que lo consagra como la proscripción del doble enjuiciamiento del mismo hecho, al declarar que «La persona condenada, absuelta o sobreseída definitivamente por sentencia ejecutoriada, no podrá ser sometida a un nuevo procedimiento penal por el mismo hecho».

Resulta, sin embargo, que al llegar a la conclusión de que el objeto del proceso viene definido por el hecho punible y que la sentencia debe ser congruente con el hecho de la acusación no hacemos nada más que resolver el problema desde un punto de vista formal solamente, ya que seguimos sin saber en concreto con qué cosa ha de ser congruente la sentencia. Para resolver esta cuestión hay que intentar establecer lo que sea el hecho punible desde el punto de vista procesal penal.

En la doctrina comparada la cuestión ha sido bastante estudiada, mientras que en la doctrina ecuatoriana ni siquiera se ha tocado superficialmente.

La cuestión demanda establecer cuáles son los criterios que desde un punto de vista procesal permiten determinar la identidad del hecho y que, por lo tanto, hacen posible discernir cuándo se ha operado una modificación en la sentencia que convierte al mismo en uno diverso del que se contenía en la acusación. Si no se sabe a ciencia cierta qué criterio define la identidad del hecho es «perfectamente imposible» establecer juicios de decisión uniformes que permitan determinar qué es lo que significa el deber de correlación[1206]. La jurisprudencia del antiguo sistema

operaba con criterios casuísticos que no obedecían, como hemos visto, a ningún orden teórico o, por lo menos, no se expresaba ninguno con una cierta coherencia. El problema amenaza con perpetuarse en el nuevo Código, pues la doctrina y la jurisprudencia, como hemos dicho, todavía ni se plantean el problema. Es tan notoria la carencia en el medio jurídico ecuatoriano que, ciertas situaciones de una obviedad manifiesta, cuando han sido formuladas a los tribunales, han sido en su momento mal resueltas.

En efecto, la falta de criterios claros de lo que sea el hecho desde el punto de vista procesal penal (que no es lo mismo que el hecho desde el punto de vista penal sustantivo) ha llevado a que se plantee la infracción del deber de correlación de la sentencia porque ésta añade un detalle al relato fáctico de la sentencia, entendiendo la correlación de la sentencia como si se tratara de un deber de traslado o transliteración del relato de la acusación al relato de hechos probados de la sentencia, con lo cual se entiende que el relato fáctico de la sentencia no puede diferir en nada respecto del relato fáctico de la acusación. El riesgo de que esto se interprete de esta manera es evidente cuando se carece de un buen análisis teórico.

- **Aplicación de la teoría normativa del hecho y su relación con el fenómeno de la progresión-regresión delictiva basada en la modificación de la imputación fáctica**

En la parte de esta investigación dedicada al Derecho español hemos incidido con bastante detalle sobre el efecto que implicaba mantener una visión normativa del objeto del proceso. En síntesis, la construcción de un único objeto del proceso para correlación y cosa juzgada (y litis pendencia) basado en la concepción normativa del hecho suponía dejar de lado a fines de identidad del objeto procesal varios aspectos fácticos, que no eran desde este punto de vista relevantes. Sin embargo, esos extremos (nexo causal, resultado, aspecto subjetivo del hecho, o incluso su especificación espacio-temporal, entre otros) sí producen precisos efectos jurídico-penales. Es decir, quedaban fuera de la consideración del objeto procesal varios aspectos fácticos, que, no obstante, eran penalmente relevantes.

Consecuencia de esta doctrina era que el juez, en principio, no se hallaba limitado por estos aspectos fácticos ni por su modificación. Podía enjuiciarlos aunque no fueran introducidos por la acusación, ya que ello no implicaba mutación del objeto procesal ni, por tanto, infracción del principio acusatorio. Empero, el problema no es tan simple, pues, como hemos dicho, la modificación fáctica sobre los aspectos mencionados produce efectos jurídicos. El fenómeno técnico que nosotros entonces describíamos era que la teoría normativa dejaba sin solución el problema de los hechos en cuanto a lo que hace a la relevancia jurídico-penal de estos. Por tal motivo, el problema recobraba importancia a propósito de la calificación jurídica del hecho, pues detrás de ésta suele esconderse u ocultarse en verdad una modificación fáctica,

que, siendo accesoria, no obstante, modifica el efecto jurídico del hecho. De esta manera se traslada la cuestión al tratamiento de la calificación jurídica.

Este fenómeno producido por la doctrina normativa ha dado lugar a lo que hemos denominado progresión-regresión delictiva, como también a la parcial desviación típica (heterogeneidad delictiva). Si tuviéramos que sintetizar la idea base que late detrás de estas materias habría que decir que se trata del resultado del entrecruzamiento de los hechos que se pueden modificar en sentencia y la consecuencia jurídico-penal que ello acarrea para la calificación jurídica que sube o baja, o que se desvía (heterogeneidad), en el entramado de figuras penales establecidas por el legislador penal. Sucede que detrás de lo que se suele presentar como modificación de la calificación jurídica casi siempre se disimula alguna modificación fáctica del hecho, pero que desde una visión normativa del mismo es intrascendente.

Esta es sin duda la principal consecuencia de la teoría normativa del objeto procesal. También es la situación que se presenta con más frecuencia y la que, por tanto, puede llevar a plantearnos más problemas concretos. Muchas son las posibilidades de que modificado un aspecto fáctico intrascendente para el objeto procesal, dicha modificación dé lugar a la progresión-regresión o a la desviación típica. Desde luego, la modificación en sentencia del nexo causal o del resultado podría dar pábulo a la

progresión-regresión, al pasar a un título delictivo diverso respecto del sostenido en acusación.

Lo mismo va a acontecer con las circunstancias fácticas en virtud de las cuales el legislador penal establece las figuras agravadas en relación a las figuras bases. La circunstancia fáctica no altera en absoluto el hecho procesal ni el bien jurídico lesionado, pero puede dar lugar a un delito calificado o agravado respecto del simple. Tanto en unos como en otros supuestos señalados el juez puede añadir o quitar dichos elementos fácticos sin afectar la correlación ni el principio acusatorio (desde la perspectiva normativa).

En la doctrina normativa carece también de relevancia procesal la modificación del aspecto subjetivo del hecho. El ánimo con el cual se ha desplegado la conducta delictiva no importa a efectos de identificación procesal del hecho. No obstante, una modificación en sentencia de este aspecto determinará la modificación del tipo subjetivo a doloso o culposo. En la jurisprudencia española este supuesto ha sido tratado como caso de heterogeneidad delictiva, aunque sin mucha claridad. Más allá de si se trata de un supuesto de heterogeneidad o si puede ser considerada propiamente un supuesto de progresión-regresión, el principio es el mismo al de los casos precedentes: la modificación fáctica, en esta hipótesis, hace avanzar o retroceder la calificación jurídica, en este caso pasar a distinto tipo subjetivo penal dentro del mismo título de condena.

Otras veces el lado subjetivo del hecho, como la existencia de un ánimo específico añadido al dolo propio del delito puede ser la base de una figura agravada o calificada, en cuyo caso el *factum* subjetivo indudablemente se convierte en el fundamento de una estricta progresión-regresión delictiva. Acontece de esta forma, por ejemplo, en los casos de los homicidios calificados (asesinatos) cuando se trata de las circunstancias de premeditación, alevosía o ensañamiento. Todas suponen la concurrencia de un ánimo especial en el sujeto activo y que ha de quedar demostrado en juicio que efectivamente actuó movido por ese plus de intención sobre el dolo de matar mismo (*animus necandi*).

En los casos precedentes (todos) el problema gravita sobre el hecho modificado en sentencia y de qué manera esa modificación fáctica sirve de base a una calificación jurídica distinta de la formulada en la acusación.

La evidencia del fenómeno jurídico que describimos sólo se va a manifestar en la sentencia y bajo la forma de una modificación de la calificación jurídica (acusatoria).

En consecuencia, la pregunta que corresponde formular a este respecto es cómo se debe enfrentar esta situación cuando aparezca una sentencia que «modifica la calificación jurídica». ¿Deben admitirse sin ninguna limitación o condición las modificaciones fácticas que producen efectos jurídico-penales, con tal que no conmuevan la identidad normativa del objeto del proceso, o se han de poner ciertas

condiciones que restrinjan las modificaciones a la imputación fáctica que alteran la calificación jurídica? La jurisprudencia y doctrina española ha intentado responder a la cuestión, aunque no siempre con mucha precisión y, a veces, sin claridad de cuál era el problema preciso. Con todo, se ha aproximado a la solución a través del concepto de la homogeneidad delictiva (y la heterogeneidad). En Ecuador todavía no se ha producido ni tan siquiera la detección del problema. No se trata ahora de repetir lo dicho a propósito del tratamiento del Derecho español, sino de recoger la sustancia del desarrollo jurisprudencial y teórico y ver si ofrece alguna utilidad para el caso ecuatoriano. ¿Se puede aprovechar la doctrina de la homogeneidad (ascendente y descendente) y de la heterogeneidad delictiva y el régimen de efectos que de ellas se derivan?

La duda en consecuencia es cómo se va a responder en el caso ecuatoriano ante situaciones de modificaciones sobre la calificación jurídica cuando ésta tenga como base una modificación fáctica. ¿Se podrá aplicar el modelo español que tolera las modificaciones calificatorias cuando se trata de desplazamientos a figuras menos complejas?

A grandes rasgos se puede decir que dos figuras delictivas son homogéneas cuando poseen una estructura típica compartida. Ahora bien, se afirma que esa homogeneidad es descendente cuando la sentencia desciende en esa misma estructura típica a figuras penales iguales o degradadas, con estructura típica equivalente o más

simplificada o con menos elementos típicos relevantes respecto de la sostenida en la acusación. La homogeneidad, en cambio, será ascendente cuando el juez vaya desde una estructura típica más simple formulada en la acusación a una figura penal que implique una estructura típica más compleja, que suponga uno o más elementos típicos añadidos a la estructura sostenida en acusación.

Habría que concluir en el caso ecuatoriano, igual como hace la jurisprudencia y doctrina española, que la homogeneidad descendente no plantea mayores problemas al derecho de defensa del acusado, pues de lo que se trata es de que el juez se desplace en sentencia a una figura cuya estructura penal es más simple, de modo que todos sus rasgos típicos ya estén contenidos en la figura penal invocada por la acusación, y el acusador, por lo tanto, pueda conocer y defenderse de todos los elementos que en definitiva sirven de base a la sentencia de condena. El juez, en definitiva, ha retrocedido en el entramado de figuras o tipos penales previstos por la Ley. Esto sucederá fundamentalmente por una cuestión inherente a la propia labor de enjuiciamiento. El juzgador puede valorar que la prueba no ha sido suficiente para acreditar todo el hecho punible de la acusación, pero sí uno menor. Se prueba parcialmente el relato fáctico, el cual ya no satisface la primera figura en todos sus elementos típicos, aunque sí otra menos compleja, así, por ejemplo, el tipo base y no el tipo agravado de una determinada categoría delictiva.

Distinta es la situación de la homogeneidad ascendente, pues en ella el juzgador sube en el entramado de figuras o tipos previstos en la Ley, y ello muy probablemente se deba a que el juzgador ha dado por probado algún aspecto fáctico no específicamente alegado por la acusación y que produce un efecto agravatorio. En definitiva la sentencia da por probado un elemento fáctico que satisface algún elemento típico de un delito más grave, ubicado más arriba en el entramado legal. En otras palabras, se produce una progresión delictiva a causa de la ampliación de la imputación fáctica.

Para el caso de Derecho ecuatoriano, en consecuencia, no habría de admitirse la homogeneidad descendente. El poder de calificación jurídica no autorizaría al juzgador a estimar en sentencia una calificación jurídica del hecho más grave que la formulada en acusación. El argumento principal para mantener esta posición contraria a la homogeneidad ascendente se halla en el derecho de defensa. Esta garantía procesal impondría el deber de no modificar la calificación jurídica por una mayor, ya que ello supondría que respecto del nuevo elemento agravatorio no se produjere un debate contradictorio entre las partes.

Problema vinculado al anterior, pero distinto, es el que atiende a la formulación de tesis del juez como vía adecuada para dar entrada a una calificación jurídica ascendente basada en la ampliación de la imputación fáctica. En efecto, la jurisprudencia y doctrina española[1262] se han manifestado contrarios a que en virtud de los poderes de calificación jurídica del juez éste pueda estimar de oficio y de

forma incondicionada una calificación jurídica más grave que la sostenida en acusación. Pero, junto a lo anterior, se plantea que dicha imposibilidad no es absoluta, sino que, al contrario, los poderes de calificación en estas hipótesis se hallan sometidos a un presupuesto de eficacia, cual es la utilización de tesis por parte del juez, de manera que si éste quiere considerar en sentencia la posibilidad de una calificación jurídica más grave debe, en todo caso, formular previamente una acusación. La jurisprudencia posteriormente exigió que esa tesis fuera asumida por alguno de los acusadores, y sólo así se hizo posible la sentencia condenatoria ha dicho título.

5. MATERIALES Y MÉTODOS.

5.1-. MATERIALES.

De acuerdo a lo establecido en la fase pertinente del proyecto, en lo principal, el presente trabajo se orienta por la metodología científica de la investigación, y por ello parte del planteamiento de una hipótesis y de tres objetivos específicos entorno a los cuales se ha construido todo un amplio acopio teórico y empírico que permita su verificación y contrastación como requisito para la validación del presente trabajo.

El presente proceso investigativo, se caracteriza por la observación pormenorizada de la problemática de la correlación imputación sentencia en la realidad judicial ecuatoriana, estableciendo presupuestos que serán tratadas a través de un gran proceso de investigación bibliográfica y documental, dado el carácter esencialmente teórico y jurisprudencial del presente estudio.

Luego de ejecutado el proceso investigativo, he procedido a la redacción del informe final, contemplando los lineamientos metodológicos idóneos para el efecto, así como la normativa vigente en la universidad nacional de Loja, y las instrucciones impartidas para el efecto por el Programa de Maestría de Ciencias Penales del nivel de Postgrado del área Jurídica Social y Administrativa.

5.2-. METODOS.

La tesis que pretendemos realizar tiene las características de una investigación de corte doctrinal y jurisprudencial, y en ese sentido los **métodos de investigación** utilizados serán: el *jurídico comparado*, el cual posibilitará, una vez recopilados los principales

códigos procesales penales, analizarlos y extraer posibles elementos trascendentales que coadyuvaran a lograr la solución del problema; el *histórico lógico*, permitirá conocer la evolución y desarrollo del principio de correlación imputación sentencia, así como su conceptualización, considerando sus particularidades esenciales; *el exegético-analítico*, con este método propio de las ciencias jurídicas al igual que el derecho comparado, se profundizará en el estudio de la regulación de la correlación imputación sentencia, fundamentalmente en nuestro país. Además serán usados los Métodos Generales de las ciencias tales como la inducción-deducción y el análisis-síntesis.

Utilizamos además la observación, teniendo en cuenta las características de la investigación, este es un método universal y está presente en todas las etapas de la investigación: organizativa, preparatoria y transformadora, y el análisis de documentos. Este método brinda la posibilidad de obtener información de documentos, investigaciones, realizando una revisión bibliográfica para extraer información de libros, leyes, revistas, enciclopedias y otros artículos tanto nacionales como internacionales, sobre las temáticas, objeto de la investigación.

Las **técnicas** empleadas serán: *la revisión bibliográfica*, posibilitará analizar toda la bibliografía sobre la temática a investigar o vinculada a ésta, los principales autores, comenzando por las fuentes primarias y después revisando las secundarias o indirectas; *el análisis de documentos,* que comprende jurisprudencia nacional e internacional sobre la temática, y la Consulta a Expertos (método Delphi), es un método sociológico que a su vez incluye entrevistas, encuestas y conversación con expertos, mediante este método se obtiene información y experiencias prácticas de tanto operadores de la Justicia.

6. DISCUSIÓN DE RESULTADOS

Los objetivos propuestos para ser verificados dentro de la presente investigación es la siguiente:

6.1. VERIFICACION DE OBJETIVOS

OBJETIVO GENERAL

Formular presupuestos teóricos y metodológicos para la interpretación e implementación del principio de correlación imputación sentencia, en la legislación procesal penal, a partir de la inclusión del mismo como idea directriz en el proceso penal, lo cual favorecerá la aplicación efectiva de la justicia material en el mismo.

La amplia base doctrinaria, jurídica y crítica que consta en las páginas que anteceden, así como los contenidos que se tratan en forma minuciosa, permiten establecer que efectivamente se ha realizado un profundo análisis de carácter jurídico con respecto a la correlación imputación sentencia en la legislación ecuatoriana, por lo que se puede verificar, que este objetivo pudo ser alcanzando en forma satisfactoria.

OBJETIVOS ESPECIFICOS

1. Caracterizar las peculiaridades del principio de correlación imputación sentencia en el proceso penal, partiendo de las diferentes concepciones que existen sobre el mismo.

El desarrollo de esta investigación implicó un especial tratamiento de características de la correlación imputación sentencia en la doctrina y dogmática jurídicas contemporáneas, ofreciéndose un pormenorizado estudio de la mencionada institución desde su génesis hasta su desarrollo actual, abracando estudios de la doctrina y jurisprudencias españolas e italianas, por cuanto se verifica este objetivo satisfactoriamente.

2. Determinar las formas de instrumentación del mencionado principio en la legislación procesal penal ecuatoriana, referido a los aspectos tanto de *lege lata* como de *lege ferenda*.

Inicio mi análisis con el fundamento de su no declaración como principio cardinal del proceso penal en el Ecuador, lo que limita su apreciación como máxima del mismo en el desenvolvimiento del procedimiento penal. Esto trasciende a su escaza referencia en dicha legislación procesal penal vigente, donde solamente en los artículos 1, 5.1, 226 y 315, se hace mención al mismo de manera mediata. Uniéndose a ello su vulneración por la práctica procesal, estableciéndose una vulneración del debido proceso penal, que se entronca con las garantías que el mismo exige como principio cardinal del mismo. Ofreciéndose una amplia jurisprudencia que avala lo anterior; por tanto se deja claro este objetivo ha sido comprobado satisfactoriamente.

3. Valorar la procedencia de instrumentar presupuestos teóricos y metodológicos para la interpretación e implementación del principio de correlación imputación sentencia, en la legislación procesal penal ecuatoriana.

La conformación de un conjunto de presupuestos teóricos permite instrumentar en nuestra legislación procesal una adecuada articulación del mencionado principio que en su integración pueden constituir la base de una futura metodología, a ser empleada, bien al instante de configurar la legislación procesal penal y constituya punto de partida para los operadores jurídicos en el desempeño de su función de impartir justicia.

6.2. CONTRASTACION DE HIPOTESIS.

La hipótesis planteada para ser contrastada a través del desarrolló del presente trabajo investigativo, se estructuró de la siguiente manera:

Se puede realizar una mejor interpretación e implementación del principio de correlación imputación sentencia, en el proceso penal ecuatoriano, si se determina el conjunto de presupuestos teóricos y metodológicos a implementar en la mencionada legislación, lo que coadyuvaría a la aplicación efectiva de la justicia material en el mismo.

Para la contrastación de este supuesto hipotético me parece adecuado e importante remitirme a los siguientes fundamentos obtenidos del desarrollo de la presente tesis:

La congruencia entre la imputación y la sentencia es una regla del debate surgida como consecuencia lógica de los principios de contradicción y de defensa, de ahí que su fundamentación jurídica esté en íntima relación con la de éstos y con el derecho del acusado a un "*proceso con todas las garantías* ", pues, como tuvimos ocasión de ver, aquél no suele tener explícito reconocimiento en las constituciones modernas.

Su origen se halla en el antiguo brocardo " *ne procedat iudex ex officcio* ", que, siendo propio del sistema acusatorio de enjuiciamiento, implica la distribución de funciones procesales (acusación – defensa – juzgamiento) y conlleva la prohibición de su hibridación o entremezclamiento, con lo que los sujetos postulantes o promoventes no pueden desempeñarse como sujetos de la decisión de las *litis* y viceversa.

El órgano jurisdiccional en la resolución definitiva debe ajustarse al objeto del proceso, no pudiendo variar o alterar los términos en que se desarrolló el debate judicial, lo que comporta la obligación de decidir sobre todos los tópicos propuestos por las partes y la prohibición de pronunciarse sobre cuestiones no planteadas por éstas ni sujetas al debate, pues esto último negaría la propia esencia del principio de contradicción al resolverse de forma definitiva un punto que no ha sido suceptible de discusión y de polémica.

En el rito penal no tiene vigencia – tal y como se deduce de lo antes expuesto – la "*mutatio libelli*" del proceso civil, es decir, no es mutable el objeto de la petición. Por

eso, cuando la sentencia hace suyas las variaciones significativas y esenciales del fundamento fáctico y cuando incorpora a su relato con calidad de responsables penalmente a personas contra las que no ejercitó la acción penal, sin antes conceder a aquél y a éstas la posibilidad de defenderse, además de producir un notorio estado de indefensión, se ocasiona una ruptura del principio de congruencia.

Siendo esto así, parece lógico que las legislaciones inspiradas en este principio prevean reglas y formalidades dirigidas a evitar situaciones capaces de producir su ruptura y de ocasionar estado de indefensión.

De lo visto hasta aquí, se colige que la falta de correlación entre el objeto de la sentencia y el de la imputación puede ser de dos tipos. Ellos son:

A) **Incongruencia infrapetita (u omisiva):** Cuando en la resolución definitiva el órgano jurisdiccional no ha solucionado de modo razonado una de las cuestiones planteadas por las partes en sus conclusiones definitivas con trascendencia al fallo. Esto suele interpretarse doctrinal y jurisprudencialmente como una "denegación *técnica de justicia"* o una "lesión *al derecho de tutela judicial efectiva*".

B) **Incongruencia extrapetita (o por exceso):** Cuando el Tribunal del juicio en su resolución conclusiva se excede de los términos o límites marcados por el objeto de

la acusación y del debate, pronunciándose o resolviendo en la misma puntos no alegados por las partes ni sometidos a la discusión. La jurisprudencia y la doctrina la consideran como un quebrantamiento del principio de contradicción o competitividad.

La sentencia incongruente, de cara a la teoría general de los actos procesales, se halla – en relación a los posibles vicios – en una situación de anulabilidad. Ello equivale a decir que no es por sí misma nula y que no puede ello denunciarse y corregirse de oficio, sino exige que las partes, una vez concluido el proceso, la pongan de relieve impugnándola. Por tal motivo, es imprescindible que las legislaciones de este subsistema autoricen recurrir por estos motivos.

La poca claridad de estos fundamentos en nuestra legislación procesal confirma que la hipótesis es positiva.

7. CONCLUSIONES.

***PRIMERA*:** Comprobamos que el deber de correlación obliga a formularse, en primer lugar, la necesidad de justificar el instituto en definiciones previas vinculadas al sistema procesal en su conjunto. La búsqueda de soportes normativos superiores, que nosotros hemos encontrado en el principio acusatorio (imparcialidad del juzgador), por las amplias y precisas explicaciones señaladas, nos impuso otras definiciones. En efecto, lo que fuere el principio acusatorio, su contenido, implicó, a su vez, el preguntarse por el objeto del proceso penal (por su contenido procesal relevante) y por los efectos que de allí se iban a desprender. Hubo necesidad entonces de adoptar una posición sobre la acción procesal y sobre la pretensión punitiva y la pretensión procesal. En esta toma de posición se descartó la existencia de una verdadera pretensión punitiva. Llegamos a sostener de esta manera que la acción procesal es un derecho al proceso, y puestos en esta tesitura concluíamos que ésta (la acción) a lo más se podía identificar por un hecho punible atribuido a un sujeto, nunca por una calificación jurídica ni por una petición de pena. De esta primera consideración técnica viene a derivarse un «no contenido» del principio acusatorio, y, *contrario sensu*, un contenido positivo que queda limitado a lo fáctico.

***SEGUNDA*:** No obstante haber adoptado una posición abstracta sobre la acción, hemos insistido y creemos haber demostrado la utilidad de considerar y reconocer a la pretensión procesal (con un sentido procesal, y no material). La consideración de la

acción abstracta, como forma de justificar el acceso al proceso y la actividad jurisdiccional se debe complementar con un término que justifique la actividad acusatoria, la cual no se limita ni se satisface con la mera introducción de hechos al proceso, sino con una efectiva y completa petición punitiva. El carácter triádico y dialéctico exige que la función acusatoria sea lo más completa posible, igual como sucede naturalmente en el proceso civil. Se requiere en consecuencia de una pretensión.

***TERCERA*:** Sentada las dos conclusiones precedentes, todavía es menester distinguir los distintos contenidos de la pretensión y fijar lo que sea el objeto del proceso y el objeto del debate por separado. El objeto del proceso está conformado sólo por el fundamento (fáctico) de la pretensión, es decir, por el hecho punible. Se excluyen de éste la calificación jurídica y la petición de pena. Sin embargo, estos contenidos no son absolutamente irrelevantes desde un punto de vista procesal. Como contenidos de la pretensión conformarán el denominado objeto del debate, el cual también se halla integrado por las alegaciones de la defensa e, incluso, por el contenido de la tesis. La utilidad procesal de reconocer el objeto del debate —con un contenido más amplio que el del objeto del proceso— es que permite marcar con precisión esferas o ámbitos operativos perfectamente diferenciados al principio acusatorio y al derecho de defensa y principio de contradicción. El primero, el principio acusatorio, se dirige y satisface con la introducción y fijación del objeto procesal, cual es el fundamento de la pretensión: el hecho punible. En ningún caso la calificación jurídica y la petición de penal, pues ello implicaría una disposición material de un derecho o, mejor, de un poder que no

corresponde al acusador: la aplicación del Derecho penal. Empero, la pretensión es una necesidad y una realidad innegable en cualquier proceso penal de «partes». En consecuencia, aquellos contenidos que quedan fuera del objeto procesal irán a integrar el objeto del debate, que, junto a otros contenidos posibles que se pueden suscitar en el juicio, marcarán la amplitud con que se debe producir el debate contradictorio del juicio.

***CUARTA*:** La correlación *strictu sensu* se produce con el hecho punible y con el acusado al que se le atribuye, pues son éstos los términos objetivos y subjetivos que imponen sus límites al juzgador: estos son los términos del objeto del proceso. El objeto del debate no establece límites al juzgador, lo cual queda claro si se considera que el mismo juzgador puede ampliarlo a través del planteamiento de tesis, salvo que se entienda que la tesis no habilita al juez para dictar sentencia conforme a la misma si no ha sido previamente asumida por alguna de las partes.

***QUINTA*:** Todas las conclusiones previas sólo adquieren sentido cuando son acompañadas de una precisa concepción del hecho. En esta materia se han considerado varias posibilidades técnicas del «hecho». Concluimos que hay visiones generales del hecho que pueden ser utilizadas válidamente, dependiendo del diseño procesal que se quiera consagrar. Una concepción de hecho muy parcial y abstracta, con referencias a formales núcleos normativos (teoría normativa de la acción), dará lugar a unos amplios márgenes para que el juez en virtud de sus poderes de enjuciamiento fáctico altere o introduzca variados aspectos fácticos con efectos penales, pero procesalmente

irrelevantes desde el punto de vista normativo del hecho. Mientras que en caso de querer a un juez más limitado se buscará integrar en el «hecho» de la acusación otros elementos, además del de la acción o conducta objetiva. Así, se puede introducir el del bien jurídico lesionado (el otro criterio normativo clásico) o, incluso más, y como acontece con la doctrina italiana moderna, incluir en el hecho el nexo causal, el resultado (semejante al del bien jurídico), el aspecto subjetivo de la conducta, la modalidad comisiva, los presupuestos fácticos del delito, y los criterios espacio-temporales.

***SEXTA*:** Concluimos que la adopción de uno u otro concepto de hecho traerá consecuencias bien claras. Un concepto de hecho poco exigente como es el normativo, determinado sólo por la acción, va a trasladar el problema de la correlación a las modificaciones de calificación jurídica. Dichas modificaciones podrán realizarse en virtud de un hecho que se puede modificar en variados aspectos. De ahí el profuso desarrollo del enunciado de la homogeneidad delictiva como forma de encauzar y acotar este fenómeno (de progresión-regresión delictiva). Una visión excesivamente exigente del hecho tenderá a dejar al juez muy atado a los términos fácticos de la acusación e incluso a la calificación jurídica, pues las posibilidades de modificar ésta serán puramente formales, ya que todo queda zanjado en el estricto régimen del hecho. Por decirlo de alguna manera todo se convierte en contenido fáctico, quedando lo jurídico reducido a un puro problema de subsunción terminal. El hecho procesal es tan completo y exigente como el hecho penal (acción, nexo causal y resultado) o todavía más, de modo que las posibilidades de modificaciones de la calificación jurídica serán

nominales. Vinculado a lo anterior, también este concepto de hecho obliga a la ley procesal a adoptar resguardos sobre la configuración de hecho, pues éste será uno para la correlación (*res iudicanda muy exigente*) y otro distinto para la cosa juzgada (*res iudicata poco exigente*). El ejemplo más claro de esto es la detallada regulación legal que posee el Código italiano a este respecto.

***SÉPTIMA*:** La legislación ecuatoriana no poseen una reglamentación precisa sobre el contenido fáctico-jurídico de las posibles modificaciones acusatorias, realizadas por la misma acusación o por el juez. Concluimos que sería muy conveniente contar con un régimen preciso que establezca las posibilidades de actualizar el contenido fáctico de la acusación a los resultados probatorios y los límites de dicha actualización, y, por otra parte, que disponga la regulación de los poderes del juez de establecer y fijar en sentencia modificaciones fácticas de determinados aspectos. La precisa consideración de qué aspectos pueden ser modificados por el juez resolvería el problema de la regulación de la correlación y pondría en evidencia la necesidad o no de contemplar mecanismos que coordinen posibles disfunciones con el hecho a efectos de cosa juzgada (litis pendencia), si se consagra definitivamente una doble configuración del hecho, como parece insinuar el art. 789.3 (en el caso español).

***OCTAVA*:** El otro aspecto tratado en el sistema procesal ecuatoriano, objeto de estudio, fue el de la correlación en los procesos con vigencia del consenso (y de la negociación penal). Más allá de las importantes diferencias y matices anotados, la conclusión general

es que en estos la correlación tiende a ser sustituida (parcialmente) por la vinculación al contenido sobre el cual opera el consenso (y la negociación penal). La actividad jurisdiccional deriva en una función de control de los presupuestos de estos procesos y de la legalidad penal, que se traduce en una verificación cuya eficacia es escasa, en cuanto se limita a aspectos formales de la actividad acusatoria, tal como lo demostramos en la presente investigación.

8. RECOMENDACIONES.

- Recomendamos a que en futuras modificaciones al Código de Procedimiento Penal, la Asamblea Nacional declare en dicha legislación que el principio de congruencia exige, por un lado, que el tribunal de sentencia no se exceda de los hechos contenidos en la acusación —o en su posible ampliación durante el debate— en caso de dictar sentencia condenatoria.

- Sugerimos a la Asamblea Nacional que declare en el Código de Procedimiento Penal que el principio de congruencia limita la discreción del tribunal al aplicar el principio *iura novit curia* al requisito de la previa advertencia de la posible calificación jurídica a atribuirse a los hechos contenidos en la imputación, sea porque la calificación estuviera contenida previamente en la imputación, sea porque se advirtió a la defensa y al imputado durante el debate respecto de la calificación jurídica alternativa.

- La mencionada instancia legislativa deberá declarar que en los anteriores supuestos, la calificación o calificaciones jurídicas integran la imputación y, por ende, constituyen un límite para el tribunal al momento de dictar sentencia condenatoria, límite que deriva de dos exigencias del derecho de defensa:

  a) derecho a que se le comunique previa y detalladamente el contenido de la imputación; y

b) derecho a que se le conceda el tiempo y los medios adecuados para la preparación de su defensa.

- Recomendamos a los señores legisladores, que la mencionada legislación, en consecuencia, se pronuncie en el supuesto de que la posibilidad de aplicar una calificación jurídica distinta a la contenida en la acusación surja durante el juicio, no basta con la advertencia que *debe* formular el tribunal en el curso del debate. Si bien en este supuesto —a diferencia de la ampliación fáctica de la acusación— podría no resultar necesario que el tribunal reciba obligatoriamente nueva declaración al imputado, lo que sí se requiere, si es indispensable, es que se conceda al imputado y a su defensa técnica el tiempo necesario para preparar su defensa.

8.1. PROPUESTA DE PERFECCIONAMIENTO DE LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA.

INTRODUCCIÓN

La congruencia, que ha sido definida como "la conformidad que debe existir entre la sentencia y la pretensión o pretensiones que constituyen el objeto del proceso, más la oposición u oposiciones en cuanto delimitan este objeto".

Por su parte, se ha definido la incongruencia de las resoluciones judiciales como "el desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes formulen sus pretensiones, concediendo más, menos o casa distinta de lo pedido, vicio que puede entrañar una vulneración del principio de contradicción constitutiva de una efectiva denegación del derecho de tutela judicial efectiva".

Más concretamente, "la congruencia de las sentencias, se mide por el ajuste o adecuación entre la parte dispositiva y los términos en que las partes han formulado sus pretensiones y peticiones, de manera tal que no puede la sentencia otorgar más de lo que se hubiera pedido en la demanda, ni menos de lo que hubiera sido admitido por el demandado, ni otorgar otra cosa diferente que no hubiera sido pretendida. Cuando la

desviación en que consiste la incongruencia es de tal naturaleza que supone una completa modificación de los términos en que se produjo el debate procesal, puede entrañar una vulneración del principio de contradicción y, por ende, del fundamental derecho de la defensa, pues la sentencia ha de ser dictada tras la existencia de un debate y de una contradicción y sólo en esos términos dialécticos es justo el proceso y justa la decisión que en él recae".

Así pues, partiendo de estas consideraciones, la congruencia podría definirse como la correlación que debe existir entre la pretensión procesal, otras peticiones y alegaciones de las partes y la actividad decisoria o resolutoria que se plasma en la sentencia.

Por lo tanto la conformidad, adecuación o correlación en que la congruencia consiste puede faltar o quebrarse, en los casos concretos, de dos modos: por defecto, si no se resuelve sobre todo lo que debió resolver, y por exceso, si se resuelve sobre lo que no es objeto de resolución.

En tal sentido entre las propuestas que deben considerarse para introducirse en el Código de Procedimiento Penal Ecuatoriano en futuras modificaciones, consideramos las siguientes:

Artículo ------: "La policía judicial, el Ministerio Público y los jueces, según corresponda, harán saber al imputado, de manera inmediata y comprensible, que tiene los siguientes derechos: [...]

a) Presentarse o ser presentado al Ministerio Público o al tribunal, para ser informado y enterarse de los hechos que se le imputan [...].

Artículo -------: " Al comenzar a recibirse la declaración, el funcionario que la reciba comunicará, detalladamente, al imputado el hecho que se le atribuye, su calificación jurídica y un resumen de las prueba existentes [...].

Artículo ------: Cuando el Ministerio Público estime que la investigación proporciona fundamento para someter a juicio público al imputado, presentará la acusación requiriendo la apertura a juicio. La acusación deberá contener: [...]

a) La relación precisa y circunstanciada del hecho punible que se atribuya.

b) La fundamentación de la acusación [...]

c) La cita de los preceptos jurídicos aplicables [...]

Artículo ------: "En la acusación el Ministerio Público o el querellante podrán señalar, alternativa o subsidiariamente, las circunstancias del hecho que permitan calificar el comportamiento del imputado en un delito distinto, a fin de posibilitar su correcta defensa.

Artículo ------: "La acusación o la querella no se trasladará al tribunal, si antes no se le ha dado oportunidad al imputado de rendir declaración."

Artículo -------: "Dentro del plazo de tres días hábiles, las partes podrán:

a) Objetar la solicitud que haya formulado el Ministerio Público o el querellante, por defectos formales o sustanciales [...]."

Artículo ------: [...] El fiscal y el querellante resumirán los fundamentos de hecho y de derecho que sustenten sus peticiones; [...]."

Artículo --------: "[...] Inmediatamente ordenará al Ministerio Público y la querellante en su caso, que lean la acusación y la querella; ellos podrán explicar el contenido. [...]."

Artículo -------: "Después de la apertura de la audiencia o de resuelto los incidentes, se recibirá la declaración al imputado, explicándole de ser necesario, con palabras claras y sencillas el hecho que se le imputa, [...]."

Artículo --------: "Durante el juicio el fiscal o querellante podrán ampliar la acusación mediante la inclusión de un hecho nuevo o una nueva circunstancia que no haya sido mencionada en la acusación o la querella, que modifica la calificación legal o integra un delito continuado. En tal caso deberán, advertir la variación de la calificación jurídica contenida en la acusación.

En relación con los hechos nuevos o circunstancias atribuidas en la ampliación se recibirá nueva declaración al imputado y se informará a las partes que tendrán derecho a pedir la suspensión del juicio para ofrecer nuevas pruebas o preparar la defensa, contando con tres días hábiles para estos trámites.

Los hechos o circunstancias sobre los cuales verse la ampliación quedarán comprendidos en la acusación."

9. BIBLIOGRAFIA.

- Aragoneses Martínez, Sara. “Del Principio Inquisitivo al Principio Dispositivo” (Algunos ejemplos del tratamiento procesal del principio acusatorio en el nuevo “procedimiento abreviado por delitos.” En: XII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, 5 a 11 de mayo de 1990, II Volumen, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1990.
- Beling, Ernst: “Derecho Procesal Penal.” Traducción del alemán y notas por Miguel Fenech, Editorial Labor, S.A., Barcelona, 1945.
- Binder, Alberto: "Introducción al Derecho procesal penal.” Editorial Ad-Hoc, s.r.l, primera edición. Buenos Aires, Argentina, Abril, 1993.
- Claría Olmedo, José A.: “Tratado de Derecho Procesal Penal. I. Nociones Fundamentales.” Ediar, S.A. Editores, Buenos Aires, 1960.
- Colin Sánchez, Guillermo: “Derecho Mexicano de Procedimientos Penales.” Editorial Porrúa, S.A., decimosegunda edición, corregida, aumentada y puesta al día, México, 1990.
- “Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal.” J.M. Bosch Editor, S.A., Barcelona, 1991.
- Fenech, Miguel: “Derecho Procesal Penal.” Editorial Labor, S.A., Barcelona-Madrid, 1960.

- Florián, Eugenio: “Elementos de Derecho Procesal Penal.” Traducción y referencias al Derecho Español por L. PRIETO- CASTRO, Ed. Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1934.
- Gimeno Sendra, Vicente, Víctor Moreno Catena y Valentín Cortés Domínguez: “Derecho Procesal Penal. Proceso Penal.” Editorial tirant lo blanch, Valencia, 1993.
- Gómez Orbaneja, Emilio: “Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal.” t.I, Editorial Bosch, casa Editorial, Barcelona, 1947.
- Maier, Julio B. J.: “Derecho Procesal Penal Argentino.” Tomo I, (Vol. B), Fundamentos, Editorial Hammurabi, S.R.L., Buenos Aires, 1989.
- Manzini, Vincenzo: “Tratado de Derecho Procesal Penal.” Traducción de Santiago Santís Melendo y Marino Ayerra Redín, t. IV, Del Procedimiento Penal, Ediciones Jurídicas, Europa – América, Chile 2970, Buenos Aires, 1953.
- Muñoz Conde Francisco y García Arán Mercedes: “Derecho Penal Parte General.” Editorial Tirant lo blanch, Valencia, 1993.
- Oliva Santos, Andrés de la, et al.: “Derecho Procesal Penal.” Nueva edición, 30 de junio de 1997. Completada y actualizada con las modificaciones introducidas por la Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, tercera edición, Colección LEURA, Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., , septiembre, 1997.
- AGUILERA MORALES, Marien, *El «principio de consenso». La conformidad en el proceso penal español*, Cedecs, Barcelona, 1998.

- — *Comentarios a la Ley del Jurado*, AAVV (coordinados por De la Oliva, Andrés), ECERA, Madrid, 1999.
- — *La Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: Comentario a la Ley 38/2002 y a la Ley Orgánica 8/2002, de 24 de octubre* (con Gascón Inchausti), Civitas, Madrid, 2003.
- AGUILERA DE PAZ, Enrique, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, tomo V, Hijos de Reus, Madrid, 1914.
- — *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, tomo VI, Hijos de Reus, Madrid, 1914.
- AGÜERO HERRERA, Melquisedec, *Congruencia entre acusación, la defensa y la sentencia*, Editorial Universitaria, Santiago de Chile, 1965.
- ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, *El allanamiento en el proceso penal*, EJEA, Buenos Aires, 1962.
- ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Coonstitucionales, Madrid, 1989 (traducción de Atienza y Espejo).
- ALSCHULER, Albert, «The prosecutor's role in plea bargain», *The University of Chicago, Law Review*, 36, 1968.
- ALLENDE SANTELICES, Miguel, *De la jurisprudencia del recurso de casación en la forma en materia penal*, Memoria de prueba, Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile, 1962.

- SARFATTI, Mario, *Introducción al estudio del Derecho comparado*, Imprenta Universitaria, México, 1945 (traducción del Instituto de Derecho Comparado de la Escuela Nacional de Jurisprudencia).
- SCHÜNEMANN, Bernd, «¿Crisis del procedimiento penal? ¿Marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?», en *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*, Tecnos, Madrid, 2002.
- SENTÍS MELENDO, Santiago, «Ex facto oritur ius», en *La prueba*, Valleta, Buenos Aires, Argentina, 1979.
- SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, «Evolución histórica y orientaciones modernas del concepto de acción», en *Estudios de Derecho procesal*, Bosch, Barcelona, 1969.
- SERRANO BUTRAGUEÑO, Ignacio, «El juicio oral ante el Tribunal del Jurado», en AAVV, *Comentarios sistemáticos a la Ley del Jurado*, Comares, Granada, 1996.
- SERRANO GÓMEZ, Alfonso, *Derecho penal español. Parte general* (con Rodríguez Devesa), Dykinson, decimoctava edición, Madrid, 1995.
- SILVA BASCUÑÁN, Alejandro, *Tratado de Derecho constitucional*, tomo VIII, Editorial Jurídica de Chile, segunda edición, Santiago, 2002.
- SOTO NIETO, Francisco, *Correlación entre acusación y sentencia*, Montecorvo, Madrid, 1979.
- SPANGHER, Giorgio, *Codice di procedura penale. Comentario* (con GIARDA, Angelo), IPSOA, segunda edición, 2001.

- Constitución vigente de la República del Ecuador.
- Código de Procedimiento Penal, actualizado a junio de 2010.
- Código Penal, actualizado a Mayo de 2010.
- Código Procesal Modelo para Ibero América, Ediciones Hammurabi, Argentina, 1989.
- Ley de 25 de Marzo de 1999, Ley No. 1970. Código de Procedimiento Penal. Bolivia.
- Ley de 13 de Enero de 2000, Código de Procedimiento Penal. Ecuador.
- Ley de 20 de Enero de 1998, Publicado en la Gaceta Oficial No. 5.208 Extraordinaria de 23 de Enero de 1998. Código Orgánico Procesal Penal. Venezuela.
- Ley de 1 de Enero de 1998. Código Procesal Penal. Costa Rica.
- DL. Nº 904, del 4 de diciembre de 1996, publicado en el DO. Nº 11, Tomo 334, del 20 de enero de 1997. Código Procesal Penal. El Salvador.
- Ley No. 406 de 13 de Noviembre de 2001. Código Procesal Penal. Nicaragua.
- Ley de 18 de Junio de 1998. Código Procesal Penal. Paraguay.
- Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. España.
- Ley de Enjuiciamiento Civil; 3 de Febrero de 1881 Concordada y Anotada con gran extensión, según la doctrina de los autores y la Jurisprudencia del Tribunal Supremo; Redacción de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia; II Edición; Tomo I; Madrid; Hijos de Reus, Editores, 1907.

- Diccionario de la Lengua Española y de Nombres Propios Océano, Grupo Editorial Océano, Barcelona, 1999.
- Diccionario Jurídico Espasa, Espasa Calpe S.A., Madrid, 2001.
- Enciclopedia Autodidacta Interactiva Océano, Grupo Editorial Océano, Barcelona, 2000.
- Lexcomp, Año 2, No. 1 de 2000, [disponible en CD-ROOM].

10. ANEXOS.

ANEXO NO.1-. JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA. COMENTARIOS.

Con el fin de ofrecer una demostración más ordenada de esta materia, seguidamente pretendemos hacer un análisis de la jurisprudencia del TC y TS en la que se plasman los cambios interpretativos, desde la visión preconstitucional a la postconstitucional actual. Asimismo comentaremos las principales sentencias del TEDH que también han influido en el nacimiento de la nueva concepción del acusatorio y sobre todo del derecho a ser informado de la acusación y de defensa. Tras la demostración de cómo se produjo o en qué consistió la evolución señalada en el párrafo anterior, nos centraremos en el análisis específico de la homogeneidad delictiva y de la tesis, con relación a los poderes de calificación jurídica del juzgador, preferentemente sobre la base del tratamiento jurisprudencial del TS y TC. Igualmente se anexan sentencias de la jurisprudencia ecuatoriana, donde se ventila el tema, que serán analizadas en el acápite de análisis de los predios nacionales.

Doctrina jurisprudencial. Análisis de algunos casos representativos.

Hay una infinidad de sentencias del TS que se refieren a nuestra materia de estudio, lo que hace prácticamente imposible citarlas todas. Por lo tanto, hemos decidido centrarnos en aquellas que nos han parecido más representativas de la doctrina jurisprudencial hasta antes de la nueva interpretación motivada por la CE.

La jurisprudencia de este período refleja una forma de resolver las cuestiones de correlación de la sentencia, exclusivamente sobre la base de la normativa de la LECrim (arts. 851.4 y 733), haciendo una interpretación característica de la misma, que reúne varios rasgos distintivos515.

Se considera que la correlación tiene su fundamento únicamente en el principio acusatorio, interpretado sobre la base de las normas legales indicadas (art. 851.4 y 733), lo cual produce un concepto de correlación definido claramente, con unos contornos nítidos:

1º. El objeto del proceso es un factum y es éste el elemento que debe ser introducido por el acusador y permanecer inmutable, aunque esto último también se relativiza.

2º. Se concluye sin ningún género de dudas que la calificación jurídica del hecho es una cuestión que corresponde al juzgador en virtud de sus «amplísimas» facultades en este sentido (iura novit curia). 3º. Dentro de este marco conceptual, según la interpretación jurisprudencial de la LECrim (art. 851.4), se rompe el principio acusatorio y el deber de correlación solamente cuando se condena por un delito más grave sin hacer uso del art. 733.

4º. La jurisprudencia hace una interpretación bastante estrecha o limitada del uso de la técnica del art. 733, a nuestro parecer debido a que dicha interpretación potencia los poderes del juez, y, también, a causa de la inadecuada cobertura casacional de la infracción del deber de correlación del art. 851.4, que parece exigirla sólo en supuesto de condena por delito más grave.

Respecto al primer punto, la definición del objeto del proceso por un factum como rasgo distintivo de la jurisprudencia, se manifiesta con más o menos claridad, ya porque lo declara directa y explícitamente la jurisprudencia, ya porque se deduce sensu contrario, cuando las sentencias sostienen que el juzgador tiene libertad para calificar el hecho y determinar la pena.

Un ejemplo de explícita manifestación de este concepto del objeto del proceso lo hallamos en la STS de 26 de diciembre de 1979 (RJA, m. 19 79\4647). En este caso al acusado se le condena en la sentencia recurrida en casación (artículo 851.4) como autor de un delito de estafa del art. 529.4 del CP (actual art. 250), en grado de imposibilidad

de ejecución516, a la pena única de cinco años de presidio menor y sus accesorias, pero se le «absuelve» de los delitos de cohecho y de amenazas, que eran los delitos por los que sí había sido acusado por el MF y el acusador particular.

En síntesis, el acusado recurrente reclamaba haber sido condenado por un delito de estafa, que es un delito más grave que los que fueron objeto de acusación (cohecho y amenazas), sin que se haya usado la tesis del art. 733.

La sentencia del TS desestimó el recurso porque consideró que el Tribunal sentenciador procedió correctamente haciendo uso de su **total libertad para calificar los hechos**, y el argumento para ello es que el principio acusatorio imponía la obligación de mantenerse dentro **del núcleo fáctico** sin que las calificaciones de la acusaciones establezcan alguna restricción a las facultades del tribunal, cuando se imponga una pena en concreto menor que la asignada por la ley al delito por el que se acusaba.

Establecía además que no era necesario el uso de la tesis puesto que la pena en definitiva impuesta fue menor que la pedida, aunque el delito fuere más grave que el de la acusación.

Por otra parte, se desprende de la jurisprudencia preconstitucional que los poderes de calificación del juzgador hallaban un «amplísimo» ámbito de aplicación. Casi la totalidad de la jurisprudencia insiste en este rasgo. La doctrina jurisprudencial de este período establece claramente que es al juzgador a quien corresponde la calificación jurídica de los hechos, lo cual se basa en la definición previa sobre la configuración del objeto del proceso, que, como hemos dicho, se identifica por los hechos. Es tan evidente esta conexión que incluso se podría afirmar una relación de causa y efecto. Si la causa es el objeto del proceso definido por el hecho punible, la consecuencia es que dentro de los poderes del juzgador se encuentra la calificación jurídica de éstos o, más precisamente, si el objeto del proceso se define por el hecho punible que ha de introducir el acusador, y si sólo esto es necesario que se mantenga inalterable en la sentencia, le corresponde al juzgador la calificación jurídica, así, sin más.

La sentencia arriba citada discurre sobre esta premisa. Pero podríamos citar además a la STS de 14 de mayo de 1984 (BDA, m. RJ 1984\2607), en la cual se pone de manifiesto explícitamente lo afirmado. Se trata de un caso en que el MF calificó los hechos como

un delito continuado de apropiación indebida en concurso medial con un delito de falsificación de documentos públicos y con delito de falsificación de sellos públicos y privados, solicitando para el acusado la pena única de seis años de prisión menor en aplicación de la acumulación jurídica de la absorción agravada518 de la pena del artículo 71 del CP antiguo (actual art. 77).

La AP razonó acerca del carácter continuado del delito de falsificación y la inexistencia de relación medial o antecedente de la falsedad respecto de la apropiación indebida, rechazando la aplicación del art. 71, pero estimó la concurrencia de un delito continuado de falsificación, condenando concretamente a las penas de seis años y un día por la apropiación indebida y a dos años, cuatro meses y un día de prisión por la falsificación. De la comparación de la conclusión definitiva con la sentencia dictada se desprende que la Sala respetó cualitativamente el título de condena de las conclusiones del MF, ya que acoge las figuras delictivas por las que se acusó, pero apreció continuidad delictiva respecto de los delitos de falsificación de documentos y sellos, cuando el MF solamente había pedido continuidad para la apropiación indebida. De otra parte, la Sala rechazó la aplicación de la absorción agravada de pena del artículo 71 e impuso dos penas distintas, es decir, aplicó la regla de la acumulación material o matemática de la pena en calidad de concurso real. La sentencia de la AP condenó al acusado como autor de un delito continuado de apropiación indebida y otro continuado de falsedad en documento público y falsificación de sellos. Contra la anterior resolución recurrió en casación el acusado, alegando el motivo de casación del artículo 851.4 de la LECrim, por haberse impuesto una condena más grave sin uso de la tesis del art. 733. El TS consideró que no se produjo ninguna infracción casacional, razón por la cual desestimó el recurso. El fundamento esencial fue que, en su opinión, se respetó el principio acusatorio, afirmando además que el juez posee amplias potestades respecto de la calificación jurídica, de manera que estimó perfectamente legal519 la calificación de continuidad delictiva, de concurso medial o de concurso real y la valoración de las consecuencias jurídico-penales que se desprendían de ellas y que quedaban dentro de sus facultades jurisdiccionales, siendo posible castigar con penas superiores a las solicitadas por las partes acusadoras,

sin el sometimiento de la tesis, como sucedió en este caso, con el único límite de que no implique infracción del art. 851.4. Es decir, que no se castigue por delito más grave.

Por último, la jurisprudencia preconstitucional, según lo hemos adelantado, insiste en la idea de que el principio acusatorio y la correlación se infringen únicamente con la condena por un delito más grave y que en concreto importe una condena más grave que la pedida en la acusación520, impuesta sin previo uso de la tesis. En los demás casos hay libertad absoluta de calificación, lo cual revela, a la par, la estrecha o restringida interpretación que se hacía del art. 733, pues ésta sólo era necesaria en dicha hipótesis.

Esta cuestión también aparece como la interpretación que se hacía del art. 733 en casi todas las sentencias en que se plantea su debate. El tenor del art. 733, específicamente su párrafo tercero, prohíbe el uso de la tesis en la apreciación de atenuantes, de agravantes y de formas de participación que sean distintas de las planteadas en la acusación. Esta norma fue interpretada justo en el sentido inverso al que emanaba de su tenor literal, lo cual llevó a la jurisprudencia a sostener que dichos poderes se aplicaban, por regla general, pura y simplemente, sin ningún condicionamiento previo, cuando lo que la norma quería era que el juez se hallara vinculado respecto de esos extremos (aunque también esto fuere técnicamente cuestionable). Para la jurisprudencia sólo se hacía necesario el uso de la tesis cuando se trataba de apreciar delito más grave que el de la acusación y que se concretaba en una pena más grave (lo que prescribía el 851.4 como motivo de casación por quebrantamiento de forma). Se concluía que en los demás casos el juez podía ejercer con absoluta libertad su poder de calificación jurídica, siendo que conforme al tenor del art. 733 se debía concluir que al juez no le estaba permitido el uso de la tesis porque estaba irremediablemente vinculado en todos los demás extremos distintos del título de condena. La equivocada interpretación jurisprudencial parecía tener base en la pobre cobertura casacional del art. 851.4 LECrim, que sólo la otorgaba para el caso de la condena por delito más grave, dando a entender que en los demás casos no había nada que tutelar: que no había infracción del principio acusatorio ni del principio de contradicción.

Las sentencias precedentes son un buen ejemplo de lo anotado, pero además a este respecto se pueden añadir las siguientes:

En primer lugar, la STS de 16 de noviembre de 1979 (RJA, m. 1979\4248).

En este caso se interpuso recurso de casación por quebrantamiento de forma contra sentencia dictada por la AP en causa seguida a los recurrentes por delitos de utilización ilegítima de vehículo de motor, robo y conducción ilegal. Se alegó incongruencia de la sentencia por condenar por un delito más grave que los de las acusaciones (artículo 851.4).

El TS desestima el motivo de casación en razón de la interpretación sostenida de los arts 851.4 y 733, aludiendo al fundamento del principio acusatorio, y en razón de que no se penó por delito más grave según lo demuestra en sus considerandos. La Sentencia del TS muestra que la cuestión de la correlación se centraba en una interpretación gramatical equivocada de los arts. 851.4 y 733, al concebirla esencialmente referida sólo a la prohibición de no condenar por un delito más grave521, excluyendo cualquier otro posible contenido. En segundo lugar, se puede citar la STS de 8 de febrero de 1979 (RJA, m. 1979\414).

Se resuelve un recurso de casación interpuesto por el condenado en contra de la sentencia de condena de instancia que le imponía a éste una pena mayor que la pedida en acusación, sin planteamiento de la tesis del art. 733. La razón jurídica por la que se impuso una pena más grave que la pedida fue que el juzgador de instancia desestimó una circunstancia atenuante pedida por el MF en las conclusiones definitivas. El TS desestima la casación en razón de que, en su opinión, lo prohibido por el principio acusatorio es la condena por delito más grave que el de la acusación, sin sometimiento de la tesis. Pero en caso alguno, según su interpretación del art. 733, el sometimiento de tesis es necesario para que el juzgador pueda apreciar circunstancias atenuantes ni agravantes, conforme el tenor del mismo art. 733.3522.

Etapa inicial de la jurisprudencia basada en las normas de la CE (art. 24) relativa a los poderes de calificación jurídica del juzgador. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Análisis de sentencias más relevantes.

Precedentemente hemos afirmado que la influencia de la CE se dejó sentir con mucha fuerza en la jurisprudencia, la que tuvo que iniciar un proceso de modificación de criterios interpretativos de la LECrim con el fin de adecuarlos a los contenidos de las garantías constitucionales directamente aplicables al proceso (art. 24). En la materia que nos interesa marca un hito fundamental la jurisprudencia proveniente del TC a partir de la sentencia de 10 de abril de 1981523, que da inicio a la revisión del principio acusatorio y de las garantías y derechos del art. 24 de la CE, pero en una primera fase haciendo una clara distinción entre uno y otro, sin realizar ninguna asimilación conceptual del principio acusatorio con el derecho a ser informado de la acusación y de defensa. La jurisprudencia del TC que inicia la aplicación de los derechos y garantías del art. 24 de la CE, constituye un punto de inflexión entre la concepción preconstitucional del principio acusatorio y de la correlación penal, y la que se comenzará a desarrollar con posterioridad. Su principal mérito es haber establecido claramente la aplicación de los derechos y garantías del artículo 24 CE y la aplicación de las normas del CEDH, especialmente el art. 6.1524 y 6.3525, sin haber incurrido en «confusiones o asimilaciones» conceptuales o en la producción de una amalgama de derechos y garantías.

Estas normas que consagran fundamentalmente el derecho a ser informado de la acusación en toda su amplitud (tanto el contenido fáctico como jurídico de la acusación) y el derecho de defensa con esa misma extensión, producirán unas consecuencias bien concretas en el proceso penal español, y especialmente harán sentir sus efectos en los poderes del juzgador, los cuales, como probaremos, no podrán ejercerse pura y simplemente, sino, al contrario, su legítimo ejercicio se someterá al previo aseguramiento de que no han de causar indefensión por falta de información y contradicción sobre algún elemento tenido en cuenta para la decisión jurisdiccional.

Las bases se sientan en las primeras SSTC. Seguidamente estudiaremos las más importantes y sus aportes.

La primera es la STC de 10 de abril de 1981 (BDA, m. RTC 1981\12).

Trata de un condenado en instancia por la AP de Salamanca por el delito de rapto con la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. Contra

dicha sentencia interpuso el condenado recurso por infracción de ley, alegando que la calificación por el delito de rapto era incorrecta de acuerdo a los hechos que se daban por probados, de los cuales se desprendía la intencionalidad del delito de abusos deshonestos que debían ser calificados en grado de tentativa. La Sala Segunda del TS resolvió confirmar la sentencia recurrida, si bien en su motivación consideró «errónea» la calificación jurídica de los hechos que contenía aquélla (rapto), pues de los hechos declarados se deducía que la concepción criminal del delito no fue propiamente el rapto, sino la violación de la víctima, que quedó en grado de tentativa. Cabe señalar que para confirmar la sentencia recurrida tuvo en cuenta la doctrina de la pena justificada y la economía procesal, por las cuales había de mantenerse la condena a pesar del error en la calificación. En lo que nos interesa, la defensa del acusado recurrió en amparo invocando la infracción del artículo 24 (1 y 2) de la CE, porque la STS al hacer una calificación distinta (violación en grado de tentativa) de la que nunca fue acusado, produjo una situación de indefensión, ya que no tuvo oportunidad de defenderse. El TC, en primer lugar, aclara que la doctrina de la pena justificada formalmente no supone una condena distinta de la impuesta por el tribunal de instancia, pero, en realidad, lo que sucede es que se mantiene la pena (se justifica), aunque se aprecia en la conducta enjuiciada un delito diverso. Es decir, se mantiene la pena pero no la calificación, de modo que la STC admite que hay una calificación distinta a la que hubo en instancia. Hecha esta aclaración inicial, entra en el fondo haciendo un análisis desde el derecho de defensa y la posible indefensión que se reclama por la defensa, sobre los cuales la STC contiene varias cuestiones de gran interés:

1º. Declara que las garantías constitucionales del artículo 24.1 (tutela judicial sin indefensión) son aplicables a las sentencias de casación y que en el control de legalidad que corresponde al TS deben observarse también. Alude, además, a las normas del CEDH, en especial al artículo 6.1 y a la jurisprudencia del TEDH sentada en el caso DELCOURT, sobre la exigencia de asegurar las posibilidades defensivas sobre el hecho y también sobre el Derecho aplicable al caso. El TC declara que se ha de tener en cuenta el CEDH como elemento interpretativo de conformidad al artículo 10.2 de la CE527. Esta sentencia constituye el hito inicial de la doctrina de las garantías procesales de la

defensa (ser informado de la acusación y contradicción) y de la proscripción de la indefensión en el tema de la correlación y los poderes de calificación jurídica del órgano jurisdiccional. Todas las anteriores sentencias citadas del TS no se refieren al derecho a ser informado de la acusación y de defensa incardinado en el artículo 24 (1 y 2) de la CE, ni mucho menos al artículo 6.1 del Convenio ni a su jurisprudencia. Por primera vez se plantea y desarrolla la argumentación sobre los «poderes del juez sobre la calificación jurídica» desde la perspectiva de la posible vulneración del derecho a ser informado de la acusación y del derecho de defensa, concebidos con rango constitucional.

2º. Declara asimismo que el contenido esencial del derecho a la defensa es el derecho a ser informado de la acusación y que ese derecho debe recaer sobre los hechos, pero también sobre la calificación y sobre estos dos elementos debe haber debate contradictorio528. 3º. Sin embargo, y aquí está el otro mérito de la sentencia, el TC no confunde la relación que hay, de una parte, entre acusatorio, objeto del proceso y correlación, y, de otra, entre el derecho a ser informado de la acusación, derecho de defensa-proscripción de la indefensión, debate contradictorio y poderes del juzgador (iura novit curia). Para el TC el objeto del proceso sigue estando conformado por los hechos y el órgano jurisdiccional, en su concepto, conserva la facultad de calificarlos conforme a Derecho529. Distinta es la exigencia de las normas constitucionales sobre la defensa que imponen la debida información y las mejores posibilidades de debate sobre los hechos y el Derecho. De ahí la cita del caso DELCOURT.

4º. Con relación al derecho de defensa, el TC pone de relieve la exigencia de homogeneidad delictiva. Esta exigencia de homogeneidad delictiva viene a ser el requisito que se exige para la modificación de la calificación jurídica, cuando ella se hace sin previo planteamiento de tesis. Es decir, cuando se trata de modificaciones a la calificación jurídica descendentes (que no sea mayor que la de la acusación). Entiende el TC que entre rapto, delito por el que se acusó, y violación tentada, delito por el que se condenó, hay homogeneidad delictiva. Con respecto a las diferencias que existe en los elementos típicos, el rapto exige la privación de libertad prolongada, a diferencia de la violación que exige el acto de yacer, y en caso de la tentativa de violación, dar inicio a los actos encaminados a yacer, el TC señala que ambos elementos han sido debatidos en

el juicio, de manera que la calificación de violación tentada no pudo provocar indefensión.

Por todas estas consideraciones el TC desestima el recurso de amparo. Pero, a la par, deja claramente establecido el rango constitucional del derecho a ser informado de la acusación y del derecho de defensa, y la importancia que éste tiene a efectos de juzgar una posible infracción constitucional en los términos señalados. Un segundo ejemplo de esta línea doctrinal se encuentra en la STC de 23 de noviembre de 1983 (BDA, m. RTC 1983\105). Esta sentencia resuelve el caso con idénticas argumentaciones que la recién citada sentencia del año 1981, reproduciendo todos sus argumentos. El caso también trata de una modificación de calificación jurídica en sentencia. La AN condenó al acusado como autor de un delito de imprudencia temeraria profesional con resultado de dos asesinatos y graves daños a un grupo de personas y familias, cuando se le acusaba de complicidad en dos asesinatos o de inductor de los mismos. Esta diversa calificación jurídica apreciada por la AN se hizo sin que se usara la tesis del artículo 733. La Sentencia fue confirmada por el TS, por lo que la defensa recurre en amparo al TC deduciendo la vulneración del artículo 24.1 CE, por supuesta indefensión, en razón de que no le fue notificada la acusación por el delito que se le condenó, art. 24.2. CE. El TC desestima el recurso de amparo en consideración a las mismas fundamentaciones que comentamos en la sentencia precedente del año 1981. En síntesis, reafirma que el objeto del proceso se encuentra conformado por los hechos y que consecuentemente la calificación de los mismos corresponde al juzgador en virtud del iura novit curia, razón por la cual es perfectamente legítimo que se condene por un delito distinto del que fue objeto de la acusación, aun sin hacer el planteamiento de tesis del art. 733, cuando se trata de delitos que no son más graves y además entre ellos existe homogeneidad delictiva, siempre que se mantenga la inalterabilidad del hecho punible de la acusación. Con todo, y sin perjuicio de lo anterior, reitera que eso no debe significar la irrelevancia de la calificación, siendo un elemento de la acusación que se ha de someter a debate contradictorio. Y concluye, con base en los criterios anteriores, que en el juicio hubo debate sobre los distintos elementos que configuran los delitos de la acusación y los de

la condena, de modo que la calificación distinta de los hechos no produjo ninguna indefensión

.

ANEXO NO. 2. JURISPRUDENCIA ECUATORIANA.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR

No. 113-2005

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
TERCERA SALA DE LO PENAL

Quito, 14 de marzo del 2006; a las 11h00.

VISTOS: El Primer Tribunal Penal de Chimborazo, con sede en Riobamba, el 24 de junio del 2004 a las 08h10, sentenció a Angel Polibio Hernández Correa, como autor responsable del delito de lesiones tipificado y sancionado por el Art. 464 inciso primero del Código Penal, imponiéndole la pena de dos meses de prisión correccional; a dicha sentencia, interpone recurso de casación el sentenciado; y habiéndose concluido el trámite previsto para este tipo de recurso, la Sala considera: PRIMERO: COMPETENCIA.- Esta Tercera Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, tiene potestad jurisdiccional y competencia para conocer y resolver los recursos de casación propuestos por los condenados, tanto por la creación de la Sala prevista en la LEY ORGANICA REFORMATORIA A LA LEY ORGANICA DE LA FUNCION JUDICIAL, así como por el resorteo de causas penales ordenado por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, mediante resolución del 7 de diciembre y practicado el 9 de

diciembre del 2005. SEGUNDO: VALIDEZ PROCESAL.- Revisado el expediente no se encuentran vicios de procedimiento que podrían generar nulidad procesal, por lo que este Tribunal de alzada declara la validez de esta causa penal. TERCERO: ALEGACIONES DEL RECURRENTE: El recurrente al fundamentar el recurso manifiesta que "en la sentencia impugnada, se ha violado la ley, ya que no se ha tomado en cuenta que los testigos presentados por el Fiscal, coinciden en afirmar que no han observado a Angel Hernández disparar contra Héctor Concha Ushca y que solo escucharon una detonación de arma de fuego"; instrumento que no fue presentado como prueba en su contra en la audiencia de juicio, por lo que no se puede establecer ni la existencia material de la infracción, ni su responsabilidad. Sostiene además que no se ha tomado en cuenta el informe del médico legista, que establece treinta días de incapacidad para el trabajo del Sr. Héctor Concha, sin embargo este se reintegró a sus labores en la Politécnica de Chimborazo, teniendo como descanso únicamente ocho días, y que el Tribunal juzgador incumplió lo determinado en el Art. 291 del Código de Procedimiento Penal, ya que el perito que realizó el reconocimiento del lugar de los hechos no compareció a rendir su testimonio y por tanto no se pudo establecer el lugar donde supuestamente se cometió la infracción. Consecuentemente solicita que se case la sentencia dictando sentencia absolutoria a su favor. CUARTO: CONSIDERACIONES DEL MINISTERIO PUBLICO.- La Ministra Fiscal General del Estado, subrogante en la fundamentación del recurso, presentado el 24 de marzo del 2005 ante los ministros de la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia que conocían el caso en aquella época, entre otras cosas, sostiene que "el recurrente, evidencia su deseo de que se realice una nueva valoración de la prueba, pero siendo este recurso extraordinario no permite volver a realizar un nuevo examen de las pruebas, las que ya fueron analizadas por el Tribunal de conformidad a las reglas de la sana crítica como lo dispone el Art. 86 del Código Procesal Penal; así como se constata que se han cumplido los requerimientos contenidos en el Art. 79 ibídem, ya que las pruebas se han producido en el juicio y ante el Tribunal Pena1". Consecuentemente la representante del Ministerio Público solicita a la Sala que rechace por improcedente el recurso de casación interpuesto por el prenombrado sentenciado, toda vez que no ha demostrado que el Primer Tribunal Penal

de Chimborazo haya violado la ley en la sentencia, debiendo por tanto devolverse el proceso al inferior para la ejecución de la sentencia condenatoria. QUINTO: CONSIDERACIONES DE LA SALA.- La casación es un recurso extraordinario que procede únicamente cuando en la sentencia se hubiere violado la ley; ya por contravenir expresamente a su texto, ya por haberse hecho una falsa aplicación de ella o por haberla interpretado erróneamente, y en el caso presente, dejamos constancia de que las pruebas fueron valoradas y examinadas por el Tribunal de acuerdo a las reglas de la sana crítica en cumplimiento de lo que dispone el Art. 86 del Código Adjetivo Penal. La motivación de la sentencia para ser correcta, debe referirse al hecho y al derecho, valorando las pruebas y suministrando las condiciones a que arribe el Tribunal sobre su examen, sobre la subsunción del hecho comprobado en un precepto penal, y de las consecuencias jurídicas que de su aplicación se derivan. El Juez debe consignar las razones que lo llevan a tener por acreditados o no o históricamente ciertos o falsos los hechos que constituyen los elementos materiales del delito, enunciando las pruebas de que se sirve en cada caso y expresando la valoración que haga de ellas, es decir, la apreciación sobre si lo conducen relativamente al supuesto de hecho investigado, a una conclusión afirmativa o negativa; para ser motivada en los hechos la sentencia debe suministrar las pruebas en que se fundan las conclusiones fácticas, esto es demostrarlos; para que sea fundada en derecho, la sentencia debe explicar los hechos objeto de la adecuación típica, esto es describirlos. Otra exigencia para que la motivación sea legítima es que debe basarse en prueba válidamente introducida en el debate o etapa del juicio, esta es una consecuencia del principio de verdad real y del de inmediación que es su derivado, el cual supone la oralidad, publicidad y contradicción. Por vía del recurso de casación no se puede provocar un nuevo examen crítico de los medios probatorios que dan base a la sentencia, queda excluido de la casación todo lo que se refiera a la valoración de los elementos de prueba y a la determinación de los hechos pues la casación no es una segunda instancia, y no está en el ámbito de su competencia revalorizar la prueba ni juzgar los motivos que formaron la convicción de acuerdo con las reglas de la sana crítica. En la especie revisada íntegramente la sentencia en el considerando tercero relata la existencia material de la infracción, la misma que se encuentra comprobada conforme

a derecho; y, en el considerando séptimo se deja establecido que: a) Se ha demostrado la existencia material de la infración con el testimonio rendido: por el perito médico de donde se conoce que las lesiones proferidas han causado una incapacidad de treinta días y el hecho de que el ofendido haya ido a trabajar a los ocho días, no significa que se ha curado la lesión, ya que la lesión incluso puede ser momentánea, pero cicatrizar y recuperar su estado normal dura mucho tiempo; b) De los testimonios de cargo se conoce que efectivamente se produjo un incidente entre el acusado Angel Hernández y el ofendido Héctor Concha, a tal punto que el mismo defensor del acusado en la audiencia de juzgamiento acepta que se produjo el incidente pero que no le ha disparado, problemas que no se han originado en el día de autos, sino que ya ha existido una rivalidad anterior por la dirigencia del barrio, que según el ofendido se llama '24 de Diciembre' y según el acusado se llama 'Tierra Nueva' y que en definitiva en nada influye sobre la existencia del delito y la culpabilidad porque el hecho se produjo; c) De los testimonios de cargo y del testimonio del ofendido a lo que se suma los testimonios del acusado, se conoce que se produjo el incidente, sin que merezca crédito el argumento del acusado de que no le ha disparado a Concha, porque según los testimonios de todos los testigos, Concha apareció herido de bala inmediatamente, no tuvo problema con otra persona, lo que demuestra que es verdad lo afirmado por los testigos de cargo quienes dicen que vieron que retrocediendo unos pasos y sacando algo, Hernández le disparó a Concha, pese a que no alcanzaron a ver el arma, pero sí el ruido del disparo y que fue uno solo, lo que coincide con la lesión y el proyectil encontrado en el cuerpo del ofendido Concha que también es una sola bala motivo por el cual se refugia en la casa de la suegra Rosario Carvajal y la testigo Verónica Guambo manifiesta que vio los hechos desde la ventana de su casa y que el sonido ha sido tremendo por lo que no existe la menor duda de que Hernández fue el que le disparó a Concha; d) En nada influye la decisión de la causa el que no haya comparecido a rendir su testimonio propio el perito que intervino en el reconocimiento del lugar de los hechos, excepto que se hubiese querido demostrar que el lugar es despoblado; e) En realidad para el Tribunal la hermana de Concha que se dice acudió al lugar de los hechos no fue la que lo desarmó a Hernández porque de ser así se hubiese presentado el arma; f) Todos los testigos tanto de

cargo como de descargo manifiestan que el acusado vino por el sector del coliseo; y, g) De autos consta una sola atenuante, que es el de María Aldaz al decir que el acusado es una excelente persona, los restantes testigos exponen que es una buena persona, que es dirigente del sector, tranquilo, colaborador, cuando el código exige conducta ejemplar. En definitiva, sostenemos que existe armonía, sindéresis y congruencia entre la parte considerativa y resolutiva de la sentencia, apreciándose que no se han producido ninguna de las violaciones legales que alega el recurrente. No se encuentra desacierto en la escogencia de la norma aplicada, y se ha impuesto una pena comprendida dentro de los límites fijados en el Art. 464 primer inciso del Código Penal, por lo que no procede el recurso de casación. SEXTO: RESOLUCION.- Por las consideraciones expuestas, esta Tercera Sala de lo Penal, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, acogiendo el dictamen de la representante del Ministerio Público, rechaza por improcedente el recurso de casación interpuesto, y ordena devolver el proceso al inferior para que ejecute la sentencia, de conformidad con el Art. 358 del Código de Procedimiento Penal. Notifíquese y publíquese.

Fdo.) Dres. Alfonso Zambrano Pasquel, Eduardo Franco Loor y Msc. José Robayo Campaña, Magistrados.

Certifico.- f.) Dr. Hermes Sarango Aguirre, Secretario Relator.

Certifico: Que las cuatro (4) copias que anteceden son fiel copia de su original.- Quito 9 de mayo del 2006.

f.) Dr. Hermes Sarango Aguirre, Secretario Relator.

No. 167-2005

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
TERCERA SALA DE LO PENAL

Quito, 21 de marzo del 2006; a las 09h30.

VISTOS: El 24 de junio del 2004 a las 10h00, el Tribunal Penal Primero de Tungurahua, con sede en Ambato, dicta sentencia condenatoria contra los procesados Abdías Humberto Romero Bonilla y Jairo Fernando Pantoja Yandún, como autor intelectual y autor material respectivamente, del delito imperfecto de tentativa de tráfico de estupefacientes tipificado y sancionado en el Art. 62 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, en concordancia con los Arts. 16 y 46 del Código Penal, penándolos con cuatro años de reclusión mayor extraordinaria; de la antes referida sentencia, la Sala de lo Penal de la Corte Superior de Ambato, reforma el fallo consultado el 9 de noviembre del 2004 a las 10h00, condenando a los procesados a la pena de ocho años de reclusión mayor ordinaria y a la multa de dos mil salarios mínimos vitales, por haber incurrido como autores en el delito tipificado y sancionado por el Art. 64 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas; sentencia de la cual interpone recurso de casación el condenado Jairo Fernando Pantoja Yandún; y, habiéndose concluido el trámite para este tipo de recurso, la Sala considera: PRIMERO: JURISDICCION Y COMPETENCIA.- Esta Sala Tercera de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, tiene potestad jurisdiccional y competencia para conocer y resolver los recursos de casación propuestos de conformidad con la ley, tanto por la creación de la Sala prevista en la Ley Orgánica Reformatoria a la Ley Orgánica de la Función Judicial, así como por el resorteo de causas penales ordenado por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, mediante resolución del 7 de diciembre y practicado el 9 de diciembre del 2005. SEGUNDO: VALIDEZ PROCESAL.- Revisado el expediente no se encuentran vicios de procedimiento que podrían generar nulidad procesal, por lo que este Tribunal de alzada declara la validez de esta causa penal. TERCERO: PRETENSION DEL RECURRENTE.- El recurrente al fundamentar el recurso manifiesta que el auto emitido el 9 de noviembre del 2004, por la Sala de lo Penal de la Corte Superior de Justicia de Tungurahua ha infringido las siguientes normas jurídicas: Art. 24 num. 2 y 13 de la Constitución Política de la República; Arts. 1, 85, 86, 143, 144 y 328 del Código de Procedimiento Penal, y, 32 del Código Penal, fundamentando la

interposición del recurso de casación amparado en las causales 1, 3 y 4 del Art. 3 de la Ley de Casación, expresando que el "auto" impugnado dictado por la Sala de lo Penal de la Corte Superior de Justicia de Ambato, en virtud de la consulta dispuesta por el inferior, vulnera el principio y garantía constitucional "Reformatio in pejus", en virtud del cual ningún Tribunal Superior puede empeorar la situación jurídica del procesado, alterándose, dice, no solo el sentido del fallo, al referirse a un delito distinto de aquel que fue investigado, acusado, juzgado y sentenciado, sino que además se le impuso una pena que no guarda proporción con la infracción, concluyendo que si bien es cierto la consulta no es propiamente un recurso procesal, esta institución fue suprimida en el año 2000, con la vigencia del nuevo Código de Procedimiento Penal. CUARTO: CONSIDERACIONES DEL MINISTERIO PUBLICO.- La Sra. Ministra Fiscal General del Estado subrogante, en su escrito presentado el 9 de febrero del 2006; ante los señores ministros de la Tercera Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, expresa en otras cosas que "del análisis de la sentencia se aprecia que el Tribunal Penal utilizó un precepto legal que no corresponde al caso debatido puesto que los hechos que los tiene como probados no encuadran en la descripción del delito de tentativa de tráfico de estupefacientes sino, en la norma que tipifica y sanciona la tenencia y posesión ilícitas de las mismas, advirtiéndose una incorrecta apreciación de las reglas relacionadas con la prueba y su valoración, las mismas que debidamente entendidas por el Tribunal de alzada, le permitieron a éste, en uso de la facultad que le concede el Art. 122 inciso 5° de la Ley Especial de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas (hoy Art. 123), reformar la sentencia subida en grado y en su lugar dictar la que en derecho corresponde. Los alegatos planteados por el recurrente Jairo Fernando Pantoja Yandún, quien en su fundamentación se refiere al principio constitucional en virtud del cual ningún Tribunal superior podrá empeorar la situación jurídica del acusado, no tiene asidero, pues conforme lo establece la doctrina y lo ratifica la jurisprudencia, este apotegma se constituye en escudo legal de quien impugna un fallo, más en el presente caso el proceso sube a la Sala de lo Penal de la H. Corte Superior de Justicia de Ambato en virtud de una consulta imperativa dispuesta por la ley de la materia, la misma que al no encontrarse expresamente derogada, conforme lo establece el Art. 39 del Código Civil, le permite al

órgano jurisdiccional consultado revocar, reformar o confirmar el fallo del inferior". Consecuentemente la representante del Ministerio Público solicita a la Sala que rechace por improcedente el recurso de casación interpuesto por el prenombrado sentenciado, toda vez que no ha demostrado que la Sala de lo Penal de la Corte Superior de Ambato, haya infringido la ley en la causa alegada, tanto más cuanto que su recurso lo fundamenta en el Art. 3, numerales 1, 3 y 4 de la Ley de Casación, que es propio en materia civil y no penal. QUINTO: FUNDAMENTACIONES DE LA SALA.- De conformidad con el Art. 349 del Código de Procedimiento Penal, el recurso de casación será procedente cuando en la sentencia se hubiera violado la ley, ya por contravenir directamente a su texto, ya por haberse hecho una falsa imputación de ella o por haberla interpretado erróneamente. La casación penal es un medio extraordinario de impugnación, de efecto suspensivo, contra sentencias definitivas que acusan errores de juicios o de actividad, expresamente señalados en la ley, para que un Tribunal Supremo y especializado las anule, a fin de unificar la jurisprudencia, proveer a la realización del derecho objetivo denunciar el injusto y reparar el agravio inferido, como señala Fabio Calderón Botero en su obra "Casación, y Revisión en Materia de Penal "; por ello, en definitiva, se sostiene que el recurso de casación es un juicio técnico jurídico, de puro derecho sobre la legalidad de la sentencia (errores in iudicando) sobre el proceso en su totalidad, o en diversos sectores del mismo (errores in procedendo); de ahí que la casación, como un juicio sobre la sentencia que es, no pueda entenderse como una instancia adicional, ni como potestad ilimitada para revisar el proceso en su totalidad, en sus diversos aspectos fácticos y normativos, sino como una fase extraordinaria, limitada y excepcional del mismo" (Torres Romero Jorge Enrique y Puyana Mutis Guillermo, Manual del recurso de casación en materia penal. Bogotá). Además, como bien anota la doctrina, tampoco le está permitido a la Sala juzgar los medios intelectivos por los cuales el juzgador arriba el convencimiento de la existencia del delito y de la responsabilidad del imputado. Como lo determina el Código de Procedimiento Penal, el Juez realiza una función de comprensión racional, conducida por la lógica del raciocinio, esencia de la sana crítica. En definitiva, en casación penal, no es permitido observar el proceso dialéctico desarrollado por el juzgador en el acto de decidir una causa.

Solamente procede analizar si en la sentencia instrumento procesal singular, se ha vulnerado la ley. Sostenemos, que en la sentencia de la Sala de lo Penal de la Corte Superior de Tungurahua, hay perfecta armonía, sindéresis y congruencia entre la parte considerativa y resolutiva de la misma, tanto más que en el considerado sexto, se establece que en la etapa del juicio se ha comprobado conforme a derecho la existencia de la infracción y la responsabilidad penal de los acusados; y en cuanto a la responsabilidad del recurrente, el juzgador analiza las declaraciones rendidas en la audiencia del juicio por los policías Robinson Octavio Tapia Casagua, Cristian Lisandro Defaz Morales y Galo Efraín Claudio Claudio, quienes en forma concordante establecen que el día viernes 9 de enero del 2004, en horas de la mañana, en las oficinas de la Unidad Postal de Ambato, ingresó el ciudadano Jairo Pantoja, portando un paquete para ser enviado a España, el que una vez revisado presentaba una sustancia de color blanca, cuyo análisis de campo, realizado y ratificado por la Policía Lourdes Cumandá Jácome Lara en la audiencia de juicio, dio como resultado clorihidrato de cocaína. Comparece además el Cabo Segundo de Policía Luis Hernán Segura Yánez, quien ante el juzgador expresa que como Agente de la Jefatura de Antinarcóticos realizó el informe en base al parte policial de detención, cuyas investigaciones le permitieron establecer que el acusado Jairo Yandún realizó dos envíos anteriores, con el mismo sistema. Consecuentemente, no encontrándose desacierto en la escogencia de la norma aplicada, y habiéndose interpuesto el recurso de casación amparado en las causales 1, 3 y 4 del Art. 3 de la Ley de Casación, que es aplicable en materia civil, no procede el recurso de casación interpuesto. SEXTO: Resolución.- Por las consideraciones expuestas, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, esta Tercera Sala de lo Penal acogiendo el dictamen de la Sra. Ministra Fiscal General del Estado, subrogante, rechaza por improcedente el recurso de casación interpuesto y ordena devolver el proceso al Tribunal Penal Primero de Tungurahua, que se le observa por la incorrecta decisión, para que ejecute la sentencia, de conformidad con el Art. 358 del Código de Procedimiento Penal. Notifíquese, devuélvase y publíquese.

Fdo.) Dres. Alfonso Zambrano Pasquel, Eduardo Franco Loor y Msc. José Robayo Campaña, Magistrados.

Certifico.

f.) Dr. Hermes Sarango Aguirre, Secretario Relator.

Certifico: Que las cuatro (4) copias que anteceden son fiel copia de su original.

Quito, 9 de mayo del 2006.

f.) Dr. Hermes Sarango Aguirre, Secretario Relator.

No. 183-2005

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
TERCERA SALA DE LO PENAL

Quito, 6 de marzo del 2006; las 10h00.

VISTOS: ANTECEDENTES.- El Juez Décimo Cuarto de lo Penal de Pichincha mediante sentencia emitida el 30 de julio del 2004 dictada a las 15h20, desecha la querella deducida por Mauricio Elejalde Astudillo en contra de Franklin Wladimir Oleas Fiallos. De esta sentencia el acusador particular interpone recurso de apelación y con fecha 7 de diciembre del 2004 a las 08h20 la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Superior de Justicia de Quito, confirma la sentencia dictada por el Juez del primer nivel, ante lo cual el Dr. Mauricio Elejalde Astudillo presenta recurso de casación y habiendo concluido el trámite para este tipo de recurso, la Sala considera: PRIMERO: JURISDICCION Y COMPETENCIA.- Esta Sala tiene potestad jurisdiccional y competencia para conocer y resolver el recurso de casación tanto por la creación de la Sala prevista en la Ley Orgánica Reformatoria a la Ley Orgánica de la Función Judicial, así como por el resorteo de causas penales ordenado por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, mediante resolución del 7 de diciembre y practicado el 9 de diciembre del 2005.

Además mediante la Resolución del Tribunal Constitucional No. 006-03-01, publicado en el Registro Oficial No. 194 de 21 de octubre del 2003 se viabiliza el recurso de casación en los delitos de acción penal privada. SEGUNDO: VALIDEZ PROCESAL.- Revisado el expediente no se encuentran vicios de procedimiento que podrían generar nulidad procesal, por lo que este Tribunal de alzada declara la validez de esta causa penal. TERCERO: ALEGACIONES DEL RECURRENTE.- El recurrente en su largo memorial sostiene, entre otras cosas que la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Superior de Justicia de Quito ha violado el Art. 179 del Código de Procedimiento Civil, norma supletoria del Código de Procedimiento Penal, de igual manera el Art. 86 del Código de Procedimiento Penal que establece que la prueba se la apreciará en conjunto y de acuerdo con la sana crítica, que su recurso es completamente admisible, toda vez que la sentencia recurrida ha violado la ley en los tres casos contemplados en dicho artículo: a) Contraviniendo expresamente su texto; b) Por aplicarse falsamente la ley; y, c) Por interpretación errónea de la ley; debiendo aceptar el recurso dictando la sentencia que en derecho correspondería esto es, la condena a Franklin Wladimir Oleas Fiallos, como autor del delito tipificado en el Art. 494 del Código Penal. CUARTO: CONSIDERACIONES DE LA SALA.- La casación es un recurso extraordinario que procede únicamente cuando en la sentencia se hubiere violado la ley; ya por contravenir expresamente a su texto, ya por haberse hecho una falsa aplicación de ella o por haberla interpretado erróneamente; en la especie, la sentencia de la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Superior de Justicia de Quito se ha dictado de acuerdo con la ley y ostenta los requisitos de plena validez, en su fondo y en su forma, toda vez que en los considerandos y en la resolución se guarda completa armonía. Cabe anotar que el Art. 86 del Código Procedimiento Penal manifiesta que toda prueba será apreciada por el Juez o Tribunal conforme a las reglas de la sana crítica y como ha sostenido la doctrina y la ley no corresponde a la Sala valorar nuevamente las pruebas; al contrario se aprecia en la sentencia que se ha dado plena validez a los preceptos constitucionales y legales de la Legislación Ecuatoriana por lo que no procede el recurso. SEXTO: RESOLUCION.- Por las consideraciones expuestas, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, la Tercera Sala de lo Penal de la

Corte Suprema de Justicia, fundada en lo dispuesto en el Art. 358 del Código de Procedimiento Penal, declara improcedente el recurso de casación planteado. Notifíquese, devuélvase.

Fdo.) Dres. Alfonso Zambrano Pasquel, Eduardo Franco Loor y Msc. José Robayo Campaña, Magistrados.

Certifico.- f.) Dr. Hermes Sarango Aguirre, Secretario Relator.

Certifico: Que la copia que antecede es fiel copia de su original.- Quito, 9 de mayo del 2006.

f.) Dr. Hermes Sarango Aguirre, Secretario Relator.

No. 241-2005

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
TERCERA SALA DE LO PENAL

Quito, 8 de marzo del 2006; a las 11h00.

VISTOS: Con fecha 15 de septiembre del 2000, a las 15h00, el Primer Tribunal Penal del Azuay, dicta sentencia condenatoria a los procesados Carlos Patricio Narváez Patiño poniéndole la pena de tres años de reclusión menor, como autor del delito tipificado y sancionado en el inciso primero del Art. 187 del Código Penal, y dicta sentencia absolutoria a favor de Luis Antonio Chamba Gordillo y Manuel Cruz Chamba Gordillo. El Agente Fiscal Primero de lo Penal del Azuay Dr. Lautaro Octavio Ríos Arízaga presenta recurso de casación de la antes referida sentencia; y habiéndose concluido el trámite previsto para este tipo de recurso, la Sala considera: PRIMERO: JURISDICCION Y COMPETENCIA.- Esta Tercera Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, tiene potestad jurisdiccional y competencia para conocer y resolver los recursos de casación propuestos de conformidad a ley, tanto por la creación de la

Sala prevista en la Ley Orgánica Reformatoria a la Ley Orgánica de la Función Judicial, así como por el resorteo de causas penales ordenado por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia; mediante resolución del 7 de diciembre y practicado el 9 de diciembre del 2005; y en cumplimiento de la resolución del Pleno de la Corte Suprema de Justicia del 8 de diciembre del 2004 y ratificada por el Pleno de la Corte Suprema del 18 de enero del 2006. SEGUNDO: VALIDEZ PROCESAL.- Revisado el expediente no se encuentran vicios de procedimiento que podrían generar nulidad procesal, por lo que este Tribunal de alzada declara la validez de esta causa penal. TERCERO: FUNDAMENTACION DEL MINISTERIO PUBLICO.- El Ministro Fiscal General subrogante, en el escrito de fundamentación del recurso presentado el 24 de noviembre del 2000 ante los señores ministros jueces de la Primera Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, que conocían el caso en aquella época, entre otras cosas manifiesta que "no existe congruencia en las conclusiones a las cuales ha llegado el juzgador, pues al considerar que Carlos Narváez conjuntamente con Luis Antonio y Manuel Cruz Chamba Gordillo, planificaron el rapto de Adolfo Sinchi según se desprende del testimonio del primero, se establece que se ha interpretado erróneamente la ley, ya que de la prueba analizada en la sentencia se desprende que dichos encausados planificaron e igualmente intervinieron los hermanos Chamba Gordillo en el cometimiento del ilícito y quienes inusitadamente son absueltos por el Tribunal". Sostiene el representante del Ministerio Público "que el delito cometido y el grado de responsabilidad de los procesados que establece el Tribunal, llevan a la conclusión de que efectivamente se ha cometido el delito tipificado y sancionado por el Art. 189 numeral 7 del Código Penal y al no hacerlo se ha violado esta disposición legal y las de valoración de la prueba, por lo que considero que debe casarse la sentencia y enmendando el error en que ha incurrido se imponga a Carlos Patricio Narváez, Luis Antonio Chamba Gordillo y Manuel Cruz Chamba Gordillo, la pena prevista en la disposición mencionada". CUARTO: CONSIDERA-CIONES DE LA SALA.- La casación penal es un medio extraordinario de impugnación, de efecto suspensivo, contra sentencias definitivas que acusan errores de juicios o de actividad, expresamente señalados en la ley, para que un Tribunal supremo y especializado, las anule, a fin de unificar la jurisprudencia, proveer a la realización del derecho objetivo,

denunciar el injusto y reparar el agravio inferido, como señala Fabio Calderón Botero en su "Casación y Revisión en Materia Penal". Por ello es claro, en definitiva, que "el recurso de casación es un juicio técnico jurídico, de puro derecho sobre la legalidad de la sentencia (errores in iudicando) sobre el proceso en su totalidad o en diversos sectores del mismo (errores in procedendo); de ahí que la casación, como un juicio sobre la sentencia que es, no pueda entenderse como una instancia adicional, ni como potestad ilimitada para revisar el proceso en su totalidad, en sus diversos aspectos fácticos y normativos, sino fase extraordinaria, limitada y excepcional del mismo" (Torres Romero Jorge Enrique y Puyana Mutis Guillermo, Manual del recurso de casación en materia penal. Bogotá). Por nuestra parte consideramos que en el recurso de casación no se puede revisar las pruebas actuadas dentro del proceso, las mismas que ya fueron apreciadas por el Tribunal Penal en la sentencia. Se observa que la sentencia del Primer Tribunal Penal del Azuay se determina con claridad la existencia material de la infracción y se narra en el considerando tercero que de la prueba detallada se concluye que se ha probado conforme a derecho la existencia del delito de detención ilegal de Adolfo María Sinchi, quien ha sufrido tormentos corporales, delito tipificado y reprimido en el inciso primero del Art. 187 del Código Penal, sin que haya probado las circunstancias constantes en los incisos segundo y tercero del referido artículo, es decir, que los tormentos hayan causado lesiones permanentes o la muerte; en el considerando cuarto se hacen consideraciones sobre la responsabilidad de Carlos Narváez y en el considerando quinto el juzgador hace las consideraciones debidas sobre la responsabilidad de Luis Chamba y Manuel Chamba. El recurrente, sin lugar a dudas no han probado violación de la ley en la sentencia o una aplicación indebida del precepto legal y pretende que la Sala analice las pruebas. En reiteradas ocasiones este alto Tribunal de Justicia ha determinado que en materia penal la casación ataca solo sentencias definitivas, pues no es un mecanismo que promueve la unidad jurisdiccional y por lo tanto la casación no permite el examen total del proceso. Como quedó precisado, en casación penal a la Sala le está vedado examinar los autos en su integridad, así como no puede ordenar o acceder a la producción de nuevas pruebas. Como sostiene la jurisprudencia, "es tan restrictivo este recurso, que incluso ha llegado a sostenerse, como

tesis extrema, que a las salas de casación penal no debería remitirse más piezas que la sentencia y las que contienen interposición y concesión del recurso. Puede haber lugar a casación si en la sentencia que se impugna no han sido determinadas las pruebas en que se apoya la declaración de comprobación de la existencia del delito o la de responsabilidad del procesado. Pero si en el fallo si se hacen estas precisiones, no puede aceptarse que la Sala haga nuevamente una estimación de la prueba que ya fue considerada por el Tribunal Penal" (Gaceta Judicial, Serie XVIII - No. 13 septiembre/diciembre 2003-pág. 4297). Además, como bien anota la jurisprudencia antes anotada, tampoco le está permitido a la Sala juzgar los medios intelectivos por los cuales el juzgador arriba al convencimiento de la existencia del delito y de la responsabilidad del imputado. Como lo determina el Código de Procedimiento Penal, el Juez realiza una función de comprensión racional, conducida por la lógica del raciocinio, esencia de la sana crítica. En definitiva en casación penal no es permitido observar el proceso dialéctico desarrollado por el juzgador en el acto de decidir una causa. Solamente procede a analizar si en la sentencia, instrumento procesal singular, se ha vulnerado la ley. En la especie observamos que en la sentencia del Primer Tribunal de lo Penal del Azuay, hay perfecta armonía entre la parte considerativa y la parte resolutiva. Si el Tribunal Penal tiene la certeza de la existencia de un hecho objetivamente antijurídico, que se adecua al tipo trazado en el inciso primero del Art. 187 del Código Penal, esta calificación no constituye violación de la ley en la sentencia. Además, como establece la jurisprudencia el juzgador tampoco transgrede la norma, el hecho de que no apruebe las argumentaciones y alegaciones de la defensa, o que desestime pruebas actuadas a petición de los sujetos procesales. En otras palabras la valoración del caudal probatorio es facultad privativa del Juez, quien debe a efecto atender los principios de la sana crítica. La Sala considera que no se encuentra desacierto en la escogencia de las normas aplicadas, que es lo que en definitiva censuran los recurrentes. Si como acontece en la especie, en la sentencia definitiva constan las circunstancias específicas de la infracción, y se ha impuesto una pena comprendida dentro de los límites fijados en el Art. 187 del Código Penal, descriptivo del tipo, en otros términos, como se ha dicho, que las conclusiones en las que se apoya la decisión, guardan armonía con los hechos

analizados y valorados en la parte motiva, es de rigor deducir que la sentencia no adolece de error de derecho y que, consecuentemente, no procede el recurso de casación. SEXTO: RESOLUCION.- Por las consideraciones expuestas, esta Tercera Sala de lo Penal, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, rechaza por improcedente el recurso de casación interpuesto y ordena devolver el proceso al inferior para que ejecute la sentencia, de conformidad con el Art. 358 del Código de Procedimiento Penal. Notifíquese, publíquese y devuélvase.

Fdo.) Dres. Alfonso Zambrano Pasquel, Eduardo Franco Loor y Msc. José Robayo Campaña, Magistrados.

Certifico.- f.) Dr. Hermes Sarango Aguirre, Secretario Relator.

Certifico: Que las tres (3) copias que anteceden son fiel copia de su original.- Quito, 9 de mayo del 2006.

f.) Dr. Hermes Sarango Aguirre, Secretario Relator.

No. 275-2005

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
TERCERA SALA DE LO PENAL

Quito, 8 de marzo del 2006; a las 10h40.

VISTOS: El 1° de noviembre del 2001, a las 11h43, el Tercer Tribunal Penal del Guayas, dicta sentencia condenatoria al procesado Alfonso Daniel Burbano Palas, penándolo con dieciséis años de reclusión mayor extraordinaria y a una multa de doscientos salarios mínimos vitales generales, en su calidad de autor responsable del delito previsto y reprimido en el Art. 64 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas; de la antes referida sentencia la Tercera Sala de la Corte Superior de

Justicia Guayaquil confirmó la sentencia consultada en su total contenido el 18 de febrero del 2002, a las 17h20; sentencia de la cual interpuso recurso de casación el condenado; y, habiéndose concluido el trámite para este tipo de recurso, la Sala considera: PRIMERO: JURISDICCION Y COMPETENCIA.- Esta Tercera Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, tiene potestad jurisdiccional y competencia para conocer y resolver el recurso de casación propuesto de conformidad con la ley, tanto por la creación de la Sala prevista en la Ley Orgánica Reformatoria a la Ley Orgánica de la Función Judicial, así como por el resorteo de causas penales ordenado por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, mediante resolución del 7 de diciembre y practicado el 9 de diciembre del 2005. SEGUNDO: VALIDEZ PROCESAL.- Revisado el expediente no se encuentran vicios de procedimiento que podrían generar nulidad procesal, por lo que este Tribunal de alzada declara la validez de esta causa penal. TERCERO: PRETENSION DEL RECURRENTE: El recurrente Alfonso Daniel Burbano Palas en el escrito de fundamentación del recurso que obra de fs. 4 a 7 del cuaderno de la Sala, manifiesta que "a) El Tercer Tribunal Penal del Guayas invoca como sustento de su sentencia un peritaje inexistente suscrito por un perito distinto a los designados, de lo que concluye que su condena se basa en una prueba mal actuada, por lo que a su criterio no se ha justificado conforme a derecho la existencia del delito; y, b) Que la Sala de esta manera ha violado la garantía del debido proceso señalada en el numeral 14 del Art. 24 de la Carta Política del Estado; los artículos 61, 157, 259, 261, 271, 273, 274, 286, 287, 292 y 326 inciso 2º del Código de Procedimiento Penal de 1983". CUARTO: CONSIDERACIONES DEL MINISTERIO PUBLICO.- El Director General de Asesoría subrogante de la Ministra Fiscal General, en su escrito presentado el 16 de agosto del 2002 ante los señores ministros de la Primera Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, que conocían del caso en aquella época, expresa entre otras cosas, que "el texto de la sentencia no revela que las pruebas constantes en el proceso hayan sido obtenidas con violación a normas constitucionales o legales para que carezcan de validez; además, la Sala cita cuidadosamente los actos procesales que le sirvieron de fundamento para establecer la existencia material del delito y la responsabilidad punitiva del recurrente, es decir, cumpliendo de esta manera el mandato legal contenido en los

Arts. 61 y 333 numerales 3 y 4 del anterior Código de Procedimiento Penal". Consecuentemente el representante del Ministerio Público solicita a la Sala que rechace por improcedente el recurso de casación interpuesto por el prenombrado sentenciado, toda vez que no ha demostrado que la Tercera Sala de la Corte Superior de Guayaquil haya violado en la sentencia las disposiciones legales citadas en el escrito de fundamentación del recurso. QUINTO: FUNDA-MENTACIONES DE LA SALA.- De conformidad con el Art. 349 del Código de Procedimiento Penal, el recurso de casación será procedente cuando en la sentencia se hubiera violado la ley, ya por contravenir directamente a su texto, ya por haberse hecho una falsa imputación de ella o por haberla interpretado erróneamente. La casación penal es un medio extraordinario de impugnación de efecto suspensivo, contra sentencias definitivas, que acusan errores de juicios o de actividad, expresamente señalados en la ley, para que un Tribunal Supremo y especializado, las anule, a fin de unificar la jurisprudencia, proveer a la realización del derecho objetivo, denunciar el injusto y reparar el agravio inferido, como señala Fabio Calderón Botero en su "Casación y Revisión en Materia Penal". Por ello, en definitiva, se sostiene que: "el recurso de casación es un juicio técnico jurídico, de puro derecho sobre la legalidad de la sentencia (errores in iudicando) sobre el proceso en su totalidad o en diversos sectores del mismo (errores in procedendo); de ahí que la casación como un juicio sobre la sentencia que es, no pueda entenderse como una instancia adicional, ni como potestad ilimitada para revisar el proceso en su totalidad, en sus diversos aspectos fácticos y normativos, sino como una fase extraordinaria limitada y excepcional del mismo" (Torres Romero Jorge Enrique y Puyana Mutis Guillermo, Manual del recurso de casación en materia penal. Bogotá). Por nuestra parte consideramos que en el recurso de casación no se pueden revisar las pruebas actuadas dentro del proceso, las mismas que ya fueron apreciadas por el juzgador de la sentencia. En reiteradas ocasiones la Corte Suprema de Justicia determina que en materia penal la casación ataca solo sentencias definitivas, y por cuanto no es un mecanismo que promueve una instancia, la casación no permite el examen total del proceso. Este recurso tiene como objeto inmediato la sentencia que ha recibido impugnaciones por acusar errores in iudicando. En definitiva, en casación penal a la sala le está vedado examinar los autos en su

integridad, así como no puede ordenar o acceder a la producción de nuevas pruebas, ni volver a valorar las actuadas. Como sostiene la jurisprudencia: "es tan restrictivo este recurso, que incluso ha llegado a sostenerse, como tesis extrema, que a las salas de casación penal no debería remitirse más piezas que la sentencia y las que contienen interposición y concesión del recurso. Puede haber lugar a casación si en la sentencia que se impugna no han sido determinadas las pruebas en que se apoya la declaración de comprobación de la existencia del delito o la de responsabilidad del procesado. Pero si en el fallo si se hacen estas precisiones, no puede aceptarse que la Sala haga nuevamente una estimación de la prueba que ya fue considerada por el Tribunal Penal (Gaceta Judicial, Serie XVIII - No. 13 septiembre/diciembre 2003 -pág. 4297). La Sala observa que en el considerando tercero de la sentencia impugnada se encuentra probada conforme a derecho la existencia material de la infracción, objeto procesal por: 3-1) Parte de la detención (fs. 3) del hoy imputado en el modo, forma, tiempo y lugar antes transcrito; 3-2) Informe de la investigación policial antinarcóticos (fs. 6-13) contentivo de la pormenorización de los hechos y conclusiones. 3-3) Evidencias (fs. 20-21, 34-38) documentales al acusado al momento de su aprehensión. 3-4) Partes informativos (fs. 23 a 25) de la expulsión del estómago de Burbano Palas de un total de 80 cápsulas, cuyo examen por la policía arroja positivo de cocaína. 3-5) Acta de pesaje, toma de muestra cápsulas, 900 gramos, prueba de campo positivo de clorhidrato de cocaína (fs 26, 62 a 67, 3-6). 3-6) Informe y análisis químico realizado en el Instituto de Higiene Leopoldo Izquieta Pérez, positivo a cocaína. 3-7) Actas de entrega recepción de estupefacientes (fs. 84). 3-8) Reconocimiento, pesaje y toma de muestras para análisis químico (fs. 85). En cuanto a la determinación de la responsabilidad del procesado la Sala recurre al parte de detención en flagrancia, el informe de investigación policial con sus conclusiones y analiza el testimonio informal rendido por Burbano Palas, en el que acepta la comisión de la infracción, relatando detalladamente su participación junto con el cosindicado N. Bazurto, apoya también su convicción en los partes informativos de la expulsión en tres etapas, de 80 cápsulas que contenían droga. Existe perfecta armonía y consonancia sistemática entre la parte considerativa y resolutiva de la sentencia, apreciándose que no se han producido ninguna de las violaciones legales o falsa interpretación de ley que

alega el recurrente. No se encuentra desacierto en la escogencia de la norma aplicada: así como acontece en la especie en la sentencia definitiva constan las circunstancias específicas de la infracción, y se ha impuesto una pena comprendida de entre los límites fijados en el Art. 64 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, por lo que no procede el recurso de casación. SEXTO: RESOLUCION.- Por las consideraciones expuestas, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, esta Tercera Sala de lo Penal acogiendo el dictamen del representante del Ministerio Público, rechaza por improcedente el recurso de casación interpuesto y ordena devolver el proceso al inferior para que ejecute la sentencia, de conformidad con el Art. 382 del Código de Procedimiento Penal. Notifíquese y publíquese.

Fdo.) Dres. Alfonso Zambrano Pasquel, Eduardo Franco Loor y Msc. José Robayo Campaña, Magistrados.

Certifico.

f.) Dr. Hermes Sarango Aguirre, Secretario Relator. Certifico: Que las tres (3) copias que anteceden son fiel copia de su original.

Quito, 9 de mayo del 2006.

f.) Dr. Hermes Sarango Aguirre, Secretario Relator.

No. 281-2005

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
TERCERA SALA DE LO PENAL

Quito, 16 de marzo del 2006; a las 15h00.

VISTOS: ANTECEDENTES.- El 15 de abril del 2002 a las 14h30, el Cuarto Tribunal Penal de Pichincha, dicta sentencia condenatoria y declara a Luis Alfonso Guerra

Valencia como autor responsable del delito de asesinato tipificado y sancionado en el Art. 450, con la circunstancia del numeral 1 del Código Penal, por lo que le impone la pena modificada de ocho años de reclusión mayor ordinaria. Del fallo definitivo interpone recurso de casación el condenado; y, una vez concluido el trámite previsto para este tipo de recurso, la Sala considera: PRIMERO: COMPETENCIA.- Esta Sala tiene potestad jurisdiccional y competencia para conocer y resolver el recurso de casación propuesto por el condenado, tanto por la creación de la Sala prevista en la Ley Orgánica Reformatoria a la Ley Orgánica de la Función Judicial, así como por el resorteo de causas penales ordenado por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, mediante resolución del 7 de diciembre y practicado el 9 de diciembre del 2005. SEGUNDO: VALIDEZ PROCESAL.- Revisado el expediente no se encuentran vicios de procedimiento que podrían generar nulidad procesal, por lo que este Tribunal de alzada declara la validez de esta causa penal. TERCERO: ALEGACION DEL RECURRENTE.- El recurrente al fundamentar el recurso manifiesta entre otras cosas, que en la sentencia impugnada, se han violado los artículos 250 y 252 del Código de Procedimiento Penal vigente, porque se le ha sancionado sin cumplir las exigencias de tales disposiciones legales; además que no se ha determinado ni individualizado a la persona que cometió el hecho punible. Dice también que se violó el Art. 461 del Código Penal por cuanto el hecho acusado no está tipificado en el Art. 450 con la circunstancia del numeral 1 ibídem; y, el Art. 25 del propio Código Penal por haber demostrado que la riña fue provocada por el hoy occiso y por los fuertes ataques a la honra y a la dignidad que recibió su cónyuge; sostiene que en el evento no consentido de no aceptarse la falsa aplicación del Art. 450 con la circunstancia del numeral 1 del Código Penal y no estimen la aplicación del Art. 461 de la misma ley, la Sala deberá considerar lo dispuesto en el Art. 449 del Código Penal, disposición legal que fue aplicada en el dictamen acusatorio por el Agente Fiscal, así como por el Juez Quinto de lo Penal que dictó el auto de llamamiento a plenario y que la jurisprudencia lo determina claramente en la Gaceta Judicial No. 2337 del año XCVII de la serie XVI-9 que establece: "no existe alevosía cuando la agresión que causa la muerte se produce en riña y en estado de ebriedad". CUARTO: CONSIDERACIONES DEL MINISTERIO PUBLICO.- El señor, Director

General de Asesoría, subrogante de la Ministra Fiscal General del Estado, en el escrito presentado el 3 de septiembre del 2002, ante los señores ministros de la Primera Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, que conocían el caso en aquella época sostiene, entre otras cosas que "en relación con las disposiciones legales citadas por el reo Luis Alfonso Guerra Valencia y que a su criterio han sido violadas por el Tribunal, se advierte que el texto de la sentencia cita las pruebas que sirvieron de sustento para determinar tanto la existencia del delito como la autoría del impugnante. Por otra parte el fallo no revela las circunstancias específicas y constitutivas del homicidio excusable que claramente señala el Art. 25 del Código Penal, pues no se menciona que haya existido provocación por parte del occiso ni maltratos graves de obra o fuertes ataque a la honra y dignidad de su cónyuge, para que proceda la alegación contenida en el citado Art. 25; y, más bien está claramente especificado que él fue el autor de la puñalada que causó la muerte de Freddy Villacrés que no es en riña como es su pretensión; tampoco se puede calificar el hecho antijurídico como homicidio simple porque el reo actuó con alevosía dadas las circunstancias en que se produjeron los acontecimiento". El representante del Ministerio Público, sostiene que el Tribunal ha procedido correctamente en la tipificación del delito y la imposición de la pena al procesado Luis Alfonso Guerra Valencia, por lo que no ha violado la ley en la sentencia. Consecuentemente solicita a la Sala que rechace por improcedente el recurso de casación interpuesto por el prenombrado sentenciado. QUINTO: CONSIDERA-CIONES DE LA SALA.- La casación es un recurso extraordinario que procede únicamente cuando en la sentencia se hubiere violado la ley; ya por contravenir expresamente a su texto, ya por haberse hecho una falsa aplicación de ella o por haberla interpretado erróneamente. El recurrente, sin lugar a dudas no ha probado violación de la ley en la sentencia o una aplicación indebida del precepto legal y pretende que la Sala analice las pruebas. En reiterados fallos la Corte Suprema de Justicia ha venido sosteniendo que en materia penal la casación ataca solo sentencias definitivas, por cuanto no es un mecanismo que promueve una instancia, la casación no permite el examen total del proceso. Este recurso tiene como objeto inmediato la sentencia que ha recibido impugnaciones por acusar errores in iudicando; y como se ha dicho, apartándose de la naturaleza de la casación en el ámbito penal, el

procesado pretende que la Sala actúe como Tribunal de instancia. Como quedó precisado, en casación penal a la Sala le está vedado examinar los autos en su integridad, así como no puede ordenar o acceder a la producción de pruebas, ni volver a valorar las actuadas. Como sostiene la jurisprudencia, "es tan restrictivo este recurso, que incluso ha llegado a sostenerse, como tesis extrema, que a las salas de casación penal no debería remitirse más piezas que la sentencia y las que contienen interposición y concesión del recurso. Puede haber lugar a casación si en la sentencia que se impugna no han sido determinadas las pruebas en que se apoya la declaración de comprobación de la existencia del delito o la de responsabilidad del procesado. Pero si en el fallo si se hacen estas precisiones, no puede aceptarse que la Sala haga nuevamente una estimación de la prueba que ya fue considerada por el Tribunal Penal" (Gaceta Judicial, Serie XVIII - No. 13 septiembre/diciembre 2003 -pág. 4297). Además, como bien anota la jurisprudencia antes señalada tampoco le está permitido a la Sala juzgar los medios intelectivos por los cuales el juzgador arriba al convencimiento de la existencia del delito y de la responsabilidad del imputado. Como lo determina el Código de Procedimiento Penal, el Juez realiza una función de comprensión racional, conducida por la lógica del raciocinio, esencia de la sana crítica. En definitiva, en casación penal no es permitido observar el proceso dialéctico desarrollado por el juzgador en el acto de decidir una causa. Solamente procede analizar si en la sentencia, instrumento procesal singular, se ha vulnerado la ley. En la especie, sostenemos que en la sentencia del Cuarto Tribunal Penal de Pichincha hay perfecta armonía, sindéresis y congruencia entre la parte considerativa y resolutiva de la misma, tanto más que en el considerando cuarto de la sentencia se establece que el delito se ha comprobado conforme a derecho, con las piezas procesales actuadas de acuerdo con las disposiciones del Código de Procedimiento Penal: a) El informe de autopsia No. 1067-65-PA-DML-2001, de septiembre 16 del 2001, efectuado luego del levantamiento e identificación del cadáver, que ha debido realizarse, informe suscrito por el médico legista de la policía, en cuyas conclusiones establece que, la causa evidente de la muerte violenta de Freddy Orlando Villacrés Paredes, ha sido hemorragia aguda interna, laceración de pulmón izquierdo, consecutivos a penetración de arma corto punzo cortante, lo que constituye la causa

evidente de su muerte violenta (fs. 2 a 5). El Dr. Enrique Santillán compareció ante este Tribunal, al juicio, y reconoció ser el autor del aludido informe, así también de su firma y rúbrica impuestos en el documento de fs. 212; b) La inspección ocular técnica al escenario del delito, realizada que ha sido, según en el juicio manifestaron los testigos: Segundo Moyón, Edwin Osorio y Jorge Almachi, por parte del SIOT o Servicio de Inspección Ocular Técnica de la Policía Judicial, en cuyo informe describen el lugar de los hechos, examinan el cadáver, identifican a la víctima, y presentan fotografías, en las cuales se observa el cerramiento con malla de una cancha deportiva, huellas de sangre en la calle, un inmueble, la víctima y un cuchillo ensangrentado (fs. 9 a 36); lugar de los hechos, que a su vez, ha sido reconocido con dos peritos, en el cual han observado el inmueble No. 208, calle Luzaranga y Av. Cardenal de la Torre, con vidrios rotos y señales de una fiesta, huellas de sangre; avanzando 60 metros hasta la Av. Cardenal de la Torre, giran a la izquierda y han visto una piedra cuadrada en el piso con ligeras huellas que podrían ser de sangre, continúa avanzando y a unos cinco metros aproximados ha habido una caseta de control de buses Juan Pablo II, en donde hay unas canchas deportivas con cerramiento de malla (fs. 109 a 120). Con respecto a la responsabilidad del acusado el juzgador examina las pruebas actuadas durante el juicio mencionándolas en el considerando quinto de la sentencia y que son: testimonio propio del señor Segundo Miguel Montalvo Barquín, testigo presencial del hecho, chofer de una buseta Juan Pablo II, quien manifiesta que a eso de las 6 de la mañana salía a coger turno, laborar en la buseta Juan Pablo II, y se percató de la existencia de una riña, en un callejón de Solanda, que eran unos cuatro hombres y tres mujeres, que uno tenía un cuchillo y le dió alcance a un señor y "le pegó una puñalada por la parte de atrás", afectado que se ha dado la vuelta mientras que el agresor ha querido darle otra puñalada, pero, esquivándose; que ha caminado unos 20 metros y se ha desplomado, llevándole los familiares en un taxi. Además, reconoció al acusado presente en la audiencia, como el autor de dicha puñalada, y que ese día vestía pantalón crema y camiseta blanca. Testimonios de los policías Segundo Manuel Moyón Tixi, Edwin Marcelo Osorio Santos y Jorge Hernán Almachi Toapanta, quienes coinciden en que por disposición de la central de radiopatrullas, acudieron hasta un escalón o callejón de Solanda, en donde

había habido una riña, con el resultado de un herido, ocasionado por un ciudadano que vestía pantalón crema y camiseta blanca, a quien luego del rastreo en la zona dieron con él y le detuvieron, entre otros; que, después supieron que el herido había fallecido. Reconocieron al acusado como al ciudadano que el día de la detención se encontraba vestido con pantalón crema y camiseta blanca, inclusive, los testigos: Edwin Osorio Santos y Jorge Hernán Almachi dicen que la camiseta del acusado tenía manchas de sangre. Por su parte, el Cabo Segundo Manuel Moyón reconoce ser el autor del parte de aprehensión a Luis Alfonso Guerra Valencia inclusive el juzgador en el considerando séptimo de la sentencia asegura que se ha demostrado con prueba suficiente y completa con los documentos y diligencia expresados en los considerandos que anteceden, tanto el ilícito como la responsabilidad del acusado, en el hecho de sangre que terminó con la existencia de un ser humano, en vida con actividad de policía, quien murió por la herida causada en su tórax a la altura del pulmón, lo que determina inequívocamente la intención que tuvo su causante, además, en circunstancia en que huía del agresor y fue herido por atrás, como relata el testigo presencial del hecho Segundo Miguel Montalvo, chofer de una buseta que a esa hora pasaba por el lugar, lo que determina alevosía acorde con lo que se define en la doctrina. Consecuentemente la Sala considera que no se encuentra desacierto en la escogencia de la norma aplicada, y se ha impuesto una pena comprendida dentro de los límites fijados en el Art. 450 circunstancia primera del Código Penal, por lo que no procede el recurso de casación, toda vez que no hay violación de la ley en la sentencia, en consideración además de que la valoración del caudal probatorio es facultad privativa del Juez, quien debe a efecto atender los principios de la sana crítica. SEXTO: RESOLUCION.- Por las consideraciones expuestas, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, la Tercera Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, fundada en lo dispuesto en el Art. 358 del Código de Procedimiento Penal, acoge el criterio manifestado por el Ministerio Público y declara improcedente el recurso de casación planteado, ordenando devolver el proceso al inferior para que ejecute la sentencia. Notifíquese y publíquese.

Fdo.) Dres. Alfonso Zambrano Pasquel, Eduardo Franco Loor y Msc. José Robayo Campaña, Magistrados.

Certifico.

f.) Dr. Hermes Sarango Aguirre, Secretario Relator.

Certifico: Que las cuatro (4) copias que anteceden son fiel copia de su original.

Quito, 9 de mayo del 2006.

f.) Dr. Hermes Sarango Aguirre, Secretario Relator.

No. 297-2005

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
TERCERA SALA DE LO PENAL

Quito, 8 de marzo del 2006; a las 09h45.

VISTOS: ANTECEDENTES.- La Tercera Sala de lo Penal de la Corte Superior de Justicia de Quito; el 21 de junio del 2002, a las 09h00, dicta sentencia desechando la demanda colusoria presentada por la señora Ivonne Catalina Yépez Moya en contra de AUTORUSIA S.A. y ABN AMRO BANK, sentencia que ha sido notificada el 21 de junio del 2002 y apelada oportunamente por la actora con adherencia de Marcos Malo Acosta, Gerente y representante legal de AUTORUSIA S.A. Radicada la competencia en la Primera Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia y habiendo dado cumplimiento a lo expresado en el primer inciso del Art. 8 de 1a Ley para el Juzgamiento de la Colusión, para resolver, la sala considera: PRIMERO: COMPETENCIA.- Esta Sala tiene potestad jurisdiccional y competencia para conocer y resolver el recurso de apelación propuesto por Ivonne Catalina Yépez Moya con adherencia del demandado Marcos Malo Acosta, tanto por lo previsto en el Art. 8 de la Ley para el Juzgamiento de la Colusión, como por la creación de la Sala prevista en la

Ley Orgánica de la Función Judicial, y el resorteo de causas penales ordenado por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, mediante resolución del 7 de diciembre y practicado el 9 de diciembre del 2005. SEGUNDO: VALIDEZ PROCESAL.- Revisado el expediente no se encuentran vicios de procedimiento que podrían generar nulidad procesal, por lo que este Tribunal de alzada declara la validez de esta causa colusoria, pese a que la providencia de 18 de agosto del 2003 anuncia "autos para resolver", y la inexplicable demora en la resolución. TERCERO: FUNDAMENTOS DE LA DEMANDA.- La actora manifiesta que el 10 de diciembre de 1997 AUTORUSIA S.A., le vendió un automóvil Skoda Felicia, 1.36 LX/98, motor No. 2817240, chasis No. TMBEEA614W0731795 color rojo, modelo 1997, por la suma de 46'999.959 sucres, equivalente a 10.400 dólares al tipo de cambio vigente a la fecha de transacción; que la transacción se pactó a plazo con el financiamiento del ABN AMRO BANK y contempló el pago de 1.200 dólares al contado, y por el saldo 9.200 dólares, suscribió un pagaré en blanco al que posteriormente le han agregado fechas de suscripción o aceptación de vencimiento, plazo, tipo de interés, monto, nombre de la persona a quien o cuya orden, supuestamente se debía efectuar el pago, elementos que a su criterio son falsificados. Que pese a haber pagado al acreedor los apoderados y representantes legales de ABN AMRO BANK sucursal Ecuador, señores María Rebeca Pazmiño Estrella y Andrés Antonio José Ruales Estupiñán demandaron el embargo y remate del vehículo de su propiedad, el que fue gravado con prenda comercial ordinaria para garantizar el pago. Así mismo que por los vicios ocultos del vehículo en referencia, demandó a AUTORUSIA la rebaja del precio, por lo que en sentencia de 18 de agosto de 1999, el Juez Vigésimo Primero de lo Civil de Pichincha condenó a la rebaja del 75% del precio pactado por la compraventa del vehículo, así como al pago de perjuicios, lucro cesante y daño emergente, hecho que Ivonne Yépez Mora comunicó al Gerente de ABN AMRO BANK para que se procediera a la rebaja establecida en sentencia, sin embargo, estas empresas pretenden dolosamente a través del embargo y remate del automotor, eludir el cumplimiento de esta sentencia para beneficiarse del cobro de un instrumento de crédito inválido por carecer de los requisitos previstos en los numerales 2, 3 y 5 del Art. 486 del Código de Comercio. Fundada en estos antecedentes demanda para que en sentencia se

declare: a) La nulidad del contrato de prenda comercial ordinaria, de 12 de diciembre de 1997, suscrito por Ivonne Catalina Yépez Moya y ABN AMRO BANK constituido sobre el vehículo marca Skoda Felicia, e igualmente se declare sin valor el pagaré que dolosamente ha usado ABN AMRO BANK, sucursal Ecuador, al cuantificarlo en 6.500,23 dólares; b) El archivo de la causa No. 725-2000-RL que sustancia el Juzgado Segundo de lo Civil de Pichincha, para el embargo y remate del vehículo Skoda Felicia, propuesto por ABN AMRO BANK en contra de Yépez Moya Ivonne Catalina e Iglesias Carlos Alberto (depositario de la prenda); y, c) Se condene a los colusores al pago de costas y perjuicios. CUARTO: EXCEPCIONES.- Como representantes legales de ABN AMRO BANK sucursal Ecuador comparecen Olga Tatiana Nielsen Alarcón y Verónica Ponce Cevallos, quienes oponen 1as siguientes excepciones: 1. Negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho expuestos en la demanda plantea. 2. Improcedencia de la acción tanto en el fondo como en la forma. 3. Falta de derecho del actor. 4. Falta de legítimo contradictor. 5. Ilegitimidad de personería. 6. Falta de objeto y causa lícita. 7. No se allanan a ninguna nulidad procesal. 8. Alegan prescripción de la acción, piden que al desechar esta demanda se condene a la accionante al pago de daños y perjuicios y costas. Lo propio ha contestado Marcos Malo Acosta, Gerente General de AUTORUSIA, quien en lo principal es coincidente con las excepciones presentadas por los, anteriores demandados. Una vez trabada la litis, se ha celebrado la junta de conciliación sin éxito (fs. 54). QUINTO: PRUEBA.- Conforme determina el Art. 5 de la Ley para el Juzgamiento de la Colusión, se ha abierto la causa a prueba por diez días, término dentro del cual las partes han hecho valer sus legítimos derechos, por lo que aparece incorporado al proceso: el expediente de inspección judicial pedido por la Dra. Ivonne Catalina Yépez Moya, de la diligencia preparatoria de inspección al juicio ordinario No. 725-2000-RL que se sustancia en el Juzgado Segundo de lo Civil del Pichincha (fs. 86 a 93), copia de la sentencia dictada por el Juzgado Vigésimo Primero de lo Civil de Pichincha el 18 de agosto de 1999 (fs. 97 a 100), en la que se acepta la demanda y condena a los señores Marco Malo Acosta en su calidad de Gerente General de AUTORUSIA S. A. y a Ernesto Abdo Vela, Gerente Regional de la misma institución a la rebaja del 75% del precio pactado por la compraventa del referido

vehículo, documentos remitidos por el Secretario de la Superintendencia de Compañías, relacionados con la situación legal de la Compañía AUTORUSIA AUTOTURUS S. A.; (fs. 113 a 115), certificado del Registrador Mercantil del cantón Cuenca sobre la constitución de la Compañía AUTORUSIA AUTORUS S.A. (fs. 116), certificado del señor Presidente de la Asociación de Funcionarios y Empleados Judiciales de Pichincha en el que manifiesta que en el mes de noviembre de 1997 concurrió un representante regional de AUTORUSIA a ofertar venta a plazo de vehículos marca Skoda y Daewoo para los miembros de la asociación (fs. 138) copia certificada de la causa No. 725 del año 2000 tramitada en el Juzgado Segundo de lo Civil de Pichincha por embargo y remate seguido por María Rebeca Pazmiño Estrella y Andrés Antonio José Ruales Estupiñán, representantes legales de ABN AMRO BANK, en contra de Ivonne Catalina Yépez Mora (fs. 139 a 200), dos copias certificadas de la causa No.1635 de 1998 seguida en el Juzgado Vigésimo Primero de lo Civil por Ivonne Catalina Yépez Moya en contra de Marco Malo Acosta, Gerente de AUTORUSIA y Ernesto Abdo Vela (fs. 203 a 418), copias certificadas de la lista de socios de la Asociación de Funcionarios y Empleados Judiciales de Pichincha que adquirieron vehículos a ABN AMRO BANK (fs. 419 a 424). Pruebas con las que no se demuestran los elementos constitutivos de la colusión, que son el acuerdo o convenio fraudulento entre dos o más personas con el propósito de perjudicar a un tercero; más bien en la especie se infiere que Ivonne Catalina Yépez Mora compró a AUTORUSIA el vehículo Skoda Felicia, y a través de ABN AMRO BANK financió el pago del precio, para lo cual suscribieron un contrato de prenda comercial el 12 de diciembre de 1997; que posteriormente por vicios ocultos consiguió la compradora, la rebaja del precio pactado ante el Juez Vigésimo Primero de lo Civil de Pichincha, que en sentencia del 18 de agosto de 1999 condenó a Marcos Malo Acosta, Gerente General y a Ernesto Abdo como Gerente Regional de AUTORUSIA la rebaja del 75% del precio pactado por la compra del vehículo y como los demandados consignaron el monto respectivo, declaró extinguida la obligación y dispuso que se entregue la cantidad consignada a la actora Ivonne Catalina Yépez Moya. Luego aparece también revocatoria a la orden de embargo y dispone que el vehículo sea entregado a su propietaria, circunstancia demostrativa de que no existió el acuerdo

fraudulento. Por lo que es procedente aceptar la excepción de falta de derecho del actor que ha sido propuesta por los demandados. SEXTO: DICTAMEN DEL MINISTERIO PUBLICO.- El señor Director de Asesoría Jurídica, subrogante de la señora Ministra Fiscal General, sobre la apelación se pronuncia el 18 de agosto del 2003 manifestando que al analizar la prueba detallada en el proceso no encuentra que exista el acuerdo fraudulento que haya privado del dominio, posesión o tenencia de algún derecho real en contra del actor, por lo que se considera que debe desestimarse el recurso interpuesto y confirmar la sentencia recurrida. SEPTIMO: CONSIDERACIONES DE LA SALA.- La colusión se considera como un contrato hecho en forma fraudulenta y secreta con el objeto de engañar y perjudicar a un tercero, es decir, prima la intención positiva de irrogar daño a la persona o propiedad de otro, lo que debe ser probado en el proceso efectivamente por quien afirma, que tales hechos en el presente caso no se han demostrado. Por otro lado, el Art. 1 de la Ley para el Juzgamiento de la Colusión dispone que: "el que mediante algún procedimiento o acto colusorio hubiere sido perjudicado en cualquier forma, como entre otros, en el caso de privársele del dominio, posesión o tenencia de algún inmueble o de algún derecho real de uso, usufructo o habitación, servidumbre o anticresis constituido sobre un inmueble o de otros derechos que legalmente le competen, podrá acudir con su demanda ante la Corte Superior del domicilio de cualquiera de los demandados", por lo que la Sala considera que los razonamientos expuestos en la sentencia impugnada, se ajustan a derecho. OCTAVO: RESOLUCION.- Sobre la base de las consideraciones expuestas, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, la Tercera Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, confirma en todas sus partes la sentencia que ha sido apelada por la actora Ivonne Catalina Yépez Moya, así como la adhesión del señor representante legal de AUTORUSIA. Sin costas que regular. Notifíquese, publíquese y devuélvase.

Fdo.) Dres. Alfonso Zambrano Pasquel, Eduardo Franco Loor y Msc. José Robayo Campaña, Magistrados.

Certifico.- f.) Dr. Hermes Sarango Aguirre, Secretario Relator.

Certifico: Que las tres (3) copias que anteceden son fiel copia de su original.- Quito, 9 de mayo del 2006.

f.) Dr. Hermes Sarango Aguirre, Secretario Relator.

No. 314-2005

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
TERCERA SALA DE LO PENAL

Quito, 8 de marzo del 2006; 11h15.

VISTOS: Con fecha 2 de octubre del 2002 a las 08h00, el Primer Tribunal Penal de Zamora Chinchipe dicta sentencia absolutoria a favor de Guido Vicente Pucha Córdova por el delito de abigeato. De esta sentencia el acusador particular José Aurelio Iñahuazo Solano, interpone recurso de hecho al habérsele negado el recurso de casación, por no señalar causales en la impugnación según el Art. 349 del Código de Procedimiento Penal. La Sala decide admitir el recurso de casación; y habiéndose concluido el trámite para este tipo de recurso se considera: PRIMERO: JURISDICCION Y COMPETENCIA.- Esta Tercera Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, tiene potestad jurisdiccional y competencia para conocer y resolver el recurso de casación propuesto de conformidad con la ley, tanto por la creación de la Sala prevista en la Ley Orgánica Reformatoria a la Ley Orgánica de la Función Judicial, así como por resorteo de causas penales ordenado por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, mediante resolución del 7 de diciembre y practicado el 9 de diciembre del 2005. SEGUNDO: VALIDEZ PROCESAL.- Revisado el expediente no se encuentran vicios de

procedimiento que podrían generar nulidad procesal, por lo que este Tribunal de alzada declara la validez de esta causa penal. TERCERO: PRETENSION DEL RECURRENTE.- El recurrente manifiesta que el Tribunal Penal ha realizado una falsa aplicación y mala valoración de la prueba, pues considera que se encuentra suficientemente acreditada la existencia del delito y la responsabilidad penal del acusado; que no se apoyó en la prueba existente, que no fue valorada debidamente para dar paso a la impunidad, con lo que, según afirma, se quebrantaron las normas contenidas en los artículos 554 y 555 del Código Penal. Afirma el recurrente que el Tribunal Penal de Zamora Chinchipe, hace una mala aplicación de la norma penal y mala valoración de las pruebas y con esto contribuye para que este delito probado, demostrado y justificado plenamente, quede en la impunidad. CUARTO: CONSIDERACIONES DEL MINISTERIO PUBLICO.- La Ministra Fiscal General del Estado en el escrito presentado el 17 de agosto del 2004 ante los señores ministros jueces de la Primera Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, que conocían el caso en aquella época, entre otras cosas dice que: "no se observa en la sentencia violación de las normas de los Códigos Sustantivos y Adjetivos Penales, y el recurrente no ha logrado demostrar las impugnaciones que formula en el escrito de fundamentación del recurso, el que, como lo expresa textualmente, se orienta a conseguir una nueva valoración de todo el acervo probatorio, lo cual no es pertinente en la casación, como cuando alega que ha habido una falsa aplicación de la ley por mala valoración de la prueba y que la sentencia no se apoyó en la prueba existente". La representante del Ministerio Público solicita a la Sala que rechace el recurso por improcedente. QUINTO: FUNDAMENTACIONES DE LA SALA.- La casación penal es un medio extraordinario de impugnación, de efecto suspensivo, contra sentencias definitivas que acusan errores de juicios o de actividad, expresamente señalados en la ley, para que un Tribunal Supremo y especializado, las anule, a fin de unificar la jurisprudencia, proveer a la realización del derecho objetivo, denunciar el injusto y reparar el agravio inferido, como señala Fabio Calderón Botero en su "Casación y Revisión en Materia Penal". Por ello, en definitiva, "el recurso de casación es un juicio técnico jurídico, de puro derecho sobre la legalidad de la sentencia (errores in iudicando) sobre el proceso en su totalidad o en

diversos sectores del mismo (errores in procedendo); de ahí que la casación, como un juicio sobre la sentencia que es, no pueda entenderse como una instancia adicional, ni como potestad ilimitada para revisar el proceso en su totalidad, en sus diversos aspectos fácticos y normativos, sino como una fase extraordinaria, limitada y excepcional del mismo" (Torres Romero Jorge Enrique y Puyana Mutis Guillermo, Manual del recurso de casación en materia penal. Bogotá.). Por nuestra parte consideramos que en el recurso de casación no se pueden revisar las pruebas actuadas dentro del proceso, las mismas que ya fueron apreciadas por el Tribunal Penal en la sentencia; se observa que se ha empleado la sana crítica y no se han violado las leyes reguladoras de la apreciación de las pruebas; al contrario, el recurrente no ha demostrado que el Tribunal Penal haya incurrido en violación de las normas legales señaladas en la fundamentación de su recurso. Se observa que existe coherencia y sistematización entre los hechos que describe el Tribunal Penal de Zamora Chinchipe en la parte expositiva con lo resuelto en la parte dispositiva y con las disposiciones legales aplicadas; en el considerando tercero de la sentencia se encuentra determinada la existencia material de la infracción y en el considerando cuarto se establece que "la responsabilidad penal del sindicado Guido Vicente Pucha Córdova en la comisión del acontecimiento que se pesquisa, no se encuentra probada...", y en el considerando quinto se pormenoriza en detalle las pruebas de descargo del procesado, por lo que, en el considerando séptimo el juzgador establece que "del análisis cuidadoso y ponderado del proceso, se determina que se encuentra probada la materialidad de la infracción, más no la responsabilidad penal del sindicado Guido Vicente Pucha Córdova en calidad de autor material o intelectual del delito de abigeato-hurto, acusado por el señor Agente Fiscal y acusador particular, puesto que del proceso se establece que en el negocio de compra de ganado, éste actuó de buena fe, enterándose con posterioridad al mismo que el propietario del ganado, es el Sr. José Aurelio Iñahuazo Solano". La Sala considera que no se ha producido ninguna de las violaciones legales que alega el recurrente y que la sentencia dictada por el Tribunal Penal de Zamora Chinchipe, no advierte errores de derecho. SEXTO: RESOLUCION.- Por las consideraciones expuestas, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, esta Tercera Sala de lo Penal,

acogiendo el dictamen de la Ministra Fiscal General del Estado, rechaza por improcedente el recurso de casación interpuesto y ordena devolver el proceso al inferior para que ejecute la sentencia, de conformidad con el Art. 358 del Código de Procedimiento Penal. Notifíquese y publíquese.

Fdo.) Dres. Alfonso Zambrano Pasquel, Eduardo Franco Loor y Msc. José Robayo Campaña, Magistrados.

Certifico.- f.) Dr. Hermes Sarango Aguirre, Secretario Relator.

Certifico: Que las dos (2) copias que anteceden son fiel copia de su original.- Quito, 9 de mayo del 2006.

f.) Dr. Hermes Sarango Aguirre, Secretario Relator.

No. 319-2005

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
TERCERA SALA DE LO PENAL

Quito, 1 de marzo del 2006; a las 15h00.

VISTOS: ANTECEDENTES: El Tercer Tribunal Penal de Pichincha, el 17 de enero del 2003 a las 14h50 dicta sentencia absolutoria a Roberto Daniel Bastidas Centeno o Robert Dailey Maltrick Jr., Kléber Orlando Gámez Suárez y Cristian Hernando Gallo Pérez por el delito tipificado y sancionado en el Art. 450 del Código Penal; existiendo voto salvado del Dr. Hugo Sierra Gallardo, Vocal Suplente del Tercer Tribunal de Pichincha. De esta resolución interpone recurso de casación la Dra. Elsa Irene Moreno Orozco, Fiscal de la Unidad de Delitos contra la Vida del Distrito de Pichincha y la Sra. Inés Jaramillo Ocampo, en su calidad de acusadora particular; y habiéndose concluido el trámite previsto para este tipo de recurso, la Sala considera: PRIMERO:

COMPETENCIA.- Esta Sala tiene potestad jurisdiccional y competencia para conocer y resolver el recurso de casación propuesto por la Agente Fiscal de Pichincha, tanto por la creación de la Sala prevista en la Ley Orgánica Reformatoria a la Ley Orgánica de la Función Judicial, así como por el resorteo de causas penales ordenado por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, mediante resolución del 7 de diciembre y practicado el 9 de diciembre del 2005. SEGUNDO: VALIDEZ PROCESAL.- Revisado el expediente no se encuentran vicios de procedimiento que podrían generar nulidad procesal, por lo que este Tribunal de alzada declara la validez de esta causa penal. TERCERO: ALEGACIONES DE LAS RECURRENTES.- La Fiscal del Distrito de Pichincha, en el escrito que interpone el recurso de casación, manifiesta que "en virtud de que se ha comprobado conforme a derecho la materialidad de la infracción y la responsabilidad penal de los acusados, con la prueba que se introdujo y se practicó en la audiencia de juzgamiento, esto es, con lo relacionado a las experticias que constan en el proceso y además con los testimonios rendidos, ante el Tribunal Penal, tanto de terceros como de los propios acusados, que no supieron desvirtuar lo a ellos acusado, esto es del delito de asesinato". Además Inés Jaramillo Ocampo acusadora particular y recurrente, en su largo memorial, en definitiva concluye "que la mayoría del Tribunal Tercero de lo Penal de Pichincha, ha violado la Ley al haber aplicado falsamente los Arts. 73 y 80 del Código de Procedimiento Penal e invalidar una prueba fundamental y no haber aplicado los Arts. 86 y 88 del mismo Código Adjetivo Penal y dejar de considerar los abundantes y concluyentes indicios que hacen aparecer a los acusados Roberto Bastidas Centeno y Kléber Gámez como los autores de un múltiple y cruel asesinato que puede quedar en la impunidad si la Sala no acoge el recurso de casación interpuesto tanto por la recurrente cuanto por el Ministerio Público y casa la sentencia condenando a los citados acusados como autores del delito de asesinato e imponiéndoles la máxima que para este delito prevé la Ley". CUARTO: CONSIDERACIONES DEL MINIS-TERIO PUBLICO.- El señor Director General de Asesoría, subrogante de la señora Ministra Fiscal General del Estado, en su escrito presentado el 17 de junio del 2003 ante los señores ministros de la Primera Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, que conocían del caso en aquella época, en su largo memorial, expresa que "El nexo causal entre la infracción y

sus responsables nace de la comprobación misma de la existencia material del delito de asesinato y se funda en hechos reales; relacionados y concordantes entre sí, unívocos y directos, que se derivan de los testimonios de los propios acusados Bastidas Centeno, Gámez Suárez y que sumado a los testimonios propios de los subtenientes de Policía Hitler Martínez Lupera, Marco Escobar Torres; Capitán Patricio Cevallos Iglesias, Lcdo. José Morales León y Lcdo. Ney Bravo Pardo, lo que practicados en el desarrollo de la audiencia pública de juzgamiento oral, atendiendo lo que disponen los Arts. 85, 86, 87 y 88 del Código de Procedimiento Penal conducen, de una manera lógica y natural, a concluir que los acusados Roberto Bastidas Cedeño y Kléber Gámez Suárez, entre las 04h05 y 04h18 del día 18 de enero del 2002, concurrieron hasta el Edificio Olimpo, del sector El Bosque, de la ciudad de Quito e ingresando hasta el lugar de habitación de la familia Jaramillo Jurado, privaron de la vida a quienes en vida se llamaron Soraya Elizabeth Jurado Castro, Marco Jaramillo Ocampo, la niña Denise Sierra Jurado, Carmen Delfina Salazar Olmedo y Eduardo Armijos Robles, conducta prevista y reprimida en el Art. 450 circunstancias 1, 4, 5 y 7 del Código Penal, la misma que se aprecia como inobservada por parte del juzgador en su sentencia, en la que además se advierte una clara violación de los Arts. referentes a la valoración de la prueba establecidos en el Capítulo I del Libro II del Código Adjetivo Penal". El representante del Ministerio Público solicita a la Sala que se corrija el error en el que incurrió el Tercer Tribunal de lo Penal de Pichincha y pronuncie sentencia condenatoria en contra de Roberto Bastidas Cedeño y Kléber Gámez Suárez, a quienes considera autores responsables del delito de asesinato. QUINTO: CONSIDERACIONES DE LA SALA.- La casación penal es un medio extraordinario de impugnación, de efecto suspensivo, contra sentencias definitivas que acusan errores de juicios o de actividad, expresamente señalados en la ley, para que un Tribunal supremo y especializado, las anule, a fin de unificar la jurisprudencia, proveer a la realización del derecho objetivo, denunciar el injusto y reparar el agravio inferido, como señala Fabio Calderón Botero en su "Casación y Revisión en Materia Penal"; por ello es claro, en definitiva, que "el recurso de casación es un juicio técnico jurídico, de puro derecho sobre la legalidad de la sentencia (errores in iudicando) sobre el proceso en su totalidad o en diversos sectores

del mismo (errores in procedendo); de ahí que la casación, como un juicio sobre la sentencia que es, no pueda entenderse como una instancia adicional, ni como potestad ilimitada para revisar el proceso en su totalidad, en sus diversos aspectos fácticos y normativos, sino como una fase extraordinaria limitada y excepcional del mismo" (Torres Romero Jorge Enrique y Puyana Mutis Guillermo, Manual del recurso de casación en materia penal. Bogotá). Por nuestra parte consideramos que en el recurso de casación no se pueden revisar las pruebas actuadas dentro del proceso, las mismas que ya fueron apreciadas por el Tribunal Penal en la sentencia. En reiteradas ocasiones la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que en materia penal la casación ataca solo sentencias definitivas toda vez que no es una nueva instancia, la casación no permite el examen total del proceso. Este recurso tiene como objetivo inmediato la unidad de la jurisprudencia y atacar los errores in iudicando o in procedendo en que haya incurrido el Tribunal de apelación. En definitiva, en casación penal a la Sala le está vedado examinar los autos en su integridad. En la especie, como bien asegura el representante del Ministerio Público en el escrito de fundamentación del recurso, "en la etapa del juicio ante el Tribunal Penal, se han introducido y practicado las pruebas que exigidas por el nuevo esquema procesal penal, concurren a formar la certeza de que el día 18 de enero del 2002, el acusado Roberto Daniel Bastidas Centeno conjuntamente con los ahora occisos Marco Jaramillo Ocampo y su esposa Soraya Elizabeth Jurado Castro debían realizar un viaje a la ciudad de Guayaquil; que Bastidas en compañía de Kléber Gámez, según propias declaraciones del primero de los nombrados, estuvo presente, en la madrugada del día del fatídico suceso en el sitio de los acontecimientos, es decir en el edificio "Olimpo", sector El Bosque de esta ciudad de Quito, procediendo (Bastidas) a salir de la casa de sus padres a las 03h55 para luego de diez minutos llegar al referido sitio, es decir a las 04h05, sin determinar, qué hizo a partir de esa hora hasta las 04h18 en que se sabe salió del Edificio Olimpo con rumbo a la Mitad del Mundo advirtiéndose, además, que a pesar de que los acusados Bastidas y Gámez prepararon una coartada con la finalidad de buscar la absolución, se advierten como evidentes las muchas contradicciones que se desprenden de sus declaraciones"; revisada la sentencia la Sala establece que se encuentra comprobado conforme a derecho la materialidad de la

infracción y la responsabilidad penal de los acusados, así pues en el testimonio propio del perito médico legista del Departamento Médico Legal de la Policía Judicial de Pichincha, Dr. Benito Estacio, quien en la audiencia de juzgamiento, bajo juramento y luego de hacer una descripción de los exámenes externo e interno de los cadáveres señala que por las características post mórtem en la persona de Carmen Delfina Salazar Olmedo se desprende que ha fallecido dentro de las doce últimas horas aproximadamente, víctima de hemorragia y laceración cerebrales, fractura de cráneo, penetración de proyectil de arma de fuego, lo que constituye la causa evidente de su muerte violenta; que Abraham Eduardo Armijos Robles ha fallecido dentro de las últimas 13 horas aproximadamente, víctima de hemorragia aguda externa e interna, laceración de paquetes vasculares del cuello por penetración de proyectiles de arma de fuego; en el testimonio propio del perito médico legista del Departamento Médico Legal de la Policía Judicial de Pichincha, Dr. Enrique Santillán quien con juramento determina que el día 18 de enero del 2002 practicó el reconocimiento médico de los cadáveres de Karla Denise Sierra Jurado, quien con las características post mórtem había fallecido dentro de la últimas doce a trece horas aproximadamente, víctima de laceración, hemorragia cerebral, fractura craneal, penetración de proyectil de arma de fuego, lo que constituye la causa evidente de su muerte violenta; de Soraya Elizabeth de los Angeles Jurado Castro, fallecida, a decir de la pericia, dentro de las últimas doce a trece horas aproximadamente, víctima de lace-ración, hemorragia cerebral, fractura craneal, penetración de proyectil de arma de fuego; y de Marco Franco Jaramillo Ocampo quien, a decir del perito, ha fallecido dentro de las últimas doce a trece horas aproximadamente, producto de laceración, hemorragia cerebral, fractura craneal, penetración de proyectil de arma de fuego. Constan además el testimonio propio del Subteniente de Policía Darwin Guevara, quien con juramento declara ante el Tribunal juzgador, haber sido quien realizó el levantamiento de los cadáveres en el Edificio Olimpo, encargándose de proteger la escena del crimen; el testimonio propio del Sargento de Policía Edgar Fraga N., Cabo Manuel Vargas M. y Policía Víctor Pilicita, quienes realizaron el informe técnico de inspección ocular en el lugar donde se cometió el quíntuple asesinato, siendo contestes en la audiencia de juzgamiento al declarar bajo juramento lo observado en la

escena del crimen; los testimonios propios del Teniente de Policía Patricio Freire, Cabo Gonzalo Escobar, Cabo Guido Panata y Cabo José Morales, quienes al declarar bajo juramento en la audiencia de juzgamiento coinciden en expresar que las balas y las vainas fueron disparadas y percutidas por una misma arma de fuego automática; el testimonio propio del ingeniero José Ricaurte Marín quien expresa haber observado los cadáveres en las diferentes habitaciones; el testimonio propio del ingeniero Edgar Rodrigo Castro quien en la parte final de su declaración señala que cuando ingresó al departamento con la policía, se percató que no había desorden, pero vio los cinco cuerpos de las personas muertas; del estudio pormenorizado de la sentencia se colige que el Tercer Tribunal Penal de Pichincha, no observó debidamente la ley, pues debió aplicar el Art. 86 en concordancia con el Art. 88 del Código de Procedimiento Penal al momento de emitir su fallo ya que todos los hechos que se encuentran probados indudablemente hacen aparecer varios indicios unívocos, relacionados y directos que vinculan a Roberto Bastidas Centeno y a su empleado Kléber Gámez como los autores del asesinato de Marco Jaramillo Ocampo, Soraya Elizabeth Jurado Castro, su hija Denise Sierra Jurado, la empleada doméstica Carmen Delfina Salazar Olmedo y el guardia Eduardo Armijos Robles; en conclusión, observamos, de la lectura formal de la sentencia que la mayoría del Tercer Tribunal Penal de Pichincha, ha violado la ley al pronunciar sentencia, ya que no ha apreciado la prueba indiciaria aportada en la causa de acuerdo a las normas de la sana crítica a que está obligado el Tribunal de acuerdo con lo dispuesto en el Art. 86 del Código Procesal Penal, en relación con los Arts. 87 y 88 ibídem, porque a falta de prueba directa el Juez o Tribunal, con lógica jurídica, debe aceptar la prueba indirecta, indicial; razones por las cuales, la Sala considera pertinente el recurso. SEXTO.- RESOLUCION: Por las consideraciones expuestas, esta Tercera Sala de lo Penal, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, aceptando el recurso de casación casa la sentencia y condena a Roberto Daniel Bastidas Centeno o Robert Dailey Maltrick Jr., Kléber Orlando Gámez Suárez imponiéndoles la pena de dieciséis años de reclusión mayor extraordinaria, por ser los autores responsables del delito de asesinato, tipificado y sancionado en el Art. 450 numerales 1, 4, 5 y 7 del Código Penal; en cuanto a Cristian

Hernando Gallo Pérez por no tener responsabilidad penal en la presente causa, se dicta sentencia absolutoria. La acusación particular deducida por Inés Jaramillo Ocampo se la declara procedente, debiendo pagar costas, daños y perjuicios los sentenciados, de conformidad con la ley. Notifíquese, publíquese y devuélvase.

Fdo.) Dres. Alfonso Zambrano Pasquel, Eduardo Franco Loor y Msc. José Robayo Campaña, Magistrados.

Certifico.- f.) Dr. Hermes Sarango Aguirre, Secretario Relator.

Certifico: Que las cuatro (4) copias que anteceden son fiel copia de su original.- Quito, 9 de mayo del 2006.- f.) Dr. Hermes Sarango Aguirre, Secretario Relator.

No. 359-2005

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
TERCERA SALA DE LO PENAL

Quito, 8 de marzo del 2006; a las 10h25.

VISTOS: ANTECEDENTES: El Tribunal Segundo de lo Penal de Pichincha, el 14 de mayo del 2003, a 08h00 dicta sentencia absolviendo a María Ana Caisaguano Tigasi y ordena la cesación de todas las medidas cautelares dispuestas en el proceso, sentencia que ha sido notificada el 15 de mayo del 2003 e impugnada mediante recurso de casación interpuesto por la acusadora María Yolanda Oña Yugcha, el que por estar ajustado a derecho, ha sido concedido el día 4 de junio del 2003. Habiendo recaído la competencia en la Primera Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, ante la cual la impugnante fundamentó el recurso y el Ministerio Público ha presentado también la opinión fiscal luego de haber sido trasladado con la indicada fundamentación. Una vez concluido el trámite previsto para este tipo de recurso la Sala considera: PRIMERO.- COMPETENCIA: Esta Sala tiene potestad jurisdiccional y competencia para conocer y resolver el recurso de casación propuesto por la acusadora María Yolanda Oña Yugcha,

tanto por la creación de la Sala prevista en la Ley Orgánica Reformatoria a la Ley Orgánica de la Función Judicial así como por el resorteo de causas penales ordenado por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, mediante resolución del 7 de diciembre y practicado el 9 de diciembre del 2005. SEGUNDO.- VALIDEZ PROCESAL: Revisado el expediente no se encuentran vicios de procedimiento que podrían generar nulidad procesal, por lo que este Tribunal de alzada declara la validez de esta causa penal. TERCERO.- ALEGACIONES DE LA RECURRENTE: Al fundamentar el recurso, la recurrente manifiesta que el Tribunal al dictar sentencia hizo una falsa aplicación de la ley, pues habiendo pruebas suficientes respecto de la existencia del delito y la responsabilidad penal de la acusada, resolvió basándose en la sana crítica, sin tomar en consideración que como antecedente a la sentencia impugnada existe un dictamen fiscal acusatorio y un auto de llamamiento a juicio confirmado por la Corte Superior de Justicia; más aún en la audiencia pública de juzgamiento se receptó el testimonio del conviviente, del hermano y de otros familiares de la acusada en base a los cuales se resolvió la causa. CUARTO.- CONSIDERACIONES DEL MINISTERIO PUBLICO: Respondiendo al traslado ordenado, el señor Director General de Asesoría, subrogante de la señora Ministra Fiscal General del Estado manifiesta que la recurrente no invoca las normas que han sido violadas, sino que simplemente se limita a manifestar que existen pruebas más que suficientes que justifican tanto la existencia material de la infracción como la responsabilidad de la acusada, que no han sido consideradas por el juzgador al momento de emitir su fallo. Detalla el Ministerio Público que en la indicada sentencia se encuentra probada la existencia material de la infracción con los testimonios rendidos en la audiencia del juicio por los peritos médicos legistas Dr. Benito Estacio y Dr. Fabián Salgado; pero las pruebas que tienden a incriminar a la acusada María Caisaguano en el delito de lesiones, "...crean dudas en cuanto a su participación en el delito de lesiones, pues aparte de que contradicen sus propias versiones, son insuficientes...", dejando huérfano el testimonio de la ofendida, que por sí solo no constituye prueba; consecuentemente no aprecia que el Segundo Tribunal Penal de Pichincha haya violado la ley en la sentencia, por el contrario observa que tanto las normas constitucionales, como las sustantivas y adjetivas penales, han sido debidamente

observadas al momento de dictar sentencia, por lo que en su opinión, la Sala debe rechazar el recurso por improcedente. QUINTO.- CONSIDERACIONES DE LA SALA: La casación es un recurso extraordinario que procede únicamente cuando en la sentencia se hubiere violado la ley; ya por contravenir expresamente a su texto, ya por haberse una falsa aplicación de ella o por haberla interpretado erróneamente, en el presente caso, la Sala deja constancia de que la impugnante no señala la norma legal violada; sin embargo de lo cual una vez revisado el proceso, se observa que el Tribunal, atendiendo el mandato del Art. 79 del Código de Procedimiento Penal, ha tomado en cuenta la prueba presentada en la audiencia del juicio, la misma que se orienta a cumplir el propósito del Art. 250 ibídem que dispone "En la etapa del juicio se practicarán los actos procesales necesarios para comprobar conforme a derecho la existencia de la infracción y la responsabilidad del acusado para, según corresponda condenarlo o absolverlo", si bien se ha comprobado la existencia de la infracción con: el reconocimiento médico legal de la ofendida; el acta de posesión de los peritos médicos; los informes presentados por los peritos médicos legistas que establecen un trauma ocular penetrante en ojo izquierdo, lesiones provenientes de la acción traumática de un objeto contundente duro, cortante de las uñas humanas y punzo cortante de un instrumento con punta y filo que le determinan una enfermedad e incapacidad física para el trabajo de treinta a noventa días; el informe del reconocimiento del lugar de los hechos. No se ha llegado a comprobar la responsabilidad penal de la acusada con la certeza que exige la ley, ya que las declaraciones de Rosa Elvira Caluna Culqui y Rita Silvana Aguirre más bien contribuyen a generar la duda. Por lo tanto la Sala considera que el Tribunal ha actuado apegado a derecho, cumpliendo las disposiciones legales, con lo que el recurso de casación no es procedente. SEXTO.- RESOLUCION: Por las consideraciones expuestas, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, la Tercera Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, fundada en lo dispuesto en el Art. 358 del Código de Procedimiento Penal, declara improcedente el recurso de casación planteado y ordena devolver el proceso al inferior para que ejecute la sentencia. Notifíquese, publíquese y devuélvase.

Fdo.) Dres. Alfonso Zambrano Pasquel, Eduardo Franco Loor y Msc. José Robayo Campaña, Magistrados.

Certifico.

f.) Dr. Hermes Sarango Aguirre, Secretario Relator.

Certifico: Que las dos (2) copias que anteceden son fiel copia de su original.

Quito, 9 de mayo del 2006.

f.) Dr. Hermes Sarango Aguirre, Secretario Relator.

No. 398-2005

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
TERCERA SALA DE LO PENAL

Quito, 2 de marzo del 2006; a las 10h00.

VISTOS: El 16 de junio del 2003, a las 10h10 el Tribunal Penal de Imbabura, dicta sentencia condenatoria al procesado José Hipólito Rodríguez Rosero, como autor del delito tipificado y sancionado en el Art. 63 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, imponiéndole una pena de ocho años de reclusión mayor ordinaria, y una multa de sesenta salarios mínimos vitales, la Primera Sala de la Corte Superior de Justicia de Ibarra confirmó en todas sus partes la sentencia condenatoria el 15 de octubre del 2003, a las 09h00, sentencia de la cual interpone recurso de casación el condenado; y habiéndose concluido el trámite para este tipo de recurso, la Sala considera: PRIMERO.- JURISDICCION y COMPETENCIA: Esta Tercera Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, tiene potestad jurisdiccional y competencia para conocer y resolver el recurso de casación propuesto de conformidad con la ley, tanto por la creación de la Sala prevista en la LEY ORGANICA REFORMATORIA A LA LEY ORGANICA DE LA FUNCION JUDICIAL, así como por el resorteo de causas penales ordenado por el

Pleno de la Corte Suprema de Justicia, mediante resolución del 7 de diciembre y practicado el 9 de diciembre del 2005. SEGUNDO.- VALIDEZ PROCESAL: Revisado el expediente no se encuentran vicios de procedimiento que podrían generar nulidad procesal, por lo que este Tribunal de alzada declara la validez de esta causa penal. TERCERO.- PRETENSION DEL RECURRENTE: En el escrito de fundamentación del recurso, el recurrente entre otras cosas, en su largo memorial indica que se hace una falsa aplicación de la ley y se condena a un inocente, que nada tiene que ver con el ilícito que se acusa, llegando a dejar al verdadero autor en libertad, sin tomar en cuenta los hechos reales sucedidos; y de la simple lectura del proceso como de las pruebas actuadas está probada su inocencia. CUARTO.- CONSIDERACIONES DEL MINISTERIO PUBLICO: El señor Director General de Asesoría, subrogante de la Ministra Fiscal General, en su escrito presentado el 2 de marzo del 2004 ante los señores ministros de la Primera Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, que conocían del caso en aquella época, expresa entre otras cosas, que "del estudio de la sentencia recurrida, se advierte que la Primera Sala de la Corte Superior de Ibarra realiza un análisis de todas las pruebas practicadas en la etapa del juicio, lo que le permite establecer sin lugar a dudas, la comprobación conforme a derecho de la existencia de la infracción y a determinar la responsabilidad del acusado; es decir, aplica la lógica jurídica entre los hechos constantes en el proceso y referidos en el fallo y la parte resolutiva de la decisión judicial examinada". Consecuentemente el representante del Ministerio Público solicita a la Sala que rechace por improcedente el recurso de casación interpuesto por el prenombrado sentenciado. QUINTO.- FUNDAMEN-TACIONES DE LA SALA: De conformidad con el Art. 349 del Código de Procedimiento Penal, el recurso de casación será procedente cuando en la sentencia se hubiera violado la ley, ya por contravenir directamente a su texto, ya por haberse hecho una falsa aplicación de ella o por haberla interpretado erróneamente. La casación penal es un medio extraordinario de impugnación, de efecto suspensivo, contra sentencias definitivas que acusan errores de juicios o de actividad, expresamente señalados en la ley, para que un Tribunal Supremo y especializado, las anule, a fin de unificar la jurisprudencia, proveer a la realización del derecho objetivo, denunciar el injusto y reparar el agravio inferido, como señala Fabio

Calderón Botero en su "Casación y Revisión en Materia Penal"; por ello, en definitiva, se sostiene que "el recurso de casación es un juicio técnico jurídico, de puro derecho sobre la legalidad de la sentencia (errores in iudicando) sobre el proceso en su totalidad o en diversos sectores del mismo (errores in procedendo); de ahí que la casación, como un juicio sobre la sentencia que es, no pueda entenderse como una instancia adicional, ni como potestad ilimitada para revisar el proceso en su totalidad, en sus diversos aspectos fácticos y normativos, sino como una fase extraordinaria, limitada y excepcional del mismo" (Torres Romero Jorge Enrique y Puyana Mutis Guillermo, Manual del recurso de casación en materia penal. Bogotá). Como bien asegura el representante del Ministerio Público "examinada la sentencia expedida por la Primera Sala, se observa que en el considerando cuarto, declara que la existencia material de la infracción se encuentra probada con las diligencias allí precisadas, como son: las actas de entrega recepción y pesaje de la droga incautada; el testimonio de la perito doctora Guillermina Gallo, quien se afirma y ratifica en el contenido del informe, cuyo resultado fue heroína clorhidrato, lo que constituye prueba plena al tenor de lo dispuesto en el inciso final del Art. 117 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas. En cuanto a la responsabilidad del recurrente, toma en cuenta el parte policial en el cual se hace conocer las circunstancias en las cuales fue aprehendido el acusado, así como también la incautación de la droga; sustentándose en los testimonios propios rendidos por el Teniente de Policía Carlos Navarro Aguirre y los policías Fausto Mendoza Cando y Néstor Hugo Aguirre Muñoz, quienes ratifican lo expuesto en el mentado parte policial y las versiones rendidas en la presente causa, las mismas que relatan el lugar donde fue encontrada la droga; identificándole en la audiencia pública de juzgamiento al encausado como la persona que fue detenida en el momento del operativo y que la droga que se les pone a la vista fue localizada en el vehículo marca CHEVROLET FORSA, color beige, conducido por Rodríguez Rosero. Estos actos procesales le permiten a la Sala llegar a la conclusión de que el recurrente José Hipólito Rodríguez Rosero, es autor del delito de transporte de heroína clorhidrato, tipificado y sancionado por el Art. 63 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas; razón por la que confirma el fallo del inferior". Por nuestra parte consideramos que en el recurso de casación no se puede

revisar las pruebas actuadas dentro del proceso, las mismas que ya fueron apreciadas por el juzgador en la sentencia y examinada ésta se observa que en el considerando cuarto se encuentra detallada la existencia de la infracción y en el considerando quinto se menciona la responsabilidad del acusado, misma que está debidamente probada; no pudiendo esta Sala reexaminar o revalorar las pruebas; al contrario, la Sala observa perfecta armonía y consonancia sistemática entre la parte considerativa y resolutiva de la sentencia, apreciándose que no se han producido ninguna de las violaciones legales o falsa interpretación de la ley que alega el recurrente. Se observa que no se encuentra desacierto en la escogencia de la norma aplicada; así como acontece en la especie en la sentencia definitiva constan las circunstancias específicas de la infracción, y se ha impuesto una pena comprendida de entre los límites fijados en el Art. 63 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, por lo que no procede el recurso de casación. SEXTO.- RESOLUCION: Por las consideraciones expuestas, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, esta Tercera Sala de lo Penal, acogiendo el dictamen del representante del Ministerio Público, rechaza por improcedente el recurso de casación interpuesto y ordena devolver el proceso al inferior para que ejecute la sentencia, de conformidad con el Art. 358 del Código de Procedimiento Penal. Notifíquese, publíquese y devuélvase.

Fdo.) Dres. Alfonso Zambrano Pasquel, Eduardo Franco Loor y Msc. José Robayo Campaña, Magistrados.

Certifico.

f.) Dr. Hermes Sarango Aguirre, Secretario Relator.

Certifico: Que las dos (2) copias que anteceden son fiel copia de su original.

Quito, 9 de mayo del 2006.

f.) Dr. Hermes Sarango Aguirre, Secretario Relator.

No. 419-2005

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
TERCERA SALA DE LO PENAL

Quito, 15 de febrero del 2006; a las 10h30.

VISTOS: ANTECEDENTES: César Alfredo Cepeda Montatigse presenta demanda colusoria en contra de Mireya Catalina Beltrán Cáceres, Ing. Carlos Aurelio Calero Céleri, Ing. José Max Tapia Lombeida y Dr. Héctor Eduardo Rojas Baca, la misma que ha sido aceptada a trámite en providencia de 5 de noviembre del 2001, fs. 42 vlta., resuelta por la Tercera Sala de la Corte Superior del Distrito de Quito, el día 3 de diciembre del 2003, desechando la demanda propuesta; sentencia que ha sido impugnada mediante el recurso de apelación propuesto por el actor César Alfredo Cepeda Montatigse. Radicada la competencia en la Primera Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia y habiendo dado cumplimiento a lo expresado en el primer inciso del Art. 8 de la Ley para el Juzgamiento de la Colusión, para resolver, la Sala considera: PRIMERO.- COMPETENCIA: Esta Sala tiene potestad jurisdiccional y competencia para conocer y resolver el recurso de apelación propuesto por el actor César Alfredo Cepeda Montatigse, tanto por lo previsto en el Art. 8 de la Ley para el Juzgamiento de la Colusión, como por la creación de la Sala prevista en la Ley Orgánica reformatoria a la Ley Orgánica de la Función Judicial y el resorteo de causas penales ordenado por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, mediante resolución de 7 de diciembre y practicado el 9 de diciembre del 2005. SEGUNDO.- VALIDEZ PROCESAL: Revisado el expediente no se encuentran vicios de procedimiento que podrían generar nulidad procesal, por lo que este Tribunal de alzada declara la validez de esta causa colusoria. TERCERO.- FUNDAMENTO DE LA DEMANDA: El señor César Alfredo Cepeda Montatigse afirma que compró al Dr. Octavio Donoso Velasco y otros un lote de terreno ubicado en la zona rural de Alóag, sector Aguas Calientes, perteneciente al cantón Mejía

de la provincia de Pichincha, con una superficie de cinco hectáreas, dentro de los linderos especificados en su demanda, según escritura pública celebrada el 15 de septiembre de 1992 e inscrita el 12 de enero de 1993; lote de terreno que enajenó por compraventa a favor del señor Carlos Aurelio Calero Céleri mediante escritura pública celebrada el 12 de febrero de 1999 e inscrita el 19 de febrero del mismo año; bien que igualmente ha sido vendido por Carlos Aurelio Calero a la señora Mireya Catalina Beltrán Cáceres mediante escritura pública celebrada el 9 de marzo de 1999. Afirma el actor que a su vez, el 15 de septiembre de 1992 llegó a posesionarse de un lote de terreno de más o menos cuatro hectáreas de superficie y los dueños Octavio Donoso Velasco y otros no le dijeron nada, dejándole como señor y dueño, bien que lo mantiene hasta la fecha de la acción; que ha conseguido una adjudicación otorgada por el Instituto Nacional de Desarrollo Agrario (lNDA) el día 13 de agosto del 2001 que está debidamente inscrita en el Registro de la Propiedad del Cantón Mejía el 6 de septiembre del 2001, propiedad que tiene los linderos señalados en la acción y una superficie exacta de 3,9000 hectáreas. Que la señora Mireya Catalina Beltrán Cáceres, por intermedio del Juzgado Vigésimo de lo Civil de Pichincha ha solicitado la inspección judicial de su propiedad llamada "Refugio", diligencia que ha sido impedida por el actor por estar fundada en hechos falsos, suministrando linderos falsos, por lo que saca como conclusión que han intentado en forma solapada la intención de quitarle la propiedad que se encuentra en posesión, tenencia y usufructo como dueño y señor, que el día 27 de junio del 2001 ha recibido una carta de la señora Mireya Beltrán Cáceres y Empresa Pamir Cía. Ltda., en la que le expresan al actor y a su cónyuge que le impedían el ingreso a la propiedad afirmando que tenían una escritura aclaratoria de linderos; hechos por los que ha presentado una denuncia en la Intendencia General de Policía, a través de la cual consiguió una copia de la escritura aclaratoria, en razón de la cual, en forma "dolosa, maliciosa, temeraria" la señora Mireya Catalina Beltrán Cáceres, ayudada profesionalmente por su abogado defensor Dr. Héctor Rojas Baca, Ing. Carlos Aurelio Calero Céleri, engañando a un Notario suscribe una escritura pública aclaratoria, con hechos y linderos falsos, en una manifiesta acción colusoria, esto es, empleando y practicando procedimientos que le ocasionan daño y perjuicio a sus intereses, razones

por las que, al amparo del Art. 1 y siguientes de la Ley para el Juzgamiento de la Colusión, demanda a fin de que en sentencia se declare la nulidad del doloso contrato de escritura aclaratoria de compraventa ordenando se tome nota en los libros de la Notaría y del Registro de la Propiedad correspondientes; se deje sin efecto la marginación en la Notaría y además sean sancionados conforme lo establece el Art. 7 de la referida ley. Del estudio del proceso se desprende que luego de haber sido citados los demandados y el señor Ministro Fiscal de Pichincha, han contestado todos, proponiendo, cada uno a su manera las excepciones del caso. CUARTO.- EXCEPCIONES: De manera coincidente en cada uno de los escritos de contestación a la demanda, las excepciones propuestas se reducen: a) Negativa de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda; b) Falta de derecho del actor; c) Improcedencia de la acción propuesta; d) Violación de trámite; e) Falta de legítimo contradictor por cuanto el actor no compareció con su cónyuge y porque no ostenta la calidad del propietario, poseedor o tenedor. Una vez trabada la litis, se ha celebrado la junta de conciliación sin éxito, fs. 59, por lo que, de acuerdo con el estado de la causa, se ha abierto el término de prueba. QUINTO.- PRUEBA: Conforme determina el Art. 5 de la Ley para el Juzgamiento de la Colusión, se ha abierto la causa a prueba por diez días, término dentro del cual las partes han hecho valer sus legítimos derechos, por lo que aparece incorporado al proceso el texto original de la carta suscrita por el Dr. Héctor Rojas, abogado, dirigido a los señores César Alfredo Cepeda Montatigse y María Florinda Narváez Erazo, en la que se advierte "inhibirse de ingresar a mi propiedad en forma arbitraria e ilegal, pues de acuerdo con la escritura aclaratoria que fue suscrita por el Ing. Carlos Aurelio Céleri, suscrita el 27 de abril del 2001 e inscrita el 29 de mayo del 2001, en el registro cantonal, se determina que usted no ostenta ninguna calidad de propietario y la propiedad que antes usted tenía en una superficie de ocho hectáreas transfirió a favor del Ing. Carlos Aurelio Calero Céleri", (fs. 65 y 66). Consta también la copia de la escritura aclaratoria de compraventa otorgada por el Ing. Carlos Calero y Dra. Mireya Beltrán, en la que determina con precisión los linderos del bien materia del litigio, (fs. 68 a 73). Aparece también copia certificada del expediente de inspección judicial practicado en el Juzgado Vigésimo de lo Civil de Pichincha, dentro del cual consta una copia de la escritura con la que Mireya Catalina

Beltrán adquiere el referido bien a Carlos Aurelio Calero Céleri, (fs. 74 a 102). Integra el proceso una copia de protocolización del contrato de promesa de compraventa del inmueble, celebrado entre los cónyuges César Alfredo Cepeda Montatigse y María Florinda Narváez Erazo como promitentes vendedores y por otra parte los señores Carlos Aurelio y Fredig Alexander Calero Céleri como promitentes compradores de un inmueble ubicado en la parroquia Alóag, cantón Mejía, provincia de Pichincha, cuyos linderos se señalan en el indicado documento, (fs. 108 a 112), documento que también aparece en fs. 116, de igual manera a fs. 128 a 133 y fs. 188 a 192. Constan también las copias del expediente de adjudicación No. 0107P06803 a nombre del señor Cepeda Montatigse César Alfredo otorgado por el Secretario General del INDA, (fs. 134 a 158). El Ing. José Max Tapia Lombeida ha incorporado certificados de los tribunales penales de Pichincha que no ha sido sentenciado ni tiene juicio pendiente, así como de los jueces Octavo y Décimo de lo Penal de Pichincha, indicando que sus actividades profesionales las ha realizado con imparcialidad, responsabilidad y honradez. A fs. 184 y 185 aparece el testimonio de la señora Carmen María Paladines Bravo. Forma también parte del proceso la copia de la escritura de compraventa del terreno otorgada por César Alfredo Cepeda Montatigse y María Florinda Narváez Erazo a favor de Carlos Aurelio Calero Céleri, celebrado en la ciudad de Machachi el día 12 de febrero de 1999, documento demostrativo de la enajenación del inmueble que tiene la forma triangular y está a orillas del río Chitasol, (fs. 193 a 197). El señor Presidente de la Tercera Sala de la Corte Superior de Justicia de Quito, se ha trasladado al sector denominado "Aguas Calientes" de la parroquia Alóag, cantón Mejía, con la finalidad de practicar la inspección judicial (fs. 207 a 211). También aparece la confesión rendida por el señor César Alfredo Cepeda Montatigse, (fs. 218) y el informe del perito Ing. José Robalino Caicedo, el que hace notar sobre la irregularidad del terreno, la utilización de sus tierras y la existencia de un "ojo de agua". Mediante comisión al Teniente Político de Alóag, se ha receptado el testimonio de José Julio Salvador Naranjo (fs. 230 vlta. a 232 vlta.). Todas estas constancias procesales demuestran que César Alfredo Cepeda Montatigse fue el original dueño del terrero porque adquirió al Dr. Octavio Donoso Velasco en el año de 1992, el mismo que en adelante fue enajenado a favor del Ing. Carlos Aurelio Calero Céleri, con

los linderos y superficie con los que compró, predio que a su vez fue enajenado por este último a favor de la señorita Mireya Catalina Beltrán Cáceres, según la escritura de 9 de marzo de 1999. SEXTO.- DICTAMEN DEL MINISTERIO PUBLICO: Para resolver la apelación, conforme lo dispuesto en el Art. 8 de la Ley para el Juzgamiento de la Colusión, la señora Ministra Fiscal General del Estado, ha expresado su opinión ratificando que las sucesivas compraventas del mismo bien con igual superficie y linderos se han celebrado en forma legítima y que la posesión del lote mencionada por el actor, sin ningún título escriturario, dejándole como dueño y señor y la adjudicación efectuada por el INDA el 13 de agosto del 2001, está debidamente inscrita en el Registro de la Propiedad del Cantón Mejía, que conforme con la ley, la doctrina y la jurisprudencia, los elementos configurativos del acto colusorio son: un procedimiento o contrato doloso con la intención manifiesta por parte de los contratantes, de perjudicar a un tercero y un perjuicio real para la tercera persona como el caso de la privación del dominio, posesión o tenencia de algún inmueble, situación que en el presente caso, no se han dado ninguno de estos elementos, por lo que opina se debe desechar el recurso de apelación interpuesto. SEPTIMO.- CONSIDERACIONES DE LA SALA: La Sala deja constancia que de las pruebas examinadas constantes del proceso se desprende que el bien materia del litigio, de irregular delimitación, ha sido primero adquirido por César Alfredo Cepeda Montatigse mediante compraventa al Dr. Octavio Donoso Velasco y otros; que este titular a su vez, el 12 de febrero de 1999 enajenó a favor del señor Carlos Aurelio Calero Céleri, quien finalmente vende el mismo inmueble a la señora Mireya Catalina Beltrán Cáceres, enajenaciones que se han hecho mediante escrituras públicas legítimamente celebradas, en las que no se puede percibir actitud dolosa de las partes intervinientes, igualmente en la escritura aclaratoria que no constituye sino una manera de precisar técnicamente los linderos del referido bien. El hecho de haber estado en posesión tranquila de un lote de terreno desde el 15 de septiembre de 1992, no constituye título alguno, situación diferente a la adjudicación otorgada por el Instituto Nacional de Desarrollo Agrario, INDA, que se produce el día 13 de agosto del 2001, 55 días antes de presentar la acción colusoria, hechos independientes que nada tienen que ver con la materia colusoria que nos ocupa. La colusión se considera como un contrato

hecho en forma fraudulenta y secreta con el objeto de engañar y perjudicar a un tercero, es decir, prima la intención positiva de irrogar daño a la persona o propiedad de otro, lo que debe ser probado en el proceso, efectivamente por quien afirma, que tales hechos en el presente caso no están demostrados. OCTAVO.- RESOLUCION: Sobre la base de las consideraciones expuestas, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, la Tercera Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, desechando el recurso de apelación interpuesto por César Alfredo Cepeda Montatigse, confirma en todas sus partes la sentencia dictada por la Tercera Sala de la Corte Superior del Distrito de Quito. Sin costas que regular. Notifíquese, publíquese y devuélvase.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
TERCERA SALA DE LO PENAL

Quito, 13 de marzo del 2006; a las 11h00.

VISTOS: Proveyendo la petición de aclaración y ampliación presentada por César Alfredo Cepeda Montatigse, la Sala establece lo siguiente: 1.- El Art. 282 del Código de Procedimiento Civil aplicable al caso como norma supletoria, establece que procede la aclaración cuando la sentencia fuere obscura y la ampliación cuando no se hubiere resuelto alguno de los puntos controvertidos. 2.- En el presente caso, la sentencia dictada por este Tribunal es absolutamente intelegible y en ella se han resuelto todos los puntos que fueron motivo de la controversia, por lo que no hay nada que aclarar ni ampliar y se ordena que se esté a lo resuelto en la sentencia que es motivo de aclaración y ampliación. Notifíquese y devuélvase.

Fdo.) Dres. Alfonso Zambrano Pasquel, Eduardo Franco Loor y Msc. José Robayo Campaña, Magistrados.

Certifico.

f.) Dr. Hermes Sarango Aguirre, Secretario Relator.

Certifico: Que las cinco (5) copias que anteceden son fiel copia de su original.

Quito, 9 de mayo del 2006.

f.) Dr. Hermes Sarango Aguirre, Secretario Relator.

No. 436-2005

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
TERCERA SALA DE LO PENAL

Quito, 6 de marzo del 2006; a las 11h00.

VISTOS: ANTECEDENTES: El Tribunal Primero de lo Penal de Pichincha, con fecha 23 de mayo del 2003, a las 08h00, en sentencia ha condenado a Efraín Rodrigo Jiménez Castillo, de nacionalidad ecuatoriana, nacido en Amaluza, cantón Espíndola, provincia de Loja, al cumplimiento de la pena modificada de ocho años de reclusión mayor ordinaria, y al pago de la multa de dos mil salarios mínimos vitales. Resolución que ha subido en consulta y que la Primera Sala de la Corte Superior de Justicia de Quito, el 10 de febrero del 2004 a las 09h00, confirma en todos sus términos la sentencia elevada en consulta, reformándola en cuanto reduce la multa a doscientos salarios mínimos vitales, resolución que ha sido notificada el 11 de febrero del año 2004, incidentada mediante un escrito presentado el 22 de abril del 2004 en el que se afirma que no ha sido notificado con dicha resolución, incidente que ha sido rechazado por el Tribunal, por extemporáneo. Con este antecedente, el 30 de abril del año 2004 interpone el recurso de revisión, el mismo que por estar ajustado a derecho ha sido concedido; habiéndose tramitado en la Primera Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia todo el expediente, de manera especial se ha receptado la prueba y habiéndose oído al Ministerio Público, estando la causa para resolver, se considera: PRIMERO.- COMPETENCIA: Esta Sala tiene potestad jurisdiccional y competencia para deducir y sentenciar el recurso de revisión propuesto, según lo previsto en el Art. 359 y siguientes del Código de Procedimiento Penal, así como por el resorteo de causas penales ordenado

por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, mediante resolución del 7 de diciembre y practicado el 9 de diciembre del 2005. SEGUNDO.- VALIDEZ PROCESAL: No se observa la existencia de ninguna causa de nulidad del proceso que obligue a este Tribunal Supremo a declararla, conforme prevé el Art. 333 del Código de Procedimiento Penal. TERCERO.- ALEGACIONES DEL RECURRENTE: Efraín Rodrigo Jiménez Castillo sostiene que la sentencia dictada por el Tribunal Penal ha dejado en la impunidad al señor Ramiro Efrén Muyulema Gavilánez y a Oswaldo Muyulema, quienes, a su juicio, son autores del tráfico internacional de droga; que se le ha sentenciado por una "mala aplicación de la justicia", por lo que amparado en los Arts. 359 y 360 numerales 3, 4 y 6 interpone el recurso de revisión. CUARTO.- PRUEBA APORTADA: El recurrente ha incorporado certificados de actividad laboral, de buena conducta, de estudio, de cursos recibidos, en el centro carcelario, (fs. 4 a 8); de conducta excelente otorgado por el comité de internos, de participación como voluntario en el taller de "VHI Sida, historia, transmisión, prevención y tratamiento"; también ha remitido una partida de nacimiento de Muyulema Gavilánez Ramiro Efrén y ha solicitado los testimonios de Rosales Jiménez Anastasio, quien manifiesta conocer que el preguntante estaba de regreso a España porque le preocupaba la integridad física de su familia y por esas circunstancias se encontraba en el aeropuerto; también rinde su declaración el señor Herrera Correa Rigoberto, quien también manifiesta haberle encontrado a Efraín Jiménez en el aeropuerto. Se han incorporado también certificados de buena conducta del administrador del Edificio Benalcázar Mil, y del administrador del Comité Central Multifamiliares Turubamba Bajo, pruebas con las que se ha corrido traslado a fin de que el Ministerio Público manifieste su dictamen. QUINTO.- CONSIDERACIONES DEL MINISTERIO PUBLICO: La señora Ministra Fiscal General del Estado, mediante escrito presentado el 22 de octubre del 2004 manifiesta que el sentenciado, en el escrito con el que interpone el recurso confunde al recurso de revisión con el de casación, al sostener que en el fallo no se han considerado las circunstancias atenuantes de buena conducta anterior y posterior así como también la circunstancia trascendental prevista en la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, por lo que pide se tome en cuenta las atenuantes para modificar la

sentencia. Que en el término de prueba ha presentado certificados de conducta y estudios con lo que pretende demostrar que no es responsable del delito, incumpliendo de esta manera lo dispuesto en el inciso final del Art. 360 del Código de Procedimiento Penal y sobre el numeral seis de este mismo artículo, la sentencia tiene clara la prueba tanto del hecho punible como de la responsabilidad, por lo que considera improcedente el recurso de revisión. SEXTO.- ANALISIS DE LA SALA.- El recurso de revisión es un mecanismo legal para dejar sin efecto una sentencia condenatoria pasada en autoridad de cosa juzgada, para lo cual, la ley determina que se deben aportar nuevas pruebas, excepto si se alega que no se hubiere comprobado conforme a derecho la existencia del delito. Por tanto el criterio de esta Sala es que no se han justificado los casos previstos en los numerales 3 y 4 del Art. 360 ibídem. En relación al numeral 6, la sentencia describe con absoluta claridad tanto el hecho punible como responsabilidad del acusado con lo siguiente: a) Parte de aprehensión No. 380 emitido por el Sbte. de Policía Marco Gamboa el 10 de julio del 2002, con el cual informa que Efraín Rodrigo Jiménez Castillo fue detenido en esa misma fecha en el aeropuerto Mariscal Sucre, que al ser registrado su cuerpo y equipaje poseía en su interior cápsulas con droga; b) Con la radiografía que está certificada por el médico radiólogo de la Jefatura Provincial Antinarcóticos de Pichincha; e) Con el parte informativo que presenta el Cabo de Policía José Bunchi de fecha 10 de julio del 2002 quien manifiesta que el detenido Efraín Rodrigo Jiménez evacuó 73 cápsulas; d) Con el parte informativo de 12 de julio del 2002 presentado por el policía Eduardo Flores y el acta de verificación y pesaje de la droga; e) Con el acta de verificación y pesaje de las 73 cápsulas, obteniéndose como resultado posible cocaína con un peso bruto de 800 grs.; f) Con el acta de destrucción de sustancias sujetas a fiscalización, en la cantidad de "750,00 gramos de clorhidrato de cocaína" como peso neto; y, g) Con el examen químico de la sustancia encontrada en las aludidas cápsulas, que responde a clorhidrato de cocaína según la pericia realizada por la Dra. Mariana Torres Salazar. El considerando QUINTO expresa la manera como se ha probado la participación que adicionalmente a las pruebas anteriormente detalladas, se suman la versión y el testimonio rendidos por el mismo acusado. Por lo que coincidiendo con el criterio de la señora Ministra Fiscal, no procede la revisión.

RESOLUCION.- Sobre la base de lo expresado, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, la Tercera Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, al amparo de lo dispuesto en el Art. 367 del Código de Procedimiento Penal declara improcedente el recurso interpuesto y ordena que el proceso sea devuelto al Juzgado de origen. Notifíquese, publíquese y devuélvase.

Fdo.) Dres. Alfonso Zambrano Pasquel, Eduardo Franco Loor y Msc. José Robayo Campaña, Magistrados.

Certifico.

f.) Dr. Hermes Sarango Aguirre, Secretario Relator.
Certifico: Que las dos (2) copias que anteceden son fiel copia de su original.

Quito, 9 de mayo del 2006.

f.) Dr. Hermes Sarango Aguirre, Secretario Relator.

No. 444-2005

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
TERCERA SALA DE LO PENAL

Quito, 15 de febrero del 2006; a las 15h00.

VISTOS: El condenado Nelson Fernando Rojas Barros interpone recurso de revisión de la sentencia condenatoria emitida en su contra el 15 de abril del 200 a las 11h00 por el Tribunal Primero de lo Penal de Chimborazo, sentencia que le impuso la pena de catorce años de reclusión mayor extraordinaria, como autor del delito de robo agravado previsto y reprimido en el Art. 552, último inciso del Código Penal. De este fallo interpone recurso de revisión el sentenciado, que por sorteo ingresó a la Primera Sala de lo Penal

de la Corte Suprema de Justicia, ante la cual se ha tramitado todo el expediente y habiéndose oído al Ministerio Público, estando la causa para resolver, se considera: PRIMERO.- JURISDICCION Y COMPE-TENCIA: Esta Sala tiene potestad jurisdiccional y competencia para deducir y sentenciar el recurso de revisión propuesto por Nelson Fernando Rojas Barros, según lo previsto en los artículos 359 y siguientes del Código de Procedimiento Penal, así como por el resorteo de causas penales ordenado por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia mediante resolución del 7 de diciembre y practicado el 9 de diciembre del 2005. SEGUNDO.- VALIDEZ PROCESAL.- No se observa la existencia de ninguna causa de nulidad del proceso que obligue a este Tribunal Supremo a declararla, conforme prevé el Art. 333 del Código de Procedimiento Penal. TERCERO.- ALEGACIONES DEL RECURRENTE: El sentenciado Nelson Fernando Rojas Barros, interpone recurso de revisión amparado en la causal sexta del Art. 360 del Código de Procedimiento Penal, esto es "cuando no se hubiere comprobado conforme a derecho, la existencia del delito a que se refiere la sentencia", para ello realiza un extenso alegato indicando que no se ha comprobado conforme a derecho la existencia de la infracción de robo y de hurto, solicitando se declare la inexistencia del delito de robo calificado y se declare su inocencia por la no participación en los hechos materia del juzgamiento y con ello se dicte sentencia absolutoria a su favor. Indica que, de forma subsidiaria, se le juzgue por el delito a cuyo tipo se adecue su conducta y se le imponga la sanción que de ello se desprenda, con la correspondiente modificación de la pena. CUARTO.- CONSIDERA-CIONES DEL MINISTERIO PUBLICO: El señor Dr. Alfredo Alvear E., Director General de Asesoría, subrogante de la Ministra Fiscal General, en su escrito presentado el 7 de julio del 2004 ante los señores ministros de la Primera Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, que conocían el caso en aquella época, entre otras cosas dice "la jurisprudencia advierte que de nada sirve el título de propiedad, ni el reconocimiento del lugar donde se hallaba antes el objeto, sino se encuentra un indicio, como aquel de haber sido recuperado en poder de alguien, el mismo que servirá de premisa a la presunción de que fue sustraído, lo que en el presente caso se ha cumplido, toda vez que en el informe preliminar elaborado por la Policía Judicial de Chimborazo, constan como evidencias físicas la camioneta Ford Courier,

identificada con las placas HBH-746, un monitor, un UPS y un teclado, anotando en sus conclusiones que Nelson Fernando Rojas Barros en su declaración había admitido ser la única persona que causó las heridas punzo cortantes al Lcdo. Eduardo Augusto Fernández Hidalgo, las mismas que según el protocolo de la autopsia fueron las que causaron la muerte; una vez cometido este hecho procedió a llevarse la computadora, monitor, CPU y teclado para aparentar que se trataba de un robo, movilizándose en la camioneta anteriormente descrita en la que embarcó el saquillo conteniendo los implementos de la computadora. Consecuentemente solicita el representante del Ministerio Público que la sala declare como improcedente el recurso de revisión interpuesto". QUINTO.- FUNDAMENTACIONES DE LA SALA: La revisión es un recurso especial de gran trascendencia que afecta a la institución de cosa juzgada y que puede interponerse después de ejecutoriada la sentencia condenatoria en los casos expresamente señalados en el Art. 360 del Código de Procedimiento Penal. La sentencia impugnada considera que la existencia material del delito de robo agravado se encuentra comprobada con los actos procesales mencionados en su considerando tercero, entre los que constan: a) Las diligencias de levantamiento, identificación y autopsia médico legal practicadas en el cadáver de quien en vida respondiera a los nombres de Eduardo Fernández Hidalgo; y, el informe de los peritos doctores Marcelo Donoso y Alberto Lema Carpio, quienes luego de describir las lesiones que presenta el reconocido concluyen que la muerte fue a consecuencia de una anemia aguda por hemorragia externa, ocasionada con arma corto punzante; b) Las evidencias físicas encontradas en poder del sentenciado al momento de su detención; c) Diligencia de reconocimiento de la daga, cerradura y llaves practicada por el Juez instructor; y, d) Reconocimiento de la camioneta Ford Courier, color blanco modelo 1978, motor N.VBK-11303, placas HBH-746, en la que se afirma fue transportada la computadora sustraída de la casa de la familia Fernández Meléndez, actos procesales con los cuales indiscutiblemente se ha probado la existencia material de la infracción. Además tratándose de delitos contra la propiedad, el Art. 88 del Código de Procedimiento Penal vigente a esa época, prevé que se deberá demostrar tanto la existencia de la cosa sustraída o reclamada. Como el hecho de que se encontraba en el lugar donde se afirma que estuvo al momento de ser

sustraída. Para este fin se admitirá cualquier clase de prueba, con excepción de la declaración instructiva. Por ello rinden testimonio Elva América Santillán Coronel y Ana María Márquez Espinosa (fs. 353-354), personas que afirman conocer que la computadora cuya marca, datos y características describen, se encontraba en el domicilio de la familia Fernández Meléndez, como también un teléfono inalámbrico marca SONY color crema, testimonios con los cuales se cumplen los requisitos exigidos en la disposición legal antes citada. Consideramos que se encuentra comprobado conforme a derecho la existencia del delito a que se refiere la sentencia materia del recurso. SEXTO.- RESOLUCION:¬ Por las consideraciones expuestas, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY esta Tercera Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, al amparo en lo dispuesto en el Art. 367 del Código de Procedimiento Penal declara improcedente el recurso y dispone que el proceso sea devuelto al Tribunal de origen. Notifíquese, publíquese y devuélvase.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
TERCERA DE LO PENAL

Quito, 14 de marzo del 2006; a las 11h10.

VISTOS: Proveyendo la petición de ampliación presentada por Nelson Fernando Rojas Barros, la Sala establece lo siguiente: 1.- El Art. 282 del Código de Procedimiento Civil, aplicable al caso como norma supletoria, establece que procede la ampliación cuando en la sentencia no se hubiere resuelto alguno de los puntos controvertidos. 2.- Cabe señalar que este Tribunal de Casación no está obligado a señalar cuáles son "las razones por las que la Sala considera que las argumentaciones del Tribunal sentenciador.. ", ni tampoco si "los medios de prueba practicados en la instrucción fiscal o en el sumario según el procedimiento anterior... constituyen pruebas suficientes...", pues, el Tribunal está facultado para valorar las pruebas aportadas al proceso de acuerdo con lo que determina la ley y con su propia convicción. 3.- En consecuencia, en la sentencia dictada por este Tribunal se han resuelto todos los puntos que fueron motivo del recurso de revisión, por

lo que no hay nada que ampliar y se ordena que se esté a lo resuelto en la sentencia que es motivo de ampliación. Notifíquese y devuélvase.

Fdo.) Dres. Alfonso Zambrano Pasquel, Eduardo Franco Loor y Msc. José Robayo Campaña, Magistrados.

Certifico.

f.) Dr. Hermes Sarango Aguirre, Secretario Relator.

Certifico: Que las tres (3) copias que anteceden son fiel copia de su original.- Quito, 9 de mayo del 2006.

f.) Dr. Hermes Sarango Aguirre, Secretario Relator.

No. 445-2005

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
TERCERA SALA DE LO PENAL

Quito, 2 de marzo del 2006; a las 11h00.

VISTOS: El Tribunal Penal de Cotopaxi, el 13 de enero del 2004, a las 10h00 dictó sentencia condenatoria en contra de Washington Xavier Naranjo Salazar como autor responsable del delito tipificado y sancionado por el inciso primero del Art. 464 del Código Penal y le impuso la pena de tres meses de prisión correccional, sin embargo por haber justificado atenuantes de conformidad con los artículos 29 y 73 del mismo código, se modifica y reduce la pena a treinta días de prisión correccional; el sindicado interpuso el recurso de nulidad el mismo que es rechazado por improcedente por la Sala de lo Penal de la Corte Superior de Justicia de Latacunga el primero de abril del 2004. A la sentencia presenta recurso de casación el condenado y habiéndose concluido el trámite previsto para este tipo de recurso, la Sala considera: PRIMERO.- COMPETENCIA: Esta Tercera Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, tiene potestad jurisdiccional y

competencia para conocer y resolver el recurso de casación propuesto por el condenado, tanto por la creación de la Sala prevista en la LEY ORGANICA REFORMATORIA A LA LEY ORGANICA DE LA FUNCION JUDICIAL, así como por el resorteo de causas penales ordenado por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, mediante resolución del 7 de diciembre y practicado el 9 de diciembre del 2005. SEGUNDO.- VALIDEZ PROCESAL: Revisado el expediente no se encuentran vicios de procedimiento que podrían generar nulidad procesal, por lo que este Tribunal de alzada declara la validez de esta causa penal. TERCERO.- ALEGACIONES DEL RECURRENTE: Washington Naranjo Salazar al fundamentar el recurso de casación, indica que no está conforme con la sentencia dictada por el Tribunal Penal, toda vez que no existe prueba válida e idónea para haber dictado sentencia condenatoria en su contra, más si jamás se demostró la existencia de responsabilidad penal, así como no se efectuaron oportunamente diligencias obligatorias por parte del juzgador para garantizar el debido proceso, el ejercicio del legítimo derecho a la defensa y una eficaz administración de la justicia; manifiesta que en la tramitación del proceso se han violado los artículos 23 numeral 3 y 24 numeral 13 de la Constitución Política, porque en la audiencia de juzgamiento no se observó el procedimiento establecido en la ley y la sentencia no hace un análisis integral, objetivo y jurídico, no hay motivación suficiente que determine su responsabilidad; agrega que se contravino el Art. 19 del Código Penal porque se desconoció la provocación del agresor, así como el Art. 25 ibídem, al no considerar que el hecho se produjo en legítima defensa. El recurrente indica además que no se ha tomado en consideración el principio indubio pro reo, toda vez que existe marcada duda sobre lo ocurrido y su responsabilidad, por lo que solicita a la Sala case la sentencia y lo absuelva. CUARTO.- CONSIDERA-CIONES DEL MINISTERIO PUBLICO: La Ministra Fiscal General subrogante en la fundamentación del recurso, presentado el 9 de febrero del 2005 ante los señores ministros de la Primera Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia que conocían el caso en aquella época, sostiene que el recurrente no ha justificado que el juzgador haya infringido las disposiciones constitucionales y legales señaladas en el escrito de fundamentación del recurso, toda vez que de las pruebas presentadas en la audiencia de juzgamiento y que fueron

valoradas por el Tribunal, no se advierte que se hayan justificado los presupuestos exigidos por el Art. 19 del Código Penal, todo lo contrario existen suficientes elementos que dan cuenta que el agraviado fue atacado por el acusado, sin haber provocación. La representante del Ministerio Público estima que el recurso de casación debe ser rechazado. QUINTO.- CONSIDERACIONES DE LA SALA.- La casación es un recurso extraordinario que procede únicamente cuando en la sentencia se hubiere violado la ley; ya por contravenir expresamente a su texto, ya por haberse hecho una falsa aplicación de ella o por haberla interpretado erróneamente. La doctrina sostiene, en efecto, que la casación penal es un medio extraordinario de impugnación, de efecto suspensivo, contra sentencias definitivas que acusan errores de juicios o de actividad, expresamente señalados en la ley, para que un Tribunal Supremo y especializado, las anule, a fin de unificar la jurisprudencia, proveer a la realización del derecho objetivo, denunciar el injusto y reparar el agravio inferido, como señala Fabio Calderón Botero en su "Casación y Revisión en Materia Penal"; por ello, en definitiva, se sostiene que "el recurso de casación es un juicio técnico jurídico, de puro derecho sobre la legalidad de la sentencia (errores in iudicando) sobre el proceso en su totalidad o en diversos sectores del mismo (errores in procedendo); de ahí que la casación, como un juicio sobre la sentencia que es, no pueda entenderse como una instancia adicional, ni como potestad ilimitada para revisar el proceso en su totalidad, en sus diversos aspectos fácticos y normativos, sino como una fase extraordinaria, limitada y excepcional del mismo" (Torres Romero Jorge Enrique y Puyana Mutis Guillermo, Manual del Recurso de Casación en Materia Penal. Bogotá). Se anota suficientemente en el considerando quinto de la sentencia cómo se determina la responsabilidad penal del sindicado Washington Xavier Naranjo Salazar y en el considerando tercero se aprecia la existencia material de la infracción; que la parte considerativa guarda perfecta armonía con la parte resolutiva de la misma; en la sentencia se señala claramente los testimonios propios de Diego Fernando Caiza, Gerardo Wladimir Rueda Caiza y Luis Oswaldo Machay, testigos presenciales de los hechos, los dos primeros son coincidentes al afirmar que vieron a Xavier Naranjo propinarle un cabezazo en la nariz a José Luis Ruiz y por su parte, Luis Oswaldo Machay manifiesta que vio a Xavier Naranjo acercarse a Ruiz quien se agachó

y se retiró sangrando; en la sentencia analiza también el testimonio del agraviado José Luis Ruiz Rodríguez, el que relata los pormenores de la agresión y responsabiliza a Xavier Naranjo Salazar de ser el autor de las lesiones sufridas, esto es la fractura de los huesos de la nariz, por tal motivo los médicos legistas determinaron el tiempo de incapacidad para el trabajo de 15 a 20 días, todo ello sustenta la responsabilidad del acusado Washington Xavier Naranjo Salazar; por lo que la Sala no encuentra que el Tribunal Penal de Cotopaxi haya violado disposiciones constitucionales o legales por lo que no cabe aceptar el recurso de casación interpuesto. SEXTO.- RESOLUCION: Por las consideraciones expuestas, esta Tercera Sala de lo Penal, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, rechaza por improcedente el recurso de casación interpuesto y ordena devolver el proceso al inferior para que ejecute la sentencia de conformidad con el Art. 358 del Código de Procedimiento Penal. Notifíquese, publíquese y devuélvase.

Fdo.) Dres. Alfonso Zambrano Pasquel, Eduardo Franco Loor y Msc. José Robayo Campaña, Magistrados.

Certifico.

f.) Dr. Hermes Sarango Aguirre, Secretario Relator.
Certifico: Que las tres (3) copias que anteceden son fiel copia de su original.

Quito, 9 de mayo del 2006.

f.) Dr. Hermes Sarango Aguirre, Secretario Relator.

No. 501-2005

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
TERCERA SALA DE LO PENAL

Quito, 8 de marzo del 2006; a las 11h00.

VISTOS: ANTECEDENTES.- El 30 de diciembre del 2004 a las 08h00, el Tribunal Penal Primero de Pichincha dicta sentencia absolutoria a favor de los ciudadanos Fernando Mariano Villacreses Maldonado y María Cristina Murillo Wills, la misma que ha sido notificada el 30 de diciembre del 2004, habiendo sido impugnada mediante el recurso de casación oportunamente presentado por María Isabel García Moncayo, quien presentó la acusación por los delitos de estafa y abuso de confianza que se persigue en esta causa. Radicada la competencia en la Primera Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, ante la cual la impugnante fundamentó el recurso, y el Ministerio Público ha presentado también la opinión fiscal, luego de haber sido trasladado con la indicada fundamentación. Una vez concluido el trámite previsto para este tipo de recurso, la Sala considera: PRIMERO: COMPETENCIA.- Esta Sala tiene potestad jurisdiccional y competencia para conocer y resolver el recurso de casación propuesto por María Isabel García Moncayo, tanto por la creación de la Sala prevista en la Ley Orgánica Reformatoria a la Ley Orgánica de la Función Judicial, así como por el resorteo de causas penales ordenado por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, mediante resolución del 7 de diciembre y practicado el 9 de diciembre del 2005. SEGUNDO: VALIDEZ PROCESAL.- Revisado el expediente no se encuentran vicios de procedimiento que podrían generar procesal, por lo que este Tribunal de alzada declara la validez de esta causa penal. TERCERO: ALEGACIONES DE LA RECURRENTE.- Al fundamentar el recurso la recurrente manifiesta que se ha infringido lo dispuesto por los Arts. 560 y 563 del Código Penal, referentes a los delitos de abuso de confianza y estafa respectivamente, afirmando que no se puede "verificar del proceso habiéndose configurado los elementos constitutivos de los delitos de abuso de confianza y estafa, estos no han sido tomados en cuenta para calificar la infracción y sancionar el hecho antijurídico"; que "el Tribunal Penal ha violado la ley por falsa aplicación y por errónea interpretación de la misma, en cuanto en la sentencia considera que se encuentra justificada la existencia de la infracción así como también la responsabilidad de los encausados", y que "se ha violado la ley en la sentencia al absolver a los autores

responsables de las infracciones que los mismos juzgadores tanto de primera instancia como de la instancia superior establecen que se encuentra comprobada conforme a Derecho". CUARTO: CONSIDERACIONES DEL MINISTERIO PUBLICO.- La señora Ministra Fiscal General del Estado subrogante, contestando al traslado con la fundamentación del recurso manifiesta que: en el considerando cuarto de la sentencia, el Tribunal juzgador señala que en la formalización del escrito de acusación particular la recurrente acusa a los imputados del delito de abuso de confianza tipificado en el Art. 560 del Código Penal, y luego del análisis pertinente llega a la conclusión de que en el presente caso no obra prueba procesal que apreciada por el Tribunal conforme a las reglas de la sana crítica, permita establecer la existencia de la infracción punible acusada; agregando que por el contrario siendo el asunto central la negociación de un bien raíz, conforme queda establecida con la presentación de la escritura pública de promesa de compraventa de 7 de abril de 1999, en la que se establecen claramente las obligaciones contraídas por los contratantes, los promitentes vendedores cumplieron sus compromisos estipulados en dicho instrumento público, mientras que la aseveración formulada por la promitente compradora, ahora acusadora, de que concurrió engañada a la Notaría a suscribir una escritura de compraventa del bien raíz que suponía definitiva, queda sin sustento, cuando consta en dicha escritura que la misma se compromete a pagar el saldo de S/. 80.000.000 con préstamo que se obligaba a conseguir en una entidad financiera, aseveración que no ha probado procesalmente, apareciendo que ésta ha incumplido el compromiso de pago total. Que, en el considerando quinto, el Tribunal destaca la afirmación formulada por la Quinta Sala de la Corte Superior de Justicia en auto resolutorio del 2003, en el que dice: "No se ha demostrado fehacientemente que las seguridades y puertas del local fueron violadas; como tampoco hay demostración de la apropiación de los objetos muebles a la que se refiere la acusación". Que de la lectura de la sentencia se repara que el Tribunal Penal si examina toda prueba pedida, ordenada y practicada durante el proceso, lo que permitió llegar a la convicción de que Fernando Mariano Villacreces Maldonado y María Cristina Murillo Wills, no son penalmente responsables de los delitos acusados, aplicando las reglas de la sana crítica y la duda razonable que por ley y por doctrina es favorable al reo, pues los hechos que el Tribunal

da por ciertos y probados evidentemente no constituyen los delitos tipificados en los Arts. 560 y 563 del Código Pena1 que la recurrente impugna como violación de la ley por su falta de aplicación, no advirtiéndose por lo tanto, que se haya infringido la ley en la sentencia por cualquiera de las formas determinadas en el Art. 349 del Código de Procedimiento Penal. En tal virtud, estima que la Sala debe rechazar el recurso por improcedente. QUINTO: CONSIDERACIONES DE LA SALA.- La casación es un recurso extraordinario que procede únicamente cuando en la sentencia se hubiere violado la ley; ya por contravenir expresamente a su texto, ya por haberse hecho una falsa aplicación de ella o por haberla interpretado erróneamente en el presente caso, la inconformidad con la sentencia manifestada por la acusadora señora María Isabel García Moncayo en la que alega violación de ley, no ha podido ser probada, pues una vez analizadas las pruebas por el Tribunal Penal, no se logra determinar la existencia material de la infracción denunciada y consecuentemente tampoco se prueba la responsabilidad penal de los encausados, al contrario, el criterio de la Sala es que el Tribunal juzgador ha actuado con estricto apego a la ley y bajo observancia de la sana crítica a que está facultado. La casación pone especial énfasis en observar si en la sentencia existe violación in iudicando; es decir, a la ley sustantiva que ha previsto las conductas típicas, así como a la inobservancia in procedendo, esto es a la observancia del rigor procedimental en el manejo de la causa, situaciones no afectadas en el presente caso. Por lo tanto, el recurso casación no es procedente. SEXTO: RESOLUCION.- Por las consideraciones expuestas, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, aceptando el criterio del Ministerio Público, la Tercera Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, fundada en lo dispuesto en el Art. 358 del Código de Procedimiento Penal, declara improcedente el recurso de casación planteado y ordena devolver el proceso al inferior para que se ejecute la sentencia. Notifíquese y publíquese.
Fdo.) Dres. Alfonso Zambrano Pasquel, Eduardo Franco Loor y Msc. José Robayo Campaña, Magistrados.

Certifico.

f.) Dr. Hermes Sarango Aguirre, Secretario Relator.

Certifico: Que las dos (2) copias que anteceden son fiel copia de su original.- Quito, 9 de mayo del 2006.

f.) Dr. Hermes Sarango Aguirre, Secretario Relator.

No. 504-2005

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
TERCERA SALA DE LO PENAL

Quito, 6 de marzo del 2006; a las 10h00.

VISTOS: El Tribunal Penal Primero de Tungurahua, el 23 de julio del 2004 a las 10h00 dictó sentencia condenatoria en contra de Marco Saúl Yanchapanta Torosina, como autor responsable del delito de lesiones previsto y reprimido en el Art. 465 del Código Penal, imponiéndole la pena modificada de cinco meses de prisión correccional y multa de veinte dólares. A la sentencia, interponen recurso de casación el prenombrado sentenciado y el ofendido Luis Torosina Cahuana, quien no fundamentó su recurso en el tiempo que debía hacerlo como consta en el expediente; y habiéndose concluido el trámite previsto para este tipo de recurso, la Sala considera: PRIMERO: COMPETENCIA.- Esta Tercera Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, tiene potestad jurisdiccional y competencia para conocer y resolver los recursos de casación propuestos, tanto por la creación de la Sala prevista en la LEY ORGANICA REFORMATORIA A LA LEY ORGANICA DE LA FUNCION JUDICIAL, así como por el resorteo de causas penales ordenado por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, mediante resolución del 7 de diciembre y practicado el 9 de diciembre del 2005. SEGUNDO: VALIDEZ PROCESAL.- Revisado el expediente no se encuentran vicios de procedimiento que podrían generar nulidad procesal, por lo que este Tribunal de alzada declara la validez de esta causa penal. TERCERO: ALEGACIONES DEL RECURRENTE.- El recurrente, sostiene que en la sentencia cuya casación se reclama,

se violaron los Arts. 119, 211 y 212 del Código de Procedimiento Civil, debido a la falta de conocimiento y probidad de los testigos de cargo; el Art. 304-A del Código de Procedimiento Penal, pues ante la duda razonable debió dictarse sentencia absolutoria; los Arts. 32 y 33 del Código Penal, debido a que el acto no fue cometido con voluntad y conciencia, los Arts. 85, 86 y 250 del Código de Procedimiento Penal, pues de la prueba actuada en juicio no existe la certeza de la responsabilidad del recurrente; que la sentencia viola además el Art. 143 ibídem, pues no se consideró el testimonio del acusado como medio de defensa y de prueba a su favor; el numeral 3 del Art. 23 y, numeral 13 del Art. 24 de la Constitución Política de la República. Finalmente afirma que al dictar sentencia, el Tribunal no apreció la prueba conforme a las reglas de la sana crítica, por lo que solicita a la Sala case la sentencia y la absuelva. CUARTO: CONSIDERACIONES DEL MINISTERIO PUBLICO.- La Ministra Fiscal General del Estado subrogante, en la fundamentación del recurso, presentado el 8 de noviembre del 2005 ante los ministros de la Primera Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia que conocían el caso en aquella época, entre otras cosas de su largo dictamen, sostiene que "examinada la sentencia, para determinar si en ella se ha violado la ley por cualquiera de las formas determinadas en el Art. 349 del Código de Procedimiento Penal, se observa que en el considerando segundo, el Tribunal Penal estima que se ha comprobado conforme a derecho el delito de lesiones con: a) El testimonio de la Dra. María Dolores Villagómez Alvarez, perito médico legal quien practicó el reconocimiento de Luis Torosina Maguana, observando que el reconocido presentaba una herida a nivel de la región inguinal del miembro inferior izquierdo, que corresponde a un orificio de entrada de proyectil de arma de fuego, sin orificio de salida; afirma que la herida producirá una incapacidad de 30 días, dependiendo de su evolución clínica; b) El testimonio de la Dra. Linda Sánchez, médico de emergencias del Hospital Regional de Ambato, quien atendió a Luis Torosina el 10 de diciembre del 2003, quien presentaba una herida por proyectil de arma de fuego en región inguinal izquierda, dándole sus primeras curaciones; c) La declaración de la Dra. Janeth Naranjo, perito quien practicó el reconocimiento médico legal en la persona de Luis Torosina el primero de enero del 2004, encontrando cicatriz en el arco inguinal izquierdo; al estudio de la placa

radiográfica, determina la presencia de un proyectil en tejidos blandos de cadera izquierda, lesión producida por acción de arma de fuego que requiere rehabilitación de quince días a partir de la fecha del examen; d) El testimonio de Kléber Solís Solís policía nacional quien intervino en el reconocimiento del lugar de los hechos, en el caserío Quíndalo de la parroquia Quisapincha, escena abierta en la que existe una vivienda de construcción mixta; y, e) El testimonio del policía nacional Paúl Sailema, quien realizó el reconocimiento de las armas de fuego, un revólver pequeño de fabricación nacional, calibre 38 y una cartuchera de fabricación nacional del mismo calibre, de cañón largo, así como siete balas con blindaje de cobre y zinc y otra solo de plomo... Analizada la sentencia se observa que esta se encuentra debidamente motivada, pudiendo apreciarse la pertinencia de las normas invocadas, que se encuentran en armonía con los antecedentes que motivaron el enjuiciamiento". La representante del Ministerio Público solicita a la Sala que el recurso interpuesto por Marco Saúl Yanchapanta Torosina no procede, pues no se ha demostrado que el Tribunal Primero de lo Penal de Tungurahua infringió las disposiciones legales puntualizadas en el escrito de su fundamentación, al dictar sentencia. QUINTO: CONSIDERACIONES DE LA SALA.- La casación es un recurso extraordinario que procede únicamente cuando en la sentencia se hubiere violado la ley; ya por contravenir expresamente a su texto, ya por haberse hecho una falsa aplicación de ella o por haberla interpretado erróneamente. En el considerando tercero de la sentencia que examinamos, se aprecia el análisis de las pruebas en que se ha justificado la plena responsabilidad del sentenciado Marco Saúl Yanchapanta Torosina; y en el considerando cuarto se hace una relación de las pruebas presentadas por el defensor del acusado. El recurrente, sin lugar a dudas, no ha probado violación de la ley en la sentencia o una aplicación indebida del precepto legal y pretende que la Sala analice las pruebas. El cuerpo de doctrina de la Corte Suprema de Justicia determina que en materia penal la casación ataca solo sentencias definitivas, y por cuanto no es un mecanismo que promueve una instancia, la casación no permite el examen total del proceso. Este recurso tiene como objeto inmediato la sentencia que ha recibido impugnaciones por acusar errores in iudicando; y como se ha dicho, apartándose de la naturaleza de la casación en el ámbito penal, el sentenciado pretende

que la Sala actúe como Tribunal de instancia. Como quedó precisado, en casación penal a la Sala le está vedado examinar los autos en su integridad, así como no puede ordenar o acceder a la producción de pruebas, ni volver a valorar las actuadas. Como sostiene la jurisprudencia, "es tan restrictivo este recurso, que incluso ha llegado a sostenerse, como tesis extrema, que a las Salas de casación penal no debería remitirse más piezas que la sentencia y las que contienen interposición y concesión del recurso. Puede haber lugar a casación si en la sentencia que se impugna no han sido determinadas las pruebas en que se apoya la declaración de comprobación de la existencia del delito o la de responsabilidad del procesado. Pero si en el fallo si se hacen estas precisiones, no puede aceptarse que la Sala haga nuevamente una estimación de la prueba que ya fue considerada por el Tribunal Penal" (Gaceta Judicial, serie XVIII - No. 13 septiembre/diciembre 2003 - pág. 4297). Además, como bien anota la jurisprudencia antes señalada, tampoco le está permitido a la Sala juzgar los medios intelectivos por los cuales el juzgador arriba al convencimiento de la existencia del delito y de la responsabilidad del imputado. Como lo determina el Código de Procedimiento Penal, el Juez realiza una función de comprensión racional, conducida por la lógica del raciocinio, esencia de la sana crítica. En definitiva, en casación penal no es permitido observar el proceso dialéctico desarrollado por el juzgador en el acto de decidir una causa. Solamente procede a analizar si en la sentencia, instrumento procesal singular, se ha vulnerado la ley. En la especie observamos que en la sentencia del Primer Tribunal Penal de Tungurahua hay perfecta armonía entre los considerandos y la resolución. Si el Tribunal Penal tiene la certeza de la existencia de un hecho objetivamente antijurídico, que se adecua al tipo trazado en el Art. 465 del Código Penal, esta calificación no constituye violación de la ley en la sentencia. Además, como establece la jurisprudencia el juzgador tampoco transgrede la norma, el hecho de que no apruebe las argumentaciones y alegaciones de la defensa, o que desestime pruebas actuadas a petición de los sujetos procesales. En otras palabras la valoración del caudal probatorio es facultad privativa del Juez, quien debe a efecto atender los principios de la sana crítica. La Sala considera que no se encuentra desacierto en la escogencia de la norma aplicada, que es lo que en definitiva censura el recurrente. Si como acontece en la

especie, en la sentencia definitiva constan las circunstancias específicas de la infracción, y se ha impuesto una pena comprendida dentro de los límites fijados en el Art. 465 del Código Penal, descriptivo del tipo, en otros términos, como se ha dicho, que las conclusiones en las que se apoya la decisión, guardan armonía con los hechos analizados y valorados en la parte motiva, es de rigor deducir que la sentencia no adolece de error de derecho y que, consecuentemente, no procede el recurso de casación, tanto más cuanto que del análisis prolijo de la sentencia se ha probado la imputación objetiva entre la infracción y su autor, siendo evidente la existencia del delito de lesiones como la responsabilidad penal del sentenciado. SEXTO: RESOLUCION.- Por las consideraciones expuestas, esta Tercera Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, rechaza por improcedente el recurso de casación interpuesto y ordena devolver el proceso al inferior para que ejecute la sentencia, de conformidad con el Art. 358 del Código de Procedimiento Penal. Notifíquese y publíquese.

Fdo.) Dres. Alfonso Zambrano Pasquel, Eduardo Franco Loor y Msc. José Robayo Campaña, Magistrados.

Certifico.

f.) Dr. Hermes Sarango Aguirre, Secretario Relator.

Certifico: Que las dos (2) copias que anteceden son fiel copia de su original.- Quito, 9 de mayo del 2006.

f.) Dr. Hermes Sarango Aguirre, Secretario Relator.

No. 11-2006

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
TERCERA SALA DE LO PENAL

Quito, 2 de marzo del 2006; las 11h30.

VISTOS: ANTECEDENTES.- Tramitada que ha sido la denuncia presentada por Jorge Oswaldo Benavides, el Tribunal Penal de Imbabura, el 4 de junio del 2003, a las 10h00, dicta sentencia declarando a Humberto Argemiro Azúa Guillén como autor del delito de estafa tipificado y sancionado por el Art. 563 del Código Penal, imponiéndole una pena modificada de dos meses de prisión correccional y una multa de veinte centavos de dólar americano; sentencia que ha sido notificada el día 5 de junio del 2003, e interpuesto el recurso de casación oportunamente. Radicada la competencia en la Primera Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, ante la cual el impugnante fundamentó el recurso y el Ministerio Público ha presentado también la opinión fiscal luego de haber sido trasladado con la indicada fundamentación. Una vez concluido el trámite previsto para este tipo de recurso, la Sala considera: PRIMERO: COMPETENCIA.- Esta Sala tiene potestad jurisdiccional y competencia para conocer y resolver el recurso de casación propuesto por el acusador Ing. Jorge Oswaldo Benavides Rivera y por el sentenciado Humberto Argemiro Azúa Guillén, tanto por la creación de la Sala prevista en la Ley Orgánica Reformatoria a la Ley Orgánica de la Función, Judicial así como por el resorteo de causas penales ordenado por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, mediante resolución del 7 de diciembre y practicado el 9 de diciembre del 2005. SEGUNDO: VALIDEZ PROCESAL.- Revisado el expediente no se encuentran vicios de procedimiento que podrían generar nulidad procesal, por lo que este Tribunal de alzada declara la validez de esta causa penal. TERCERO: ALEGACIONES DE LOS RECURRENTES.- Al fundamentar el recurso, el Ing. Jorge Oswaldo Benavides Rivera sustenta el recurso en la falsa aplicación de los numerales 6, 7 y 10 del Art. 29 del Código Penal, indicando que, habiendo la circunstancia agravante determinada en el numeral 4 del Art. 30, es decir la relacionada con la ejecución del hecho abusando de la amistad o de la confianza dispensada al autor, resulta improcedente la aplicación de las

atenuantes modificatorias de la pena. Por su parte, Humberto Azúa Guillén afirma que en la sentencia se han violado los Arts. 23 numeral 4 y 24 numerales 1 y 7 de la Constitución Política de la República; los Arts. 21, 52, 87, 88, 124, 140, 143 y 144 del Código de Procedimiento Penal; los Arts. 4 y 563 del Código Penal y los Arts. 1532, 1759, 1767, 1838 y 1840 del Código Civil, expresando que el acusador particular Jorge Benavides, en su calidad de vendedor del vehículo, suscribió un contrato de compraventa de un vehículo, situación de la que solo pueden emanar obligaciones de tipo civil, y que el incumplimiento de pagar el precio convenido se debe ejercer a través de acciones civiles, pero nunca de un asunto penal; que de acuerdo con lo previsto en el Art. 124 del Código de Procedimiento Penal, los testimonios propios no tienen valor probatorio si no se ha justificado la materialidad del delito; que el testimonio del ofendido, conforme lo prescribe el Art. 140, por sí solo no constituye prueba, y lo propio se ha hecho un mal uso del Art. 143 relacionado con el testimonio del imputado. CUARTO: CONSIDERACIONES DEL MINISTERIO PUBLICO.- El señor Director General de Asesoría subrogante de la señora Ministra Fiscal General del Estado, dando cumplimiento a lo previsto en el Art. 355 del Código de Procedimiento Penal manifiesta que el recurso de casación procede cuando el juzgador realiza una comparación entre la sentencia impugnada (tesis) y las normas que los recurrentes dicen han sido violadas (antítesis), a fin de determinar silos preceptos legales han sido o no debidamente aplicados (síntesis); de la revisión de la sentencia se observa que el Tribunal juzgador tiene el contrato de compraventa del vehículo marca Chevrolet, de placas PWV-748, celebrado entre el acusador particular y el acusado como el instrumento idóneo para determinar la existencia material del delito que tipifica y sanciona el Art. 563 del Código Penal, pues de este documento se sirvió el acusado Azúa para hacerse entregar un cheque de USD 7.299,00 y el propio vehículo por la suma de USD 21.000, completando la cantidad de USD 28.299, con la falsa promesa de que dichos valores serían enviados a la señora Elena Ramírez Flores, ciudadana radicada en los Estados Unidos de América, lo cual nunca se produjo ya que según expresa el propio acusado en su testimonio, él volvió a vender el vehículo a una tercera persona, y los USD 7.299 fueron entregados a un señor de apellido Llorent, abusando de esta manera de la confianza y credulidad. En

cuanto al alegato que hace el acusador particular, el agravante de abuso de confianza es constitutivo de la infracción que se acusa, por lo que manifiesta su opinión, que deben ser rechazadas las impugnaciones realizadas, por improcedentes. QUINTO: CONSIDERACIONES DE LA SALA.- El acusador Jorge Oswaldo Benavides Rivera estima que la sentencia en la parte resolutiva no debió haber considerado las atenuantes previstas en los numerales 6, 7 y 10 del Art. 29 del Código Penal, que permiten al juzgador modificar la pena como dispone el Art.72 del mismo código, (lamentable equivocación que debe ser corregida en esta resolución de casación, sin que este error constituya violación de ley, ya que tratándose de un delito sancionado con pena de prisión, el artículo aplicable es el Art. 73 ibídem), desestimando el argumento del impugnante, quien considera que el numeral 4 del Art. 30 del invocado cuerpo legal, esto es, ejecutar el hecho punible... abusando de la amistad o de la confianza que se dispense al autor; indudablemente se trata de una circunstancia constitutiva del delito de estafa. En cuanto a los fundamentos de Humberto Azúa Guillén relacionados con los Arts. 23 y 24 de la Constitución Política de la República, la sentencia demuestra un respeto al mandato constitucional y para analizar el articulado del Procedimiento Penal que se dice se ha violado, vale hacer las siguientes reflexiones: la casación es un recurso extraordinario que procede únicamente cuando en la sentencia se hubiere violado la ley; ya por contravenir expresamente a su texto, ya por haberse hecho una falsa aplicación de ella o por haberla interpretado erróneamente, en el presente caso, la inconformidad con la sentencia respecto a la valoración de la prueba: testimonio del ofendido, el legislador establece la obligatoriedad de receptar esta prueba cuando éste haya presentado la acusación particular, y al tasarla se afirma que, por sí sola no constituye prueba, pero el mismo impugnante hace referencia a otras pruebas demostrativas como la prevista en el Art. 143 relacionada con el testimonio del acusado, las del Art. 124 que se refiere a los demás testimonios propios con los que el Tribunal juzgador relaciona el contrato de compraventa del vehículo Chevrolet de placas PWV-748. La acción típica prevista en el Art. 563 del Código Penal establece como presupuestos: la actitud dolosa del sujeto activo que, con el propósito de apropiarse de una cosa perteneciente a otro, se hace entregar patrimonio ajeno; utilizando para ello un ardid o engaño, que en el presente

caso es el contrato de compraventa del vehículo en mención, porque confiado en lo establecido en el documento de compraventa del vehículo, la víctima cumple con el otro requisito que es la entrega voluntaria de los fondos, muebles, obligaciones, finiquitos, etc. Este es el hecho que en la sentencia se encuentra plenamente probado, por lo que, coincidiendo con el criterio del Ministerio Público, no hay violación de ley en la sentencia. SEXTO: RESOLUCION.- Por las consideraciones expuestas, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTOR1DAD DE LA LEY, corrigiendo el error del invocado Art. 72 por el Art. 73 del Código Penal en la parte resolutiva de la sentencia, la Tercera Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, fundada en lo dispuesto en el Art. 358 del Código de Procedimiento Penal, declara improcedente el recurso de casación planteado y ordena devolver el proceso al inferior para que ejecute la sentencia. Notifíquese y publíquese.

Fdo.) Dres. Alfonso Zambrano Pasquel, Eduardo Franco Loor y Msc. José Robayo Campaña, Magistrados.

Certifico.- f.) Dr. Hermes Sarango Aguirre, Secretario Relator.

Certifico: Que las tres (3) copias que anteceden son fiel copia de su original.- Quito, 9 de mayo del 2006.

f.) Dr. Hermes Sarango Aguirre, Secretario Relator.

ÍNDICE

CARATULA	i
CERTIFICACIÓN	ii
AUTORÍA	iii
AGRADECIMIENTO	iv
DEDICATORIA	v
TABLA DE CONTENIDOS	Vi
1. TITULO	1
2. RESUMEN	2
ABSTRACT	5
3. INTRODUCCIÓN	7
4. REVISIÓN DE LITERATURA	19
4,1, PRESUPUESTOS TEÓRICOS Y DOGMÁTICOS DEL CONCEPTO DE ACCIÓN PROCESAL Y PRESTACIÓN PROCESAL , Y SU RELACIÓN CON EL OBJETO DEL PROCESO Y EL OBJETO DEL DEBATE	19
4.1.1. DEBATE AB INITIO ACERCA DEL CONCEPTO DE ACCIÓN PROCESAL Y DE PRETENSIÓN PROCESAL, EN RELACIÓN CON EL OBJETO DEL PROCESO Y EL OBJETO DEL DEBATE	19
4.2. EL DEBATE DE CORRELACIÓN EN LA SENTENCIA	55
4.2.1. EL HECHO PUNIBLE	55
4.2.2. COSA JUZGADA	62
4.2.2 CORRELACIÓN SUBJETIVA: EL ACUSADO	89
4.2.3. LA PETICIÓN DE PENA Y EL DEBER DE CORRELACIÓN	129
4.3. LA CORRELACIÓN IMPUTACIÓN SENTENCIA EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA	141
4.3.1. PRESUPUESTOS TEÓRICOS DEL DEBER DE CORRELACIÓN IMPUTACIÓN SENTENCIA PARA SU IMPLEMENTACIÓN EN LA LEGISLACIÓN PROCESAL ECUATORIANA	145
5. MATERIALES Y MÉTODOS	178
5.1 MATERIALES	178
5.2. MÉTODOS	178
6. DISCUSIÓN DE RESULTADOS	180
6.1. VERIFICACIÓN DE OBJETIVOS	180
6.2. CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS	182
7. CONCLUSIONES	186
8. RECOMENDACIONES	192
8.1. PROPUESTA DE PERFECCIONAMIENTO DE LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA.	193
9. BIBLIOGRAFÍA	199
10. ANEXOS	205
ÍNDICE	190