

LOS PROBLEMAS DEL OBJETO DEL PROCESO A LA LUZ DEL PRINCIPIO DE CORRELACIÓN IMPUTACIÓN-SENTENCIA EN EL PROCESO PENAL CUBANO

*Anet Serret Lara**

Resumen: El presente estudio trata del deber de correlación imputación-sentencia en materia penal, y de los problemas para su aplicación en el caso de la jurisprudencia (y doctrina) cubana. El tema es analizado fijando el supuesto técnico previo sobre el cual se construye dicho deber, como es la determinación del objeto del proceso a partir de un preciso concepto de hecho punible desde una perspectiva procesal. Es por ello que se analizan las posiciones teóricas y técnicas respecto del concepto de hecho punible más apropiadas para responder a las complejas cuestiones comprendidas en el mencionado deber de correlación de la sentencia penal, a fin de resolver los problemas de aplicación que se explican en el estudio. Con ese propósito se analizan las teorías naturalistas y normativistas del hecho punible y se intenta demostrar las repercusiones prácticas de sus respectivas aplicaciones.

Palabras clave: proceso penal; congruencia; objeto del proceso; hecho procesal; hecho punible; objeto del debate.

* Licenciada en Derecho y especialista en Derecho Penal de la Universidad de Oriente, Cuba. Profesora asistente de Derecho Penal y Procesal Penal de la Universidad de Oriente. Contacto: alara@fd.uo.edu.cu. Fecha de recepción: 15 de mayo de 2012, fecha de modificación: 4 de diciembre de 2012, fecha de aceptación: 17 de diciembre de 2012.

THE PROBLEMS OF THE OBJECT OF THE PROSECUTE AND THE PRINCIPLE OF CORRELATION-ALLOCATION IN THE CUBAN PROCEDURAL LAW

Abstract: The article studies the duty of correlation of the criminal judgment and its application problems in Cuban's jurisprudence and doctrine. The issue is analyzed setting the technical support of that duty, as is the determination of the process object from a precise concept of the offense from a procedural perspective. The article presents the technical and theoretical positions on the concept of fact, more appropriate to respond to complex questions within the matching duty of the criminal judgment to resolve implementation problems explained in the study. To this end, the article shows the naturalistic theories and regulations of the fact and try to demonstrate the practical implications of their applications.

Keywords: Criminal procedure, consistency, correlation, object of the process, procedural offense, normative theory, the subject of debate.

El profesor MIGUEL FENECH define el principio de congruencia como “la conformidad que debe existir entre el contenido de la sentencia y la pretensión o pretensiones que constituyen el objeto del proceso en que aquella se dicta”¹. En esos términos, la congruencia impone dos deberes al juzgador, deberes que se manifiestan como dos facetas de ella: por un lado, el deber *de exhaustividad*, esto es, la obligación de decidir sobre todas las peticiones y alegaciones planteadas por las partes, y de pronunciarse sobre todo lo que deba ser resuelto; por el otro, el de ser *manifestación del límite al poder de decisión de dicho órgano jurisdiccional*, por cuanto se está ante la prohibición de referirse a cuestiones no planteadas ni sujetas a debate, en virtud de la cual la sentencia no puede transgredir los límites que fija la acusación en cuanto al objeto del proceso (hechos), sin posibilidad de ampliarlo, extenderlo o desviarlo a otro, y tampoco debe pronunciarse sobre cuestiones no introducidas por las partes, ni comprendidas como objeto del debate en el juicio oral: faceta de la congruencia, esta, que se conoce como correlación objetiva entre la acusación y la parte penal dispositiva de la sentencia, y que pudiera ser omisiva o por exceso en correspondencia con la forma en que esta se exprese. De tal modo que su cumplimiento en el proceso penal obedece a profundas razones de seguridad jurídica y de percepción sobre la justicia en la actividad del órgano jurisdiccional. Es de señalar que en el caso del ordenamiento jurídico procesal

1 FENECH, MIGUEL. *Derecho Procesal Penal*, 3ª. ed., Labor, Barcelona y Madrid, 1960, Temas I y II, citado por ARRANZ CASTILLERO, VICENTE JULIO. “El juicio oral: sus principios y las normas fundamentales que lo regulan en la legislación penal cubana”, II, en AA.VV. *Temas para el estudio del Derecho Procesal Penal*, ALINA M. FEIJÓ VALDÉS (ed.), La Habana, Edit. Félix Varela, 2002, p. 35.

cubano la congruencia se encuentra consagrada en los artículos 349, 350 y 357 de la ley de trámites en materia penal².

Mientras hoy se multiplican las disquisiciones teóricas sobre el principio de correlación entre la acusación y la sentencia, en la obra de autores reconocidos de países como Argentina, Chile, España y Alemania, donde se identifican puntos de vistas muy divergentes, siendo ello reflejo de la ausencia de consenso en relación con el contenido, alcance y práctica judicial en torno a dicho principio, como resultado de la complejidad del tema, lo cierto es que en Cuba solo unos pocos han incursionado, y ello superficialmente, en su estudio, sin llegar a propuestas de solución a pesar de encontrarnos involucrados en el proceso de reformas y de tener conciencia sobre la trascendencia que para la credibilidad en la administración de justicia posee su cumplimiento.

La primera cuestión a dilucidar en cuanto al principio en estudio es la relativa al verdadero fundamento en que se sustenta el deber de correlación. Las respuestas ofrecidas por la doctrina son variadas, resultado del distinto alcance, extensión y manifestación normativa del principio de correlación, en función de los modos de enjuiciar de los diferentes países y de la concepción que se tenga sobre lo que constituye contenido del objeto del proceso. En este sentido podemos agrupar las opiniones de los autores en tres tendencias fundamentales: a) la de quienes identifican el fundamento exclusivamente en el principio acusatorio; b) la de quienes lo ubican en el derecho a la defensa, y la de quienes lo reconocen en el principio acusatorio, si bien ponderando también otros principios del proceso. El interrogante sobre la tendencia que corresponde abrazar no solo condiciona el alcance y la expresión de este correlato en el plano teórico y normativo, sino que también hace necesario responder a algunas cuestiones que la doctrina hoy discute con criterios contradictorios, y referidas a: ¿con qué debe guardar correspondencia la sentencia: con la acusación, con la defensa o con ambas? ¿Con qué contenidos de esta(s) debe producirse la correlación: con lo que es objeto del proceso, con lo que es objeto del debate o con ambos; con el hecho, con la calificación o con la petición de pena? Y, ¿cuáles de estos supuestos vinculan al órgano jurisdiccional en el sentido de limitar su potestad de resolver?

La primera de las posturas defiende el criterio según el cual la correlación entre acusación y sentencia debe darse en relación con lo que constituye el objeto del proceso, esto es, los hechos que han sido base de la acusación; no así en relación con el resto de los aspectos que integran el pliego acusatorio, vale decir, la calificación y el *petitum* de pena, que quedan fuera del contenido del objeto del proceso, correspondiendo al juez la facultad de enjuiciamiento jurídico al abrigo de los brocardicos *da mihi factum*,

2 Ley n.º 5, Ley de Procedimiento Penal, de 13 de agosto de 1977, modificada por el Decreto Ley 151 de 1994.

*dabo tibi ius*³ e *iura novit curia*⁴. En segundo lugar, no puede ser objeto del proceso, en sentido estricto, una calificación jurídica, ya que, por un lado, un mismo hecho puede ser calificado jurídicamente de varias maneras, siendo claro que pueden existir tantos objetos procesales como calificaciones, y por el otro, la calificación, dada su esencial abstracción, no puede satisfacer las necesidades de identificación a las que sirve la noción de objeto procesal, debiendo corresponder a un concreto acaecimiento histórico. Esto lo imponen tanto la funcionalidad que el objeto del proceso debe comportar hacia adentro del proceso, como la funcionalidad externa que él significa, es decir, la necesidad de dejar acotado el ámbito de la decisión a los efectos de la litispendencia y de la cosa juzgada⁵.

La segunda postura sostiene que el fundamento de la correlación se halla en el principio de la prohibición de indefensión, puesto que la exigencia de congruencia debe abarcar, además de los hechos en cuanto objeto del proceso, también la calificación y la petición de pena, elementos importantes del pliego acusatorio, que en caso de sufrir mutaciones durante la vista oral deberán ser sometidos al debate contradictorio, para así evitar sentencias incongruentes o la afectación del derecho a la defensa. En esta dirección de pensamiento se ubican la jurisprudencia cubana y la española según la letra de Derecho positivo en ambos países.

La referida concepción concibe la idea de que la calificación y el *petitum*, al no constituir parte del objeto procesal, y en tal sentido no gozar de inmutabilidad, son susceptibles de modificación durante el proceso, tanto por el Ministerio Fiscal en sus conclusiones definitivas como por el órgano jurisdiccional en su sentencia; y si tenemos en cuenta el brocardico *iura novit curia*, entonces es posible que dicha modificación se produzca sin someterla al debate contradictorio, lo que ocasionaría una sorpresa al imputado por el tribunal en su sentencia, no solo con una calificación y sanción distintas a las que habrían sido objeto de la imputación del fiscal, sino también con un precepto legal y un punto de vista jurídico hasta ese momento desconocidos para la defensa como materia de la imputación, y que aquel no tuvo la oportunidad de contradecir, articulando estrategia de

3 El brocardico *da mihi factum, dabo tibi ius* se puede traducir como “muéstrame los hechos, y te mostraré el Derecho”, y plantea que los jueces saben ya el Derecho, por lo que solo necesitan que se les indiquen los hechos.

4 El principio *iura novit curia* justifica la idea de que el objeto del proceso sea solo el hecho procesal, no el tipo penal o la calificación jurídica, pues el conocimiento del juez sobre el Derecho le permite resolver el asunto que se le somete prescindiendo de los aportes que sobre calificación puedan realizar las partes. Y le permite al tribunal sostener una calificación jurídica diferente de la planteada por el fiscal sin afectar el principio de correlación, puesto que el juez no se encuentra vinculado por la figura individualizada aportada por el acusador, sino que su límite está en la restricción del pronunciamiento en cuanto a los hechos que como objeto del proceso son inmutables en lo sustancial y en la obligación de subordinación exclusiva a la ley.

5 ORTELLS RAMOS, MANUEL. *Revisión crítica de las nuevas tendencias sobre la correlación entre acusación y sentencia en el Derecho español, con un breve epílogo sobre el Derecho mexicano y el Código Procesal Penal para Iberoamérica*, p. 451.

defensa o de prueba; situación esta que, además de poner al imputado en un estado de indefensión, afecta el principio de contradicción (*auditur et altera pars*: “nadie puede ser condenado sin ser oído”) y produce una sentencia incongruente.

Por ello, la solución a dar es que solo dos elementos, el hecho y la calificación jurídica, tienen eficacia delimitadora y capacidad vinculante para el juzgador en aras de la necesaria correlación, de modo que la sentencia no puede condenar más gravemente que en relación con los aspectos recogidos en la acusación. No se puede condenar por delito distinto, no se puede apreciar un grado de perfección o participación más grave, ni apreciar una circunstancia de agravación no pedida, salvo supuestos de homogeneidad⁶ entre lo solicitado por los acusadores y lo apreciado por el tribunal en su fallo, que supongan tal semejanza que impidan la posibilidad de indefensión, ya que todos los tópicos pudieron ser debatidos por estar contenidos en la acusación.

Una tercera postura, de carácter ecléctico, la brinda DEL RÍO FERRETI, profesor chileno para el cual se distinguen dos tipos de objetos: el del proceso y el del debate. El del proceso estaría conformado solo por el hecho punible, en cambio, el objeto del debate también incluiría la calificación jurídica y el *petitum* (de la acusación, de la defensa y el introducido por el juez)⁷.

El primero (el objeto del proceso) vendría a coincidir con el fundamento de la pretensión, los hechos, siendo un aspecto de la acusación que vincula preceptivamente la decisión del tribunal y con respecto al cual debe guardar correlación la sentencia, según lo que postula el principio acusatorio⁸, del que se deriva el enunciado estricto

6 La teoría del objeto normativo explica que no hay delitos que sean desde un punto de vista penal idénticos pero sí existen conductas tipificadas penalmente que en su esencia puede ser idénticas. La esencia de los tipos penales se considera su objeto normativo, pudiendo ser que varios tipos penales compartan el mismo objeto normativo. Cuando esto ocurre encontramos unidades de hechos tipificados entre las cuales existen elementos de identidad en la conducta delictiva, y si esa identidad se refiere a los actos de ejecución típica que entraña cada uno de ellos, entonces se podrá decir que son delitos homogéneos. Los actos de ejecución típica de los delitos homogéneos son esencialmente idénticos, por lo que también tienen el mismo objeto normativo.

7 También conforman el objeto del debate los hechos y calificaciones que válidamente puede de oficio introducir el juez; de ahí que el artículo 733 no sea otra cosa que una forma de completar o ampliar el objeto del debate del juicio. Cfr. DEL RÍO FERRETI, CARLOS. *La correlación de la sentencia con la acusación y la defensa. Estudio comparado del Derecho español con el chileno*, Valencia, Universidad de Valencia, 2007, p. 62.

8 MONTERO AROCA, JUAN. “El principio acusatorio. Un intento de aclaración conceptual”, en *Justicia*, n.º IV, 1992, pp. 780-786, citado en DEL RÍO FERRETI, ob. cit., p. 545. Para FERRETI, el fundamento de la correlación entre la acusación y la sentencia se encuentra en el principio acusatorio a partir de las tres exigencias básicas que el mismo impone al proceso: 1. *No pueden atribuirse al juzgador poderes de dirección material del proceso que cuestionen su imparcialidad*: los poderes de dirección material son aquellas potestades judiciales que afectan al objeto del proceso, que se manifiestan de dos maneras: mediante la aportación de hechos al proceso y a través de la aportación de prueba sobre los mismos. Respecto a la primera queda prohibido al juez su intromisión en la determinación del objeto procesal. “La aportación de hechos no puede corresponder al juez”, ya que el objeto del proceso debe ser intro-

de la correlación: no puede dictarse sentencia por hechos distintos de los acusados ni respecto de persona distinta de la acusada. Sin embargo, la correlación en su manifestación de límite a los poderes de decisión del juzgador deberá también extenderse a lo que es contenido del “objeto del debate”, no en virtud del principio acusatorio, sino como garantía de las exigencias de respeto al derecho a ser informado de la acusación, al derecho de defensa y al principio de contradicción⁹, debiendo la sentencia en este caso comportarse como el reflejo de lo actuado por las partes y el tribunal en el debate del acto del juicio oral.

Algunos autores son más osados y plantean la necesidad de dotar al principio de congruencia de una nueva concepción, en virtud de la insuficiencia del concepto tradicional del principio para garantizar la defensa en juicio, concepción según la cual la congruencia ha de comprender a la tercera punta del proceso, debiendo entonces ser una tríada, esto es, la de la correlación imputación-defensa-sentencia. A dicha idea adhiere ORTELLS RAMOS, quien refiere que debe incluirse a la defensa por cuanto ella también es generadora del deber de resolución del tribunal; sin embargo, agrega que esta nueva formulación no consigue ser completa porque, a diferencia del proceso, no son solo actos de parte (acusación y defensa) los que influyen en la correlación¹⁰. En cualquier caso, asume este autor una parte importante de la construcción procesal de la congruencia.

Por otro lado, la verificación del deber de correlación en cuanto a lo que es objeto del proceso (los hechos) comporta siempre el cotejo de dos términos que se relacionan, uno que limita los poderes de decisión del juzgador (la acusación, término limitador de la sentencia en cuanto es el acto de postulación por el cual se introduce y fija el objeto del proceso) y otro que se somete a esa limitación (la sentencia como acto limitado). Y aquí surge un interrogante, porque dentro del proceso hay dos momentos sucesivos (calificaciones provisionales y calificaciones definitivas) en que se deduce una petición, los cuales son considerados actos de postulación típicamente acusatorios que

ducido por la parte acusadora, lo que no quiere decir que el juez quede totalmente impedido de estimar cualquier hecho que no haya sido alegado por las partes, al contrario, debe apreciar de oficio ciertos hechos accesorios cuando fluyan de la práctica de prueba, aunque no hayan sido alegados por las partes. 2. *No puede haber juicio oral (o condena) si no hay acusación formulada por persona ajena al tribunal sentenciador*: manifestación del acusatorio que tiene directa relación con la correlación y con la vinculación de la sentencia cuando el acusador pide la absolución o retira la acusación. 3. *No puede dictarse sentencia ni por hechos distintos de los acusados ni respecto a persona distinta de la acusada*: esta tercera exigencia es la consecuencia lógica o refleja de las dos anteriores. Por tanto, si es el acusador el que introduce los hechos al proceso (excluyendo al juez en esta función) mediante la acusación, y se añade la segunda exigencia de que no hay juicio sin acusación, es lógico que el órgano jurisdiccional tiene que resolver en la sentencia sobre aquello que se le ha sometido en la acusación, no más ni sobre otra cosa o persona (imputada). Entonces la sentencia guardará correlación con la acusación y no con la defensa.

9 DEL RÍO FERRETI, ob. cit., p. 62.

10 ORTELLS RAMOS, ob. cit., pp. 435-436.

tienen por finalidad señalar el objeto del proceso y demás elementos de la acusación (calificación y *petitum*) que se han de ventilar en juicio y someter al debate contradictorio; entonces, ¿cuál de estos dos momentos servirá como acto limitador y término correlativo de la sentencia?

Para responder el interrogante podemos decir que el objeto del proceso experimenta durante las diferentes etapas procesales una paulatina y progresiva conformación y decantación, en la cual los momentos cruciales de su delimitación son dos: las conclusiones provisionales y las conclusiones definitivas; las primeras sirven para introducir el objeto del proceso al juicio, pero ellas no gozan de consolidación absoluta sino que son provisorias, ya que de la práctica de pruebas en el juicio oral pueden derivarse ciertos resultados que obliguen a reformular parcialmente la acusación: es por ello que luego del momento de la prueba en el juicio oral se tiene la acusación definitivamente depurada; y la misma vuelve a plantearse en un acto procesal de petición posterior, denominado calificaciones definitivas, que constituyen la última versión y la fijación definitiva de la acusación, donde se pueden hacer dos cosas: elevar a definitivas las calificaciones provisionales si no hay necesidad de modificarlas en razón del resultado probatorio o, por el contrario, en caso de resultados probatorios imprevistos, realizar las modificaciones estimadas pertinentes por los acusadores. Por esto resulta lógico que sean las calificaciones definitivas el verdadero término de comparación limitador de la sentencia a los efectos de la correlación.

Ahora, si bien ya resolvimos el interrogante anterior, y en ese sentido determinamos que utilizaremos la acusación contenida en las conclusiones definitivas para realizar el acto de comparación de la acusación con la sentencia, que en cuanto a los hechos exige el principio de correlación imputación-sentencia, debemos decir que la cuestión no se ha resuelto del todo, sino que se presenta aún más compleja. En efecto, como ya dijimos, no es un secreto que el objeto del proceso (los hechos) durante las diferentes etapas procesales pasa por una paulatina y progresiva conformación y decantación, desde la fase de instrucción hasta la conformación de la sentencia por el órgano jurisdiccional. Es así que en el acto del juicio oral tanto el objeto del proceso como el objeto del debate sufren transformaciones, no sustanciales para el caso de los hechos debido a su inmutabilidad, a partir de la aparición de aquellos hechos accesorios o accidentales que fluyen de la práctica de pruebas, aun cuando no hayan sido alegados por las partes. Estos nuevos elementos no sustanciales no solo pueden determinar la modificación del contenido de la acusación original en calificación definitiva, sino que también pueden ser tomados de oficio por el juez a la hora de confeccionar la sentencia, en la que declara probados unos hechos a los que introduce matices, adiciones o sustracciones colaterales resultantes de la actividad probatoria y que complementan el relato fáctico originalmente aportado por la acusación; pero en donde estos en algún sentido inciden sobre el objeto del proceso fijado por el acto de la acusación: postura que acepta la idea de que aunque el juez, en virtud del principio acusatorio, está impedido para aportar hechos punibles nuevos o sustancialmente diversos de los introducidos por la acusación, y está atado por los hechos que no puede modificar sustancialmente debido

a su inmutabilidad, no se limita a reproducir de manera exacta el relato fáctico de la acusación, ya que el desarrollo de la labor de juzgar no puede realizarse asumiendo los hechos tal y como son propuestos; en efecto, la actividad probatoria y la existencia de derechos de rango constitucional como el de presunción de inocencia, el derecho a la defensa y el debido proceso, deben permitir que el tribunal valore (jurídicamente) en un rango de cierta libertad los hechos sobre los que versa el proceso.

En general, las referidas modificaciones pueden referirse tanto al contenido fáctico como al contenido jurídico de la acusación, pero en ningún caso podrán comportar la introducción de cambios o modificaciones tan amplias que lleguen a alterar sustancialmente o romper la identidad de los hechos introducidos a juicio mediante la primera acusación, o a acusar a sujetos distintos de los de la calificación provisional, ya que en ese caso se estaría modificando el objeto del proceso, con la consecuente vulneración del derecho a la defensa, por cuanto es de los hechos de los que se defiende el acusado. Es aquí donde comienzan a aparecer los problemas más complejos de la correlación. Veamos.

¿Cuáles elementos fácticos o jurídicos resultantes de la actividad probatoria en el juicio podrá introducir el fiscal en sus conclusiones definitivas, sin que se produzca una mutación sustancial de los hechos narrados en estas conclusiones definitivas con relación a los hechos contenidos en las conclusiones provisionales? ¿Cuáles elementos fácticos o jurídicos resultantes de la actividad probatoria en el juicio podrá introducir el juez en su sentencia, sin que se produzca una mutación sustancial de los hechos narrados en la sentencia en relación con los hechos narrados en las conclusiones definitivas? ¿Qué elementos resultantes de la prueba en juicio y que pueden ser incorporados a los hechos narrados por el fiscal o por el juez son accidentales y cuáles de ellos son sustanciales? ¿Cuáles de estos elementos fácticos o jurídicos pueden determinar una mutación de importancia en los hechos convirtiéndolos en hechos diversos?

Pero los problemas no terminan con la solución a estos interrogantes sino que, al decir de JULIO MAIER, el problema fundamental de la correlación entre el contenido de la acusación y la parte dispositiva de la sentencia se ha presentado en el campo de la práctica jurisdiccional, en razón de que la fórmula normativa de la correlación, “que pareciera tan sencilla de aplicar, mediante un simple procedimiento de comparación de la acusación [...] con el fallo”, se torna sumamente compleja y polémica en su aplicación concreta¹¹. Y esto es así porque, si bien hay consenso teórico en que el objeto del proceso viene identificado por el hecho en que se funda la pretensión, el consenso tiende a desaparecer cuando se trata de determinar cuáles características deben revestir los hechos narrados en la sentencia para guardar identidad con los hechos contenidos en la acusación. Ciertamente con 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

11 MAIER, JULIO. *Derecho Procesal Penal argentino*, Buenos Aires, Hammurabi, 1989, p. 336.

la acusación no hacemos nada más que resolver el problema desde el punto de vista formal, ya que seguimos sin saber en concreto con qué cosa ha de ser congruente la sentencia. Es necesario determinar qué es el hecho procesalmente relevante (que no es lo mismo que el hecho desde el punto de vista penal sustantivo), así como definir aquellos aspectos que lo identifican y que permitan, desde un punto de vista procesal, determinar su identidad, y por lo tanto hagan posible discernir cuándo se ha operado una modificación en la sentencia que convierte al hecho en uno diverso del contenido en la acusación. Es entonces indispensable adentrarse en la configuración técnica del hecho, de su contenido e identidad como objeto procesal. En el caso de la regulación adjetiva penal cubana, la falta de una teoría o regulación que permita discernir cuándo el hecho es el mismo y cuándo uno sustancialmente distinto o nuevo, puede conducirnos a la alteración sustancial en la sentencia del hecho originalmente imputado, así como a no estimar estas infracciones del deber de correlación en casos en que estas son evidentes, a lo que se suma que no existe ningún mecanismo impugnativo en nuestro proceso penal para combatir la actividad del órgano jurisdiccional que altera sustancialmente el hecho y por tanto genera sentencias incongruentes.

Otra dificultad es la que se plantea cuando, ante las modificaciones en calificaciones definitivas de la parte acusadora, la ley no prevé cómo proceder para el ejercicio efectivo de la defensa, ya que la misma, de conjunto con la contradicción, requieren, además del conocimiento previo de la acusación, contar con un momento procesal oportuno y medios suficientes para defenderse y, si es necesario, poder hacer aportaciones de pruebas. Lo cierto es que la norma adjetiva cubana no prevé la suspensión del acto del juicio durante el tiempo necesario para que la defensa prepare sus conclusiones ante esa acusación modificada y articule prueba en contra, aun cuando esta sea de las destinadas a atenuar la exigencia de responsabilidad penal por la parte acusadora.

La solución que la doctrina y la jurisprudencia han adoptado en los casos en que el tribunal pretende incorporar al relato de los hechos probados nuevos elementos surgidos de la práctica de pruebas, que introducen modificaciones al hecho objeto del proceso, pero sin determinar la mutación sustancial del mismo, es el empleo de la llamada tesis de desvinculación¹² o fórmula ritual de alerta, solución procesal empleada por los ordenamientos jurídicos procesales para evitar que las sentencias puedan ser catalogadas de incongruentes. En el caso cubano se la conoce desde que llegó al país en 1889 con

12 Acto procesal por medio del cual el tribunal alerta a las partes, especialmente al fiscal, cuando del resultado de la práctica de pruebas se formó un criterio apriorístico que dista del postulado de la acusación, siendo que su uso permite al tribunal sancionar por un delito más grave que el imputado por el fiscal o imponer una sanción mayor que la solicitada, sin que la sentencia pueda ser acusada de incongruente. Es la actuación ritual que debe realizar el tribunal cuando, una vez concluida la práctica de las pruebas, estima que está en presencia de un delito más grave que el imputado por el fiscal. La fórmula se utiliza en aquellos casos en que la Fiscalía decide retirar la acusación y el tribunal estima que existen elementos para sancionar. El uso de la fórmula es el mecanismo que legitima al tribunal para apartarse del contenido de la acusación sin incurrir en una incongruencia en su fallo.

la Ley de Enjuiciamiento Criminal española en el artículo 733¹³, y se introdujo en nuestro derecho con la Ley 1251 de 1973¹⁴, la que mantuvimos y exhibimos hoy en el artículo 350 de la actual ley de trámites¹⁵. Desde la regulación que exhibía el vetusto artículo 733 de la ley de trámites española hasta la actualidad legal cubana, la fórmula ritual de alerta ha sufrido bastantes modificaciones¹⁶, y ahora comprende una amplia gama de situaciones diversas, exigiéndose su utilización en todos los casos en que el tribunal pretenda alterar las bases originarias del debate para: incorporar en la narración de hechos probados algún elemento no esencial surgido del resultado de la práctica de las pruebas; calificar por un delito más grave que el que fue objeto de la acusación; agravar la participación del acusado en el delito; incrementar el grado de realización del delito; incluir circunstancias agravantes de la responsabilidad penal; imponer una sanción más grave que la solicitada por el fiscal, y sancionar en aquellos casos en que el fiscal retira la acusación.

La fórmula ha sido diseñada para aquellos casos en que el tribunal pretende incorporar al relato de los hechos probados nuevos elementos surgidos de la práctica de pruebas, que introducen modificaciones al hecho objeto del proceso pero sin determinar la mutación sustancial del mismo; sin embargo, es su uso por el tribunal para calificar los hechos probados según su propio criterio, es el actuar *ex ante* de la conciencia del juzgador, visto por algunos como una forma de prejuizar que aleja al sistema de admi-

13 Cfr. artículo 733, en *Ley de Enjuiciamiento Criminal para las Islas de Cuba y Puerto Rico*, Imprenta y Papelera de J. Fernández y Comp., La Habana, 1888.

14 Cfr. artículo 355 de la Ley 1251 de 25 de junio de 1973, Ley de Procedimiento Penal, en Gaceta Oficial de 26 de junio de 1973.

15 Ley n.º 5, Ley de Procedimiento Penal, de 13 de agosto de 1977.

16 La fórmula originaria de la tesis de desvinculación de la LECRIM española que se hizo extensiva a Cuba (art. 733), permitía que el tribunal corrigiera los errores cometidos por el fiscal en la calificación del hecho, pero limitaba esta facultad a dos situaciones bien concretas: el error en la calificación del delito y la pertinencia de apreciar una circunstancia eximente de la responsabilidad penal no alegada. Luego, con la intervención norteamericana, el artículo 733 LECRIM fue modificado mediante Orden Militar 189 de 13 de julio de 1899 (art. XIV). El espíritu de la reforma estuvo encaminado a exigir el uso de la tesis de desvinculación para cualquier modificación que pretendiera realizar el tribunal en el sentido de agravar la situación del acusado. En tal dirección no se podía sancionar por un *delito más grave* que el que fue objeto de la acusación, ni *apreciar circunstancias agravantes* no comprendidas en la acusación, ni la *participación del acusado* en concepto que lleve consigo mayor gravedad, ni variar en aumento el *grado de realización* del delito. No obstante, la tesis siguió conservando su formulación originaria en cuanto a exigir también el uso de la fórmula para apreciar alguna circunstancia eximente de la responsabilidad penal. Con la Ley de Organización del Poder Judicial de 1909 se extendió su uso para los casos en que el fiscal retira la acusación o cuando el tribunal entiende que procede imponer una sanción más grave que la solicitada. La última de las modificaciones tuvo lugar con la reforma procesal cubana de 1973, que derogó la vigencia en el país de la LECRIM española, al promulgar la Ley 1251, de 25 de junio de 1973, Ley de Procedimiento Penal. Esta norma estipuló el uso de la fórmula para los casos en que el tribunal pretenda incorporar a la narración de hechos probados determinados elementos no esenciales, que agraven la calificación imputada, y eliminó su uso cuando el tribunal pretenda apreciar una circunstancia eximente de la responsabilidad.

nistración de justicia de las concepciones de lo que ha de ser un sistema acusatorio, lo que ha generado uno o más de los nudos gordianos a que se enfrenta el Derecho Penal.

De un lado están quienes estiman que el uso de la tesis por el tribunal es una violación del principio acusatorio y un acto típicamente inquisitivo, pues el juzgador al emplear la tesis adelanta un juicio de valor previo que compromete su imparcialidad, cuando debiera dejar que el juicio transcurra normalmente y adoptar en su resolución la decisión que corresponde, aunque sea más grave que la imputada¹⁷; y del otro lado se encuentran quienes consideran que el tribunal debe, mediante la aplicación de la tesis, alertar al acusado si llega a apreciar durante el juicio que el hecho probado tipifica un delito de mayor gravedad que el imputado por el fiscal, o que merece una pena superior, para así garantizar el contradictorio y evitar la indefensión; si no lo hiciera, sorprendería al acusado con una calificación y pena para la cual no se preparó y que no pudo contradecir.

Se suma aquí el criterio de otros según el cual la exigencia de la congruencia y el principio acusatorio no se resuelven solamente en la mera advertencia previa por el tribunal que impulsa el cambio, ni tampoco en el otorgamiento de los medios necesarios para la preparación de la defensa, porque el tribunal no puede condenar por una figura más grave ni aun advirtiéndole al imputado que debe defenderse por la nueva figura legal, si esta no es acogida por el fiscal en conclusiones definitivas; porque con ello, si bien se respeta el derecho a la defensa, no es menos cierto que la imputación proviene de quien ha de juzgar al acusado y no de quien debe acusar, y entonces la sentencia resuelve sobre un tópico que fue sometido al contradictorio pero que no fue objeto de acusación.

Al decir de MENDOZA DÍAZ, la formulación del artículo 350.1 de nuestra ley de trámites: “Si en el hecho justiciable se ha omitido incluir alguno de los elementos no esenciales siguientes...” llama la atención sobre dos aspectos: en primer lugar, sobre el hecho de que el tribunal solo está obligado a hacer uso de la alerta cuando pretende incorporar nuevos hechos surgidos como resultado de la práctica de pruebas, y no para excluir del relato aquellos que considere que merecen ser extraídos; y en segundo lugar, en lo relativo a la esencialidad del hecho que puede ser incorporado¹⁸, aspecto al que ya nos referimos, naciendo en estos supuestos la obligación de que en nuestro Derecho, para que el tribunal pueda introducir algún elemento en el relato fáctico con trascendencia para la calificación del delito, debe previamente alertar a las partes y brindarles la posibilidad del contradictorio¹⁹. Lo que equivale a decir que en el Derecho cubano, para que el tribunal pueda introducir algún elemento en el relato fáctico con trascendencia

17 Entre los códigos procesales que exigen el uso de la tesis para poder sancionar por un delito más grave o una sanción mayor que la solicitada por el fiscal, se encuentran los códigos de procedimiento de Guatemala (art. 374), Costa Rica (art. 346), El Salvador (art. 359), Venezuela (art. 364) y Paraguay (art. 400).

18 MENDOZA DÍAZ, JUAN. *La correlación entre la acusación y la sentencia. Una visión americana*, p. 6.

19 *Ibíd.*, p. 6.

para la calificación de delito, debe previamente alertar a las partes y brindarles la posibilidad del contradictorio²⁰.

A pesar de que la norma cubana no lo expresa claramente, queda en evidencia que el interés del tribunal por modificar el hecho originalmente imputado, para incorporar nuevos elementos, solo tiene sentido cuando pretende agravar el contenido de la acusación, conclusión que deriva de la interpretación del artículo 357²¹, donde se plasman el alcance de la correlación acusación-sentencia y los aspectos que pueden ser alterados por el tribunal, como límites al ejercicio de su libre arbitrio judicial, previo uso de la fórmula; lo que constituye justamente garantía de la correlación imputación-sentencia. Por lo que se deduce que en nuestro Derecho solo la agravación implica la necesidad del uso de la tesis de desvinculación.

Si bien la ley cubana regula la obligatoriedad del uso de la tesis cuando el tribunal pretende agravar el contenido de la imputación, la práctica judicial ha defendido y la ley dispone la libertad del tribunal para sancionar por un delito de menor gravedad que el imputado por el fiscal sin tener que modificar la base de la acusación, o hacer uso de la fórmula, en atención a principios como el de beneficio al encausado. Esto ha sido objeto de la crítica de algunos autores a partir de la idea de que si la nueva calificación que hace el tribunal por un delito menos grave que el originalmente imputado, aun en beneficio del acusado, cambia sustancialmente la esencia del relato fáctico (prohibición preceptuada en el art. 349 LPP), se produce una alteración del objeto procesal, provocando con ello indefensión de ambas partes, y especialmente del acusado que se ha de defender en todo momento de los hechos. A tenor de lo dicho refiere MENDOZA DÍAZ que el hecho de la ausencia de control casacional al cambio en sentido descendente deja una brecha para que el tribunal pueda alterar el objeto del proceso y sus consecuencias jurídicas sin incurrir en incongruencia.

Sobre esta cuestión la jurisprudencia extranjera ha advertido su preocupación por cuanto detrás de las modificaciones de las calificaciones jurídicas pueden esconderse modificaciones fácticas importantes y sustanciales. Situación que obedece, como ya dijimos, a que todavía la doctrina no encuentra una teoría que determine lo que es el hecho procesalmente relevante que permita a su vez al tribunal delimitar hasta dónde puede introducir modificaciones y qué aspectos puede modificar del hecho planteado en la acusación sin que ello implique una mutación sustancial.

La última cuestión gira en torno a la retirada del fiscal, tema de conflicto para la doctrina moderna, fundamentalmente extranjera. El problema estriba en que luego de practicada

20 *Ibíd.*

21 El artículo 357 de la Ley n.º 5 de 1977 dispone que el tribunal no podrá sancionar por un delito más grave, apreciar agravantes, aumentar la participación, incrementar el grado de realización de delitos o imponer sanción más severa, si no ha hecho uso de la fórmula del artículo 350.

la prueba en el juicio oral, al momento de presentar sus calificaciones definitivas, el fiscal o el acusador particular pueden llegar a estimar que no hay mérito para sustentar la acusación y, consecuentemente, retirar la acusación. Cabe entonces la disquisición que tiene lugar en la doctrina acerca de si existe la posibilidad de que dicho acto produzca el efecto de vincular la decisión del tribunal, debiendo este dictar una sentencia absolutoria, o si por el contrario podría el juzgador desvincularse haciendo uso de la tesis de desvinculación, planteando la posibilidad de una condena para su debate, quedando luego habilitado para condenar conforme a ella.

Los defensores de la primera postura explican: primero, el hecho de que la retirada de la acusación conllevaría que el proceso quede sin objeto o sin pretensión, por cuanto el objeto del proceso o la pretensión procesal se interpone en las calificaciones definitivas, las que en el caso de la retirada están ausentes; segundo, que la retirada comportaría que el fiscal deje de ocupar su posición en el proceso, por lo cual no existiría sujeto distinto del juzgador que sostuviera la acusación para garantizar un fallo condenatorio válido a la vista del principio acusatorio, pero además faltando la acusación no sería posible un enjuiciamiento penal y tampoco se podría verificar la correlación, pues, ¿cómo hacerlo si ha desaparecido la acusación en su versión depurada (calificaciones definitivas), verdadero término de comparación limitador de la sentencia a los efectos de la correlación, y uno de los dos pilares necesarios para efectuar el acto de cotejo que la correlación entraña? Por último, exponen que cuando el tribunal emplea la fórmula y dicta sentencia condenatoria, está asumiendo funciones propiamente acusatorias, lo que por supuesto entra en pugna con el principio acusatorio, sobre la base de la separación de funciones que el postula.

Los que apoyan la segunda posición afirman que el tribunal no debe someterse a la retirada de la acusación, ya que la lógica del pensamiento indica que si en el proceso la Fiscalía está en la obligación de someter el resultado de la investigación a la decisión del tribunal, incluso en aquellos casos en que considera no existir mérito para acusar, siendo solo el órgano jurisdiccional quien tiene la facultad de adoptar la decisión liberadora del sobreseimiento, entonces no le es dable al fiscal en la fase del juicio oral paralizar la labor del tribunal, ante una retirada. A eso es a lo que denomina como actuar farisaico DOMENICO TOLOMEI, pues hipotéticamente puede darse el caso de que un fiscal pida el sobreseimiento de las actuaciones y sea “obligado” por el tribunal a ejercitar la acción y luego en el acto del juicio oral tome la decisión de retirar la acusación, la que de tener valor vinculante para el Tribunal, le obligaría a dictar una sentencia absolutoria, con un evidente “fraude” procesal²². De esta corriente de pensamiento forma parte ARMENTA DEU, quien no admite el desistimiento del fiscal, por cuanto la acusación deviene irrevocable²³; también en esta dirección, ORTELLS RAMOS ilustra que el contenido del principio acusatorio queda satisfecho desde el momento en que el fiscal

22 MENDOZA DÍAZ, ob. cit., p. 12.

23 ARMENTA DEU, ob. cit., p. 134.

condiciona la apertura de juicio oral con su solicitud acusatoria y determina el objeto del proceso, pues lo que resta en el juicio oral son típicas potestades jurisdiccionales, por lo que no es indispensable, para que el tribunal se pronuncie sobre el fondo, que la acusación sea mantenida por aquel²⁴; además de entender que el uso de la tesis para desvincularse ante la retirada no infringe el principio acusatorio porque el juzgador sigue limitándose a resolver sobre los hechos y sobre el imputado que determinaron originalmente los acusadores; por último, GÓMEZ COLOMER²⁵, en la misma línea, ha dicho que el juzgador puede plantear la tesis de condena ante la retirada del fiscal, pero que para poder condenar esta tiene que ser asumida por el acusador, abandonando su petición de absolución o retirada de acusación. Los criterios anteriores indican las divergencias de la doctrina sobre si el fiscal puede o no desligarse de la acusación en el acto del juicio oral, como también respecto de si, en caso de que retire la acusación o solicite la absolución²⁶, este acto suyo vincula o no la decisión del tribunal.

Según nuestra ley adjetiva en materia penal es posible que el fiscal, en el momento de cierre del juicio oral, adopte la decisión de retirar la acusación, lo cual no vincula al tribunal, quien tiene la posibilidad de usar la fórmula del artículo 350 y sancionar al imputado.

Los autores que en Cuba tratan el tema se manifiestan contrarios a mantener el uso de la fórmula para los casos en que se produzca la retirada de la acusación. DANILO RIVERO es partidario de que se elimine este proceder de la ley, con el argumento de que si el cometido que tiene es corregir los errores que puedan cometer los fiscales, el remedio es fortalecer la preparación del Ministerio Público, no encargar a los jueces la función correctiva²⁷.

Por último, la regulación del artículo 350 de la ley de trámites dispone la suspensión de la sesión de la vista oral hasta el día siguiente, cuando alguna de las partes no esté suficientemente preparada para discutir la cuestión propuesta por el tribunal, particular que entendemos vulnera el derecho a la defensa, la igualdad y la contradicción, puesto que parece imposible, en tan corto periodo de tiempo, preparar adecuadamente la defensa ante los nuevos puntos de vista, más cuando no es posible hacer aportaciones de pruebas.

24 ORTELLS RAMOS, ob. cit., p. 276.

25 GÓMEZ COLOMER, JUAN-LUIS, *Derecho jurisdiccional, III. Proceso penal*, pp. 249-250.

26 Existe confusión en los autores que identifican la retirada de la acusación con la solicitud de absolución, aspectos diferentes, puesto que la retirada presupone un abandono del fiscal de su posición de parte en el juicio oral, mientras que con la solicitud de absolución el fiscal se allana al pedimento liberador y deja en manos del tribunal la decisión a adoptar, pero no se aparta del debate, al menos en el aspecto formal.

27 RIVERO GARCÍA, Danilo, *El juicio oral. Antecedentes en la Lecrim. Ideas para una nueva formulación*, La Habana, ONBC, 2005, p. 50.

Más allá de todo lo expuesto se hace necesario buscar otras posibles incongruencias en otros momentos del proceso, por ejemplo las incongruencias que pueden darse entre el hecho conocido durante la instrucción de cargos, el hecho calificado en conclusiones provisionales y el hecho sancionado, mutaciones de las que muchas veces no se informa al acusado, así como la ausencia de congruencia entre lo descrito en el acta del juicio oral, supuesto reflejo del debate oral, y lo que posteriormente narra el tribunal en su sentencia, además de las posibles modificaciones que puede sufrir el hecho cuando es sometido al régimen de los recursos.

Todas estas insuficiencias encontradas en la regulación del principio en estudio en la norma adjetiva cubana denotan la pertinencia y necesidad de esta investigación, porque desde el punto de vista de su concepción científica en nuestro país existe una brecha teórica en cuanto a que los estudios realizados no han tratado toda la extensión que entraña el tema referido, así como tampoco han aportado las soluciones teóricas y normativas necesarias para convertir nuestro modelo de enjuiciar en acusatorio, asegurando la protección y el efectivo ejercicio del principio en estudio y de otros principios urgidos de protección, como lo son la contradicción y el derecho a la defensa, para al final garantizar los conceptos de seguridad jurídica ciudadana y justicia en la conciencia colectiva social, así como la confianza en el sistema de administración de justicia.

BIBLIOGRAFÍA

ARMENTA DEU, TERESA. *Lecciones de derecho procesal penal*, Madrid, Marcial Pons, 2004.

ARRANZ CASTILLERO, VICENTE JULIO. "El juicio oral: sus principios y las normas fundamentales que lo regulan en la legislación penal cubana", segunda parte, en AA.VV. *Temas para el estudio del Derecho Procesal Penal*, FEIJÓO VALDÉS, ed., La Habana, Varela, 2002.

DEL RÍO FERRETI, CARLOS. *La correlación de la sentencia con la acusación y la defensa. Estudio comparado del derecho español con el chileno*, tesis doctoral, Valencia, Servei y Universidad de Valencia, 2007.

GÓMEZ COLOMER, JUAN-LUIS. *Derecho jurisdiccional, III. Proceso penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 10ª ed., 2001.

MAIER, JULIO. *Derecho procesal penal argentino*, Buenos Aires, Hammurabi, 1989.

MENDOZA DÍAZ, JUAN. *La correlación entre la acusación y la sentencia. Una visión americana*, La Habana, CD de la V Escuela de Verano sobre Temas Penales Contemporáneos, 2009.

MONTERO AROCA, JUAN. “El principio acusatorio. Un intento de aclaración conceptual”, en *Justicia*, IV, 1992.

ORTELLS RAMOS, MANUEL. *Derecho procesal. Introducción*, Valencia, Nomos, 2003.

RIVERO GARCÍA, DANILO. *El juicio oral. Antecedentes en la Lecrim. Ideas para una nueva formulación*, La Habana, ONBC, 2005.

Legislación:

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

-Ley 1251 de 25 de junio de 1973, Ley de Procedimiento Penal, publicada en Gaceta Oficial del 26 de junio de 1973.

Ley n.º 5, Ley de Procedimiento Penal de 13 de agosto de 1977.