

Principia IURIS

12



Facultad de
Derecho

Principia IURIS Tunja Colombia N° 12 pp. 1 - 262 julio diciembre 2009 ISSN: 0124-2067



Centro de Investigaciones Socio-Juridicas
Universidad Santo Tomás - Seccional Tunja



UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS
PRIMER CLAUSTRO UNIVERSITARIO DE COLOMBIA

T U N J A
Experiencia y Calidad

UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS, SECCIONAL TUNJA
FACULTAD DE DERECHO

REVISTA DE DERECHO
PRINCIPIA IURIS
No. 12

Tunja, 2009-2

Principia Iuris	Tunja, Colombia	No. 12	pp. 1 - 262	Julio Diciembre	2009	ISSN: 0124-2067
--------------------	--------------------	--------	-------------	--------------------	------	-----------------

Entidad Editora

Universidad Santo Tomás, Seccional
Tunja

Director

Ph.D. Ciro Nolberto Güechá Medina

Editor

Mg. Diego Mauricio Higuera Jiménez

Número de la revista

DOCE (12)
SEGUNDO SEMESTRE DE 2009

Periodicidad

SEMESTRAL

ISSN

0124-2067

Dirección postal

Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas.
Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja.
Calle 19 # 11-64. Tunja, Boyacá, Colombia.

Teléfono

(8) 7440404 Ext. 1024

Correo electrónico

revistaderecho@ustatunja.edu.co
dhiguera@ustatunja.edu.co

Diseñador Portada: Santiago Suárez

Corrección de Estilo: Mg. Santiago Bordamalo
Echeverría, Dpto. de Humanidades

Revisión inglés: Carlos Manuel Araque López

Estudiantes Colaboradoras: María Alejandra
Orjuela Ramírez, Jennifer Ayala Toca,
Anderson J. Sánchez y Nancy Sánchez

Anotación: El contenido de los Artículos es
responsabilidad exclusiva de sus autores,
hecho el depósito legal.

DIRECTIVAS INSTITUCIÓN

Fray Luis Alberto Orozco Arcila, O.P.
Rector Seccional

Fray Tiberio Polanía Ramírez, O.P.
Vicerrector Académico

Fray Erico Juan Macchi Céspedes, O.P.
Vicerrector Administrativo y Financiero

Fray Luis Antonio Alfonso Vargas, O.P.
Decano de División

COMITÉ CIENTÍFICO

Ph.D. Pierre Subra de Bieusses
Universidad Paris X, Francia

Mg. Galo Christian Numpaque Acosta
Director Centro de Investigaciones

Ph.D. Pablo Guadarrama
Universidad Central de las Villas, Cuba

Ph.D. Carlos Mario Molina Betancur
Universidad Santo Tomás, Colombia

Ph.D. Ricardo Rivero
Universidad de Salamanca, España

COMITÉ EDITORIAL SECCIONAL

Fray Tiberio Polanía Ramírez, O.P.
Vicerrector Académico.

Mg. Galo Christian Numpaque Acosta.
Director Centro de Investigaciones.

Mg. Andrea Sotelo Carreño.
Directora Departamento de
Comunicaciones y Mercadeo.

COMITÉ EDITORIAL FACULTAD

Ph.D. Ana Yazmín Torres Torres
Universidad Carlos III, España.

Ph.D. Yolanda M. Guerra García
Madison University, Estados Unidos.

C. Ph.D. Gloria Yaneth Vélez Pérez
Universidad de Medellín, Colombia

C. Ph.D. Juan Ángel Serrano Escalera
Universidad Carlos III, España.

PARES ACADÉMICOS INTERNOS

Ph.D. Ciro Nolberto Güechá Medina.
Decano de Facultad de Derecho

Ph.D. Ana Yazmín Torres Torres
Docente Investigadora Facultad de
Derecho

Mg. Robinson Arí Cárdenas Sierra
Docente investigador Facultad de
Derecho

Mg. Jorge Enrique Patiño Rojas
Docente investigador Facultad de
Derecho

Esp. Carlos Gabriel Salazar Cáceres.
Docente investigador Facultad de
Derecho

Esp. Álvaro Bertel Oviedo
Docente investigador Facultad de
Derecho

Esp. Yenny Carolina Ochoa Suárez.
Secretaria de División

PARES ACADÉMICOS EXTERNOS

Mg. Robinson Sanabria.
Docente Universidad Libre de Colombia

C. Ph.D. Fabio Iván Rey Navas
Docente investigador Facultad de
Derecho Universidad Pedagógica y Tecnológica
de Colombia

C. Ph.D. Gloria Yaneth Vélez Pérez
Coordinadora de Investigación
Universidad de Medellín.

Esp. Jaime Fayath Rodríguez Ruiz
Gobernación de Boyacá.

CONTENIDO

Editorial 9

Presentación 11

Sección I. Artículos de producción institucional.

Conceptos sobre la responsabilidad estatal: una aproximación a la
responsabilidad del Estado por actos terroristas 15
Yolanda M. Guerra García.

El derecho de marcas frente a las infracciones al derecho
de la competencia..... 35
Fernando Arias García.

Hacia un nuevo modelo de enseñanza exitosa: dogmatización
fallida del derecho 49
Germán Bernal Camacho y María Fernanda Murillo Delgadillo.

Ecología intelectual, del sitio de producción de la teoría
pura del derecho 59
Carlos Alberto Pérez Gil.

Derechos del enfermo derivados del consentimiento informado 75
Enrique López Camargo.

Estudio integrado de la legitimidad en la Corte Constitucional
colombiana 91
Diego Mauricio Higuera Jiménez.

Principia Iuris	Tunja, Colombia	No. 12	pp. 1 - 262	Julio Diciembre	2009	ISSN: 0124-2067
--------------------	--------------------	--------	-------------	--------------------	------	-----------------

Sección II. Tema Central –Punición, Análisis críticos.

El principio de igualdad de armas en el sistema procesal penal colombiano a partir del acto legislativo 03 de 2002	121
Alfonso Daza González.	
Contravenciones comunes de policía en Colombia	147
Luís Enrique Rodríguez Gómez.	
Breve historia de la cárcel	159
Carlos Gabriel Salazar Cáceres.	
Concepciones y prácticas sobre la enfermedad mental en Colombia. Siglos XVI al XXI	177
Fabián Leonardo Benavides Silva.	
El derecho humano al agua y las garantías para su realización	203
Alfonso Daza González.	

Sección III. Temáticas Internacionales, Extranjeras y Comparadas.

Manifestaciones del principio acusatorio: exégesis de la ley de enjuiciamiento criminal en España	231
Juan Ángel Serrano Escalera	

CONTENTS

Editorial	9
Presentation	11
 Part I. Articles of institutional production	
Concepts of state responsibility: an approach to state responsibility for terrorist acts	15
Yolanda M. Guerra García.	
Trademark law against infringements of competition law	35
Fernando Arias Garcia	
Towards a new model of successful teaching: failed dogmatization law	49
German Bernal Camacho and Maria Fernanda Murillo Delgadillo.	
Intellectual ecology production site of the pure theory of law	59
Carlos Alberto Pérez Gil.	
Rights of patient informed consent from	75
Enrique López Camargo.	
Integrated study of legitimacy in the Colombian Constitutional Court	91
Diego Mauricio Higuera Jimenez	

Part II. Central topic-punishment, Critical Analysis.

The principle of equality of arms in the Colombian criminal justice system from legislation in March 2002 121
González Alfonso Daza.

Common Violations police in Colombia 147
Luis Enrique Rodríguez Gómez.

Brief history of the prison 159
Carlos Gabriel Salazar Cáceres.

Concepts and practices of mental illness in Colombia. XVI to XXI.... 177
Fabian Benavides Leonardo Silva.

The human right to water and due for completion 203
González Alfonso Daza.

Part III. - International, Foreign and Compared subject matters.

Manifestations of the adversarial principle: exegesis of the Criminal Procedure Law in Spain 231
Juan Angel Serrano Escalera

EDITORIAL

Desde hace varios años, cuando el Doctor **Ciro Nolberto Güechá Medina** asumió la dirección de la revista institucional de la Facultad de Derecho, **PRINCIPIA IURIS**, se planteó como meta producir una publicación periódica que cumpliera con todos los parámetros de alta calidad; fue así como se constituyó un comité editorial con profundos conocimientos en resultados jurídicos, se instituyó un comité científico con personalidades académicas altamente reconocidas, se encargó a un editor concreto del impulso de la revista y se formalizó el perfil investigativo y científico de la revista, lo cual ha sido posible, en gran medida, gracias al rigor jurídico y la postura constructiva de los pares académicos especializados, quienes han marcado una pauta de calidad y una guía a los escritores. En desarrollo de estos planes consideramos que actualmente la **PRINCIPIA IURIS** se ha convertido en un espacio idóneo para la presentación de productos y divulgaciones resultados de diversos proyectos de investigación.

Esto no habría sido posible sin el compromiso de todos los escritores, quienes han plasmado lo mejor de su inteligencia y dedicación en estos espacios; en primer lugar, cabe elogiar su formalidad, notoria en la utilización de un sistema unificado de citación, la presentación con referencias en otros idiomas (inglés y francés, particularmente) y el cumplimiento oportuno de los términos editoriales.

Pero más aún, es importante resaltar el compromiso de fondo en la producción de los escritos institucionales, al tratarse de una Casa de Estudios consciente de su filosofía humanista, los miembros del Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja, se han visto abocados a una actitud que permita integrar la pedagogía y la investigación con miras a la proyección social, lo cual se busca en concreto

mediante una vocación creadora de la forma más valiosa que conoce la Academia, en el espíritu de otros.

PRINCIPIA IURIS Número 12 presenta como tema central: «Punición, Análisis críticos» como resultado de la línea de investigación en Derecho Humanos, Derecho Penal y Procesal Penal, esperando contribuir al debate de esta depurada e importante rama del derecho. Sabemos que aún tenemos mucho que recorrer con miras al continuo mejoramiento y construcción de ciencia jurídica; en este orden de ideas invitamos a la comunidad académica a participar en la próxima edición de nuestra revista cuyo tema central será; «Problemáticas contemporáneas respecto de las relaciones con el Estado».

Diego Mauricio Higuera Jiménez
Editor

PRESENTACIÓN

Con agrado la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja, da a conocer a la comunidad académica, jurídica e intelectual en general, la presente edición de nuestra publicación institucional **PRINCIPIA IURIS Número 12**, cuyo tema central es «*Punición, Análisis críticos*», como resultado de los avances obtenidos por nuestra Línea de Investigación en Filosofía Institucional y del Derecho.

Desde su nacimiento en el siglo XVII, el derecho penal como ciencia específica del derecho ha mostrado un considerable avance en términos de depuración teórica y humanización del derecho, las cláusulas de derechos intangibles, debido proceso y los fines de las penas, son apenas unos ejemplos; sin embargo, en Colombia la tragedia de la violación de los derechos humanos y los indignantes niveles de impunidad (98.5% según informes de la Naciones Unidas) nos obligan, en desarrollo de nuestros compromisos intelectuales, a fortalecer esta rama del derecho.

En la primera sección, referente a artículos de producción institucional, se desarrollan temas de responsabilidad del Estado por actos terroristas, la aparente tensión entre el derecho de marcas y las infracciones al derecho de la competencia, la dogmatización fallida del derecho, el ambiente intelectual de la teoría pura del derecho, los derechos derivados del consentimiento informado en actividades médicas y la legitimidad en la Corte Constitucional colombiana,

Posteriormente, entramos a desarrollar nuestro tema central «*Punición, Análisis críticos*», examinando en primer lugar algunas tendencias de orden procesal con los artículos sobre «El principio de igualdad de armas en el sistema procesal

penal colombiano a partir del acto legislativo 03 de 2002 y «Contravenciones comunes de policía en Colombia», para posteriormente hacer una referencia histórica con los escritos sobre «Breve historia de la cárcel» y «Concepciones y prácticas sobre la enfermedad mental en Colombia. Siglos XVI al XXI» para concluir con una referencia a los derechos humanos, en concreto con el trabajo titulado «El derecho humano al agua y las garantías para su realización».

Finalmente, en la sección tercera, relativa a Temáticas Internacionales, Extranjeras y Comparadas, presentamos el artículo titulado «Manifestaciones del principio acusatorio: exégesis de la ley de enjuiciamiento criminal en España» como resultado del convenio suscrito entre la Universidad Carlos III de Madrid y nuestra Alma Mater. Esperamos con estos trabajos contribuir al desarrollo de tan importante rama del Derecho.

**Fray Luis Antonio Alfonso Vargas, O.P.
Decano de División Facultad de Derecho**

MANIFESTACIONES DEL PRINCIPIO ACUSATORIO: EXÉGESIS DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL EN ESPAÑA.

MANIFESTATIONS OF ADVERSARIAL PRINCIPLE: EXEGESIS OF THE CRIMINAL PROCEDURE LAW IN SPAIN

*Sr. D. Juan Ángel Serrano Escalera**

Fecha de recepción: 12-01-10

Fecha de aprobación: 12-02-10

RESUMEN**

Consciente de la importancia en la legislación colombiana de la nueva implantación del sistema acusatorio y su repercusión en la práctica forense, este docente pretende, abordar las diferentes manifestaciones del principio acusatorio en nuestra legislación e intentar solucionar algunos de los conflictos que se pueden plantear consecuencia de su práctica a la luz de la legislación y de la jurisprudencia, desde una visión eminente pedagógica.

PALABRAS CLAVE

Principio Acusatorio, acción, medios de investigación en la fase de instrucción y pruebas en la fase de plenario, calificaciones provisionales y definitivas.

ABSTRACT

Aware of the importance in Colombian legislation for the new implementation of the adversarial system and its impact on forensic practice, this teaching will mainly address the different manifestations of the adversarial

* Abogado Mg., Candidato a Doctor, Profesor Asociado de la Universidad Carlos III de Madrid

** Artículo de investigación vinculado a la línea de investigación en Derecho penal, procesal penal y derechos humanos del Centro de Investigaciones Socio-jurídicas de la Facultad de Derecho, Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja en desarrollo del convenio de apoyo estratégico entre la Universidad Carlos III de Madrid, España y la Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja, Colombia.

principle in our legislation and try to solve some of the conflicts that may arise due to their practice in the light of legislation and case law, from an eminent educational vision

1. ACERCAMIENTO AL PRINCIPIO ACUSATORIO EN EL DERECHO PROCESAL PENAL ESPAÑOL

No podemos dar una definición de lo que es el principio acusatorio pues son múltiples las manifestaciones de éste que dan contenido al mismo, pero si queremos aportar una podremos definirlo de forma simple: como el derecho exclusivo del que disfrutaban las partes para poder sostener la acusación excluyendo al órgano judicial de dicha función.

Es decir que son las partes las únicas que pueden de forma exclusiva sostener la acusación (con un contenido concreto) en el proceso penal, sin que el órgano judicial pueda interferir en esa labor, estando supeditado en todo momento a lo solicitado por las partes. Como comentábamos con anterioridad las manifestaciones del principio acusatorio se ponen de manifiesto a lo largo de todas las fases del proceso penal español, por lo que desde el punto de vista didáctico quizá lo más acertado es exponer, en primer lugar,

KEYWORDS

Adversarial Principle, action research means the investigation phase and evidence in the whole phase, interim and final grades.

el esquema del mismo y desarrollar en cada una de sus fases sus diferentes manifestaciones.

Podemos hablar que el proceso penal español está dividido en tres fases fundamentales:

Fase de Instrucción. Fase Intermedia. Fase de Juicio Oral.



La fase de instrucción corresponde su conocimiento al Juez de Instrucción, es él, el que se encarga de la realización de todos los medios de investigación que en un futuro posibilitarán la apertura del juicio oral o la impedirán teniéndose que dictar los correspondientes autos de sobreseimiento. (ex artículo 299 de la Ley de Enjuiciamiento criminal)¹. Esta fase de instrucción se puede iniciar solamente a través de denuncia (artículo 259 de la Ley de Enjuiciamiento criminal, en adelante LECrim.) o querrela (artículo 270 de la LECrim.), sin que al órgano judicial se le posibilite su iniciación.

¹ El artículo 299 de la Ley de Enjuiciamiento criminal nos señala cuales son las finalidades de esta fase inicial del proceso penal, la fase de instrucción y nos señala que « Constituye el sumario (denominación otorgada por la ley a la fase de instrucción en los delitos con penas superiores a nueve privativas de libertad, es decir al proceso ordinario) las actuaciones encaminadas a preparar el juicio y practicadas para averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación, y la culpabilidad de los delincuentes, asegurando sus personas y las responsabilidades pecuniarias de los mismos».

La fase intermedia, categoría que se ha creado desde la docencia para una mejor explicación del proceso, es decisiva pues en la misma se decide con base en los medios de investigación que se han practicado en la fase de instrucción si se abre o no el juicio oral o se sobresee, o dicho de otra forma, si de los medios de investigación que se han practicado en la fase de instrucción existen motivos para poder imputar a alguien la comisión de un hecho ilícito se procederá a la apertura del juicio oral realizándose los correspondientes escritos de acusación o calificaciones (ya que se califica para acusar pero también para defender) provisionales (ex artículo 650 y ss de la LECrim.), o si en cambio no existiesen suficientes medios de investigación esclarecedores de la posible comisión del hecho delictivo se dictaría el auto de sobreseimiento libre o provisional (artículo 637 y 641 de la LECrim.). Es decir que si nadie de las partes apersonadas solicita la calificación o acusación del posible autor, el órgano judicial no puede de oficio acusar, como en la fase de instrucción no puede iniciar o interponer la acción penal.

La fase de juicio oral la última del proceso penal español, que se desarrolla bajo los principios de inmediación, oralidad y publicidad, conoce de ella el Juzgado de lo Penal o la Audiencia Provincial dependiendo de la pena del delito (más o menos de cinco

años) y tiene como objetivo que las partes confirmen como definitivas las calificaciones provisionales (que realizaron en la anterior fase a la vista de los medios de investigación desarrollados en la fase de instrucción), a la vista de las pruebas que se han desarrollado en el proceso y en base a las mismas el juez de lo Penal o la Audiencia Provincial dictar la correspondiente sentencia (ex artículo 741 de la LECrim.), teniendo que ser la sentencia dictada siempre congruente con las calificaciones o acusaciones, sin que se pudiese condenar por nada distinto de lo solicitado por las partes. En ningún caso servirán los medios de investigación de la fase de instrucción para dictar sentencia, sino simplemente para estudiar si podemos o no abrir la fase de juicio oral o dictar los autos de sobreseimiento.

Por tanto, el principio acusatorio se modula de forma distinta dependiendo de la fase del proceso en el que nos encontremos o bien indicándonos quién es el que puede interponer el ejercicio de la acción penal en la fase de instrucción o de investigación que corresponde al juez de instrucción, bien indicándonos quién puede ejercitar la acusación en la fase intermedia y en el juicio oral y cómo vincula la misma al juzgador, sin que pueda alterar lo solicitado por las partes.

2. EL PRINCIPIO ACUSATORIO EN LA FASE DE INSTRUCCIÓN O DE INVESTIGACIÓN EN EL PROCESO PENAL ESPAÑOL.

En el ejercicio de la acción penal

El proceso penal español se inicia mediante denuncia que es el mecanismo a través del cual se traslada la «notitia criminis» al órgano judicial que se regula en el artículo 259 de la LECrim. (el atestado de la Policía Judicial tiene simple valor de denuncia artículo 297 de la LECrim), o a través de la querrela que además de trasladar la noticia del hecho criminal al órgano judicial para su investigación se traslada la voluntad firme de mostrarse parte en el proceso y poder ejercitar la acusación de conformidad con los artículos 270 y 277 de la ley ritaria.²

¿Quién puede llevar a cabo el inicio del proceso? El inicio del proceso ejercitando el «ius ut procedatur» puede iniciarlo en derecho proceso penal cualquier ciudadano sea o no el perjudicado por el hecho delictivo, es decir que es posible que alguien que no haya sido perjudicado por el hecho delictivo de forma personal sea quien ejercite la acción, es lo que se conoce en nuestro derecho al igual que en el derecho anglosajón como la acción penal popular: cualquier ciudadano

podrá sea o no el perjudicado iniciar la acción, como manifestación del artículo 125 de la Constitución española: «Los ciudadanos podrán ejercer la acción popular ..., en la forma y con respecto aquellos procesos penales que la ley determine...». Por tanto, cualquier ciudadano podrá ejercer la acción penal popular en los términos que señala la ley.

Así, pues; junto con la acción penal privada (reservada sólo y exclusivamente a los perjudicados por los delitos privados de calumnia e injurias, que tendrán que ejercitar la acción a través de querrela), la acción penal particular (perjudicados por el delito que podrán iniciar el proceso mediante denuncia; sin constituirse como parte, o a través de querrela) nos encontramos con la acción penal popular que podrán iniciar la acción a través de querrela constituyendo fianza, aunque no fuesen los perjudicados por el hecho delictivo. De forma muy parecida al artículo 125 de la Constitución Española se pronuncia el artículo 101 de la LECrim. que señala: «La acción penal es pública. Todos los ciudadanos españoles podrán ejercitarla con arreglo a las prescripciones de la Ley».

La primera manifestación que vemos del principio acusatorio es el artículo 102

² Artículo 259 de la Ley de Enjuiciamiento criminal: «El que presenciare la perpetración de cualquier delito público está obligado a ponerlo inmediatamente en conocimiento del juez de instrucción...». El que denuncia solamente traslada la «notitia criminis», sin mostrarse parte en el proceso, el no es por el hecho de interponer la denuncia parte en ningún proceso, no tiene la posibilidad de acusar, y comparecerá en el proceso única y exclusivamente como testigo, a no ser que con posterioridad a la interposición de la denuncia se muestra parte en el proceso aceptando el ofrecimiento de acciones que el juez le tiene que hacer de conformidad con el artículo 109 y 776 de la LECrim., diferencia con la querrela, único instrumento que por sí sólo es suficiente para la interposición de la acción, elevando al instante a la categoría de parte de forma inmediata.

de la LECrim. que señala: «Sin embargo de lo dispuesto en el artículo anterior, no podrán ejercitar la acción penal: 3. El Juez o Magistrado». Efectivamente, el juez o magistrado no podrá ejercitar la acción penal popular, pues se constituirá en parte y órgano judicial a la vez, la función de juzgar y accionar en este momento inicial se vería confundida, lo que se pretende al fin y al cabo es desligar las funciones de juzgar y acusar o accionar.

Así, pues; el juez o magistrado no tiene la facultad de ejercitar la acción penal popular en la medida que se constituiría como juzgador y parte al mismo tiempo al ejercitar la acción penal popular a través de la querrela. La acción penal popular es el ejercicio de la acción penal en nombre de la colectividad y para la misma, ejercitando así como lo haría el Ministerio Fiscal, el interés público tutelado por la ley, por lo que el ejercicio de la protección del interés público tutelado por la ley a través de la acción penal popular y el ejercicio de la potestad jurisdiccional al mismo tiempo pondría sin dudarle en colisión la imparcialidad del órgano judicial en la medida que al estar revestido de autoridad jurisdiccional podría a su antojo iniciar por el sólo los procesos penales que considerase oportuno con una merma de la imparcialidad y objetiva que son propios de la función que desempeña.

Eso sí el órgano judicial, sí puede llevar a cabo el ejercicio de acciones penales particulares en la medida que el fuese el perjudicado por el hecho ilícito o sus bienes o las personas que tuviese a su cargo, artículo 102. párrafo tercero.

Así pues el principio acusatorio veda la posibilidad del ejercicio de la acción penal popular al órgano judicial, por lo motivos antes expuestos.

La siguiente pregunta que en esta fase inicial del proceso nos debemos de hacer es si el órgano judicial puede de oficio iniciar cualquier actuación de investigación al haber tenido conocimiento de la misma de forma personal. Veamos a continuación cómo la LECrim. resuelve el problema. O dicho de otra forma el juez de instrucción que conozca de la existencia de un hecho ilícito puede iniciar e investigar en la fase de instrucción. De igual manera y por las mismas razones que con anterioridad el artículo 308 de la LECrim. impide al órgano judicial que inicie actuaciones de investigación por el conocimiento personal de un ilícito y la solución que nos ofrece el precepto es la siguiente: «Inmediatamente que los Jueces de instrucción, tuvieren noticia de la perpetración de un delito, dará parte al Presidente de la Audiencia de la formación del sumario, en relación sucinta, suficientemente expresiva del hecho, de sus circunstancias y de su autor, dentro de los dos días siguientes al en que hubiere principiado a instruirle.

Pudiéramos pensar que habilita el artículo 308 de la LECrim al ejercicio de la acción penal ex officio por parte del órgano judicial pero tenemos que llegar a la conclusión en base al precepto del artículo 102.3° antes analizado que no es así, porque única y exclusivamente corresponde el ejercicio y sostenimiento de la acción penal al Ministerio Fiscal (ex artículo 105 de la LECrim.). Eso es así efectivamente porque como uno de los motivos de recusación y abstención del órgano judicial es que éste haya sido el denunciado o acusado privado del que recusa o haya sido el instructor de la causa, todo ello de conformidad con el artículo 54.5° y 12° de la LECrim.

Lo que el órgano judicial tiene que hacer cuando conozca de la existencia de algún ilícito penal es ponerlo en conocimiento del juez de guardia para que sea éste el que en virtud de las normas de reparto correspondiente a la demarcación judicial turne la correspondiente denuncia, para evitar vulnerar el principio de imparcialidad y objetividad ya que podría ser motivo de recusación y abstención conforme a lo señalado con anterioridad.

En la adopción de medidas cautelares

Como habíamos visto con anterioridad el artículo 299 de la Ley de Enjuiciamiento criminal, señalaba como una de las medidas a practicar en la fase de instrucción la adopción

de las medidas tendentes a asegurar su persona y las responsabilidades pecuniarias de los mismos.

Efectivamente, en la fase de instrucción una de las finalidades de la misma es la adopción de las medidas cautelares para el aseguramiento del cumplimiento de la eficacia de la sentencia que recaiga en el proceso, arbitrando mecanismos cautelares para cumplir la sentencia final y evitar que un proceso excesivamente largo impida o dificulte la eficacia de la sentencia (porque ha huido el delincuente o malgastado sus bienes). Para ello se establecen medidas cautelares personales y reales (en las primeras nos encontramos a aquellas que pretenden asegurar la persona del sujeto pasivo del proceso, mientras que las segundas tienden a asegurar los bienes del mismo). Entre las primeras como medida que incide más en los derechos fundamentales, pues anula la libertad ambulatoria es la prisión provisional.

A nadie se escapa que la prisión provisional es la medida con una mayor incidencia en los derechos fundamentales, en la medida que elimina la libertad ambulatoria antes de que haya recaído una sentencia firme de condena, es decir los efectos sobre los derechos se producen de forma preventiva para impedir la sustracción de pruebas, influir a testigos, la reiteración delictiva o protección de la víctima.

La pregunta que nos tenemos que hacer a continuación, es cómo se adopta la prisión provisional en el derecho procesal penal español. La adopción de la misma viene regulada en el artículo 505 de la LECrim. que señala expresamente: «1. Cuando el detenido fuere puesto a disposición del juez de instrucción o tribunal que deba conocer de la causa, éste, salvo que decretare su libertad provisional sin fianza, convocará a una audiencia en la que el Ministerio Fiscal o las partes acusadoras podrán interesar que se decrete la prisión provisional del imputado o su libertad provisional con fianza. Si ninguna de las partes las instare, acordará necesariamente la inmediata puesta en libertad del imputado que estuviere detenido».

A la vista del precepto transcrito inferimos que también en la adopción de la medida cautelar personal que más incide en los derechos fundamentales, como es la prisión provisional y la libertad con fianza, debe de ser solicitada la misma por algunas de las partes personadas en una audiencia que se convoca por el órgano judicial a tal fin, sin que éste pueda hacer otra cosa más que la puesta en libertad, en el supuesto de que ninguna de las partes le solicite la adopción de la medida cautelar. Inferimos ya desde el inicio de la explicación, que la adopción de aquellas medidas que incidan de forma más severa a los derechos fundamentales como es la privación de libertad, aunque sea medida preventiva

personal, debe de ser adoptada por el órgano judicial siempre a instancia de parte, siempre a solicitud de las partes personadas y nunca, nunca ex officio.

El principio acusatorio en la fase intermedia en el proceso penal español

Quizás donde con más vigor se pone de manifiesto el principio acusatorio, es en la fase intermedia, ya sabemos porque lo hemos explicado con anterioridad en las líneas que nos precedían que los medios de investigación que se han desarrollado en la fase de instrucción, nos sirven solamente para saber si podemos continuar o no con el fase de juicio oral, pero que en ningún caso pueden servir como fundamento a la sentencia que única y exclusivamente podrán fundamentarse en las pruebas practicadas en el juicio oral, garantizándose así la imparcialidad y objetividad del juez de conocimiento o juzgado de lo penal.

A la vista de toda la fase de instrucción (que sabemos que recibe diferentes nombres dependiendo del proceso, sumario en el proceso ordinario, diligencias previas en el proceso abreviado y diligencias urgentes en el juicio rápido) y de los medios de investigación que se han desarrollado en el mismo, las partes y solamente las partes tienen que decidir si formulan acusación o calificaciones (dos denominaciones, la última más amplia pues comprende también la defensa del

posible acusado). Sin que el juez pueda llevarlas a cabo en ningún caso.

El artículo 649 de la LECrim. señala expresamente: «Cuando se mande abrir el juicio oral, se comunicará la causa al Fiscal, o al acusador privado si versa sobre delito que no pueda ser perseguido de oficio, para que en el término de cinco días califique por escrito los hechos». Son las partes que califican, acusan o se defienden pero en ningún caso es el órgano judicial el que interfiere en esa función. El órgano judicial de instrucción es quien presencia y dirige el proceso adoptando en determinados momentos decisiones de investigación para la averiguación del hecho delictivo con el objetivo de que las partes, sólo las partes, califiquen los hechos teniendo como fundamento los medios de investigación practicados.

Y si todas las partes personadas; atendiendo a los artículos 637 y 641 de la LECrim., solicitas en el sobreseimiento el órgano judicial no podrá formular acusación, sino que tendrá que intentar encontrar a alguien para que sostenga la misma, (el perjudicado por el hecho ilícito o el superior del Ministerio Fiscal que ha solicitado el archivo de las actuaciones) se verá abocado al archivo de las actuaciones por mucho que piense que es necesario la continuación de la causa.

«Cuando el Ministerio fiscal pida el sobreseimiento de conformidad con lo

dispuesto en los artículos 637 y 641, y no se hubiere presentado en la causa querellante particular dispuesto a sostener la acusación, podrá el tribunal acordar que se haga saber la pretensión del Ministerio fiscal a los interesados (perjudicados) en el ejercicio de la acción penal, para que dentro del término prudencial que se les señale comparezcan a defender su acción si lo consideran oportuno. Si no comparecieren en el término fijado, el Tribunal acordará el sobreseimiento solicitado por el Ministerio Fiscal». (artículo 642 de la LECrim.)

El legislador siendo consciente de las consecuencias de esta declaración facilita la búsqueda desesperada del perjudicado, señalando en el artículo 643 de la ley rituaría: «Cuando en el caso a que se refiere el artículo anterior fuere desconocido el paradero de los interesados en el ejercicio de la acción penal, se les llamará por edictos que se publicarán a las puertas del tribunal mismo, en los periódicos de la localidad o en los de la capital de la provincia y podrán publicarse también en el BOCAM.

Transcurrido el término del emplazamiento sin comparecer los interesados, se procederá como previene el artículo anterior». Es decir el archivo de las actuaciones, el juez instructor no puede continuar con el proceso si no hay nadie que sostenga la acción penal.

Y si a pesar de eso el Tribunal conceptúe improcedente la petición del Ministerio fiscal relativa al sobreseimiento y no hubiere querellante particular que sostenga la acción, antes de acceder al sobreseimiento podrá determinar que se remita la causa al Fiscal de la Audiencia provincial respectiva o al del Supremo, para que con conocimiento de su resultado resuelva uno u otro funcionario si procede o no sostener la acusación. (artículo 644 de la LECrim.).

Como hemos tenido ocasión de estudiar el juez no puede en virtud del principio acusatorio, alguien tiene que ser el que acuse diferente al órgano judicial, para que continúe el proceso, alguien tiene que sostener la acusación para la continuación del mismo.

¿Y viceversa? es decir: ¿si las partes acusan, el juez podrá sobreseer el sumario? la respuesta es afirmativa solamente en el caso de que considere que los hechos que se estudian en el mismo son atípicos. En cualquier otro caso no podrá prescindir de la apertura del juicio (ex artículo 645 en relación con el artículo 637.2 ° de la LECrim.)

De igual manera podemos hacer referencia a los preceptos que se dedican a regular el proceso abreviado (es decir, aquel proceso que enjuicia delitos con penas inferiores a nueve años de prisión): artículo 800 de la LECrim.

El principio acusatorio en la fase de juicio oral en el proceso penal español

Por último, para terminar esta exposición tenemos que hacer referencia al principio acusatorio en la fase de juicio oral. Como ya hemos puesto de manifiesto, el artículo 741 de la LECrim. señala expresamente: «El Tribunal, apreciando, según su conciencia las pruebas practicadas en el juicio, las razones expuestas por la acusación y la defensa y lo manifestado por los mismos procesados, dictará sentencia dentro del término fijado en esta Ley».

Por tanto, el juez dictará sentencia atendiendo única y exclusivamente a las pruebas practicadas en el juicio de plenario, sin atender a los medios de investigación que se hubieran realizado con anterioridad en la fase de investigación o instrucción.

Y las partes, con base en las pruebas que se hubiesen practicado en el plenario mantendrán los escritos de calificación provisional que han realizado en la fase intermedia (nos acordamos artículo 649 y ss. de la LECrim.) o los modificarán. Así lo señala expresamente el artículo 732 de la ley ritual que nos dice que: «Practicadas las diligencias de la prueba, las partes podrán modificar las conclusiones de los escritos de calificaciones». Así es, si a la vista de las pruebas practicadas en el plenario, nos damos cuenta que hubo

violencia o intimidación, el hecho tendrá que calificarse como robo y no como hurto (si así se hizo en los escritos de calificación provisional, en la fase intermedia), si apreciamos que la cantidad hurtada supera los 400 • atendiendo a los informes periciales, no será una falta, sino un delito, por lo que tendrá que modificarse los escritos de calificación provisional realizados en la fase intermedia.

O, dicho de una manera más sencilla, la prueba es la que se desarrolla en la fase de plenario y no los medios de investigación de la fase de instrucción. Se tendrá en cuenta para dictar sentencia la prueba del juicio. Y si existiese contradicción, será la prueba del juicio la que sustentará la sentencia, sin perjuicio de lo que diremos más adelante sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo, al respecto.

Y el juez para dictar sentencia tendrá de forma irremediable atenerse a las calificaciones realizadas por las partes en sus escritos de calificaciones definitivas y si considera que ha existido algún error en cuanto a la calificación, la ley arbitra al juez la posibilidad de utilizar la fórmula del artículo 733 de la LECrim., así el precepto señala de forma expresa:

«Si juzgando por el resultado de las pruebas entendiere el tribunal que el hecho justiciable ha sido calificado con

manifiesto error, podrá el Presidente emplear la siguiente fórmula:

Sin que sea visto prejuzgar el fallo definitivo sobre las conclusiones de la acusación y la defensa, el Tribunal desea que el Fiscal y los defensores del procesado (o los defensores de las partes cuando fuesen varias) le ilustren acerca de si el hecho justiciable constituye el delito de... o si existe la circunstancia eximente de responsabilidad a que se refiere el número... del artículo... del Código Penal.»

Se pone de manifiesto que en ningún caso y bajo ningún motivo, puede existir discrepancia entre la sentencia que dicte el juez de conocimiento y las calificaciones realizadas por las partes. Si el juez apreciase que existe en un error en las calificaciones de las partes, lo único que puede hacer es proponer una modificación de las mismas a través de la fórmula (denominada en la práctica forense «tesis del Tribunal») que antes hemos transcrito pero en ningún caso el órgano judicial podrá dictar una sentencia separándose de lo solicitado por las partes, tanto es así que si lo hiciese la sentencia podría estar incurso en un supuesto de casación regulado en el artículo 851 de la LECrim., en su apartado cuarto que señala expresamente: «Podrá también interponerse el recurso de casación por la misma causa: 4º. Cuando se pene un delito más grave que el que haya sido objeto de la acusación, si el Tribunal no hubiere procedido

previamente como determina el artículo 733.»

La convicción del legislador con la opción legislativa elegida, hace que de forma expresa señale como un supuesto de casación los casos en los que el órgano judicial pene de forma distinta a lo solicitado por las partes.

3. APROXIMACIÓN AL PRINCIPIO ACUSATORIO TRATADO DESDE EL ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA

El principio acusatorio: Correlación entre calificación de las partes y sentencia

A continuación, pasaremos a realizar una aproximación al estudio del principio acusatorio en la jurisprudencia del Tribunal Supremo en España y del Tribunal Constitucional, tendremos ocasión de ver como se ha ido perfilando el contenido, los límites y la extensión del principio que estamos tratando.

Con diversas sentencias de cabecera vamos a ir tratando la evolución del principio acusatorio en la jurisprudencia (Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sección 1ª). Sentencia núm. 1319/2007 de 12 de enero. RJ\2007\323.)

La doctrina tradicional de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo como hemos tenido ocasión de estudiar, entre otras muchas, la STS 1426/2005,

de 7 de diciembre (RJ 2006, 1776), nos dice que esta cuestión ha dado lugar a opiniones doctrinales diferentes. Se refiere a la posibilidad de imponer pena superior a las más grave de las solicitadas (en concreto) por las acusaciones. Un sector doctrinal entiende, ciertamente, que tal decisión puede infringir el principio acusatorio al actuar el Tribunal más allá de lo pedido por las acusaciones, y también el derecho de defensa, pues el acusado organiza su defensa en función de la acusación y no de una eventual agravación, de la clase que sea, procedente del Tribunal.

No obstante, la aludida línea mayoritaria y tradicional de la Sala del tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, permite que el tribunal pueda imponer pena más grave que la solicitada por las acusaciones siempre que la motive suficientemente y se mantenga dentro de los límites legales establecidos, pues la vinculación del órgano jurisdiccional deriva directamente de la Ley y no de las peticiones de las partes, y la individualización de la pena corresponde únicamente al Tribunal y no a la acusación (SSTS 21. 10. 1988 [RJ 1988, 8078], 16. 11. 1989 [RJ 1989, 8651], 18. 6. 1994 [RJ 1995, 3905], y STC 43/1997 [RTC 1997, 43], entre otras). Esta doctrina precisa que el principio acusatorio no exige la vinculación estricta del Juzgador a las calificaciones jurídicas y al «petitum» de las partes, sino sólo que el hecho objeto

del juicio del fallo sea a qué sobre el que se haya sostenido la acusación, puesto que el objeto del proceso no es un «crimen», sino un «factum», «que debe entenderse respetado cuando el órgano judicial se atiene al hecho posible objeto de la acusación sin incurrir en incongruencias», aunque imponga una pena cuantitativamente superior a la pedida por el Fiscal. Recordando la reciente STC 163/2004 de 4. 10. /RTC 2004, 163), que la imposición de la pena de multa, comprendida en el tipo que fue objeto de la acusación y que no fue pedida por error por el Ministerio Fiscal, no quebranta el derecho de defensa, pues el acusado pudo defenderse del tipo penal en el debate contradictorio del juicio oral y el Tribunal motivó la razón por la que imponía la pena.

Además, sigue manteniendo tal Sentencia de esta Sala Casacional (la número 1426/2005), que la cuestión suscitada de si el Tribunal está vinculado por la pena en abstracto que corresponde al delito determinado por la acusación, o que el límite se encuentra en la pena concreta solicitada por las acusaciones y que, por error u otro motivo, puede no corresponder con la que legalmente está fijada para el delito acusado, la redacción del artículo 789.3 LECrim, lleva a considerar que, en todo caso, un error material en la solicitud de la pena, por clara divergencia entre lo pedido en el escrito de acusación y la pena que señala la Ley para el delito que es objeto

de la acusación, no vincula al Tribunal sentenciador.

En trance de poner en cuestión la posición tradicional en esta materia, conviene señalar que la razón que justifica un cambio en el punto de vista seguido hasta ahora y que produzca la vinculación del juzgador a la pena en concreto solicitada, como ámbito delimitador de las facultades del tribunal sentenciador, deriva de la esencia misma del principio acusatorio, y en suma, de la estructura del proceso penal, denominado acusatorio, en donde quedan perfectamente escindidas las funciones de acusar y juzgar, de modo que no puede nunca un mismo órgano arrogarse ambas, bajo pretexto alguno.

Del mismo modo que el Tribunal sentenciador no puede condenar por un delito que no haya sido imputado por la acusación, tampoco puede imponer una pena que no le haya sido solicitada por acusación alguna, pues ambos mecanismos se basan en el respeto al principio acusatorio, y sus correlativas derivaciones de congruencia y defensa.

Como tiene señalado el Tribunal Constitucional en reiterada doctrina, entre las exigencias derivadas de tal principio acusatorio, «se encuentra la de que nadie puede ser condenado por cosa distinta de la que se la ha acusado y la que, por lo tanto, haya podido defenderse, habiendo precisado a este

respecto que por «cosa», no puede entenderse únicamente un concreto devenir de acontecimientos, un *factum*, sino también la perspectiva jurídica que delimita de un cierto modo ese devenir y selecciona algunos de sus rasgos, pues el debate contradictorio recae no sólo sobre los hechos, sino también sobre su calificación jurídica» (SSTC 12/1981, de 10 de abril [RTC 1981, 12], 95/ 1995, de 19 de junio [RTC 1995, 95], 225/1997, de 15 de diciembre [RTC 1997, 225], 4/2002, de 14 de enero [RTC 2002, 4], F. 3; 228/2002, de 9 de diciembre [RTC 2002, 228], F. 5; 35/2004, de 8 de marzo [RTC 2004, 35], F. 2; y 120/2005, de 10 de mayo [RTC 2005,120], F.5).

La íntima relación existente entre el principio acusatorio y el derecho a al defensa ha sido asimismo señalada por tal Tribunal al insistir en que del citado principio se desprende la exigencia de que el imputado tenga posibilidad de rechazar la acusación que contra él ha sido formulada tras la celebración del necesario debate contradictorio en el que haya tenido oportunidad de conocer y rebatir los argumentos de la otra parte y presentar ante el Juez los propios, tanto los de carácter fáctico como los de naturaleza jurídica (SSTC 53/1987, de 7 de mayo [RTC 1987, 53], F. 2; 4/2002, de 14 de enero [RTC 2002,4], F. 3). De manera que «nadie puede ser condenado si no se ha formulado contra él una acusación de la que haya tenido oportunidad de defenderse en forma contradictoria,

estando, por ello, obligado el Juez o Tribunal a pronunciarse dentro de los términos del debate, tal y como han sido formulados por la acusación y al defensa, lo cual, a su vez, significa que en última instancia ha de existir siempre correlación entre la acusación y el fallo de la sentencia (SSTC 11/1992, de 27 de enero [RTC 1992, 11], F. 3; 95/1995, de 19 de junio, F.2; 36/1996, de 11 de marzo [RTC 1996,36], F. 4; 4/2002, de 14 de enero, F. 3).

Dicho principio acusatorio deriva del derecho fundamental al proceso debido (proceso con todas las garantías: artículo 24.2 de la CE), y es manifestación, como decimos, del principio de congruencia y defensa. De modo que este principio ha de quedar restringido no solamente al *factum* sino a la misma calificación jurídica, y dentro de ésta, tanto al título de imputación (delito), como a la propia petición punitiva contenida en la más grave de las acusaciones.

Se debatió en Pleno no jurisdiccional para la Unificación de Criterios, el día 20 de diciembre de 2006, mantener o modificar esta línea jurisprudencial, obteniendo el respaldo mayoritario de la Sala un Acuerdo del siguiente tenor literal:

«El Tribunal sentenciador no puede imponer pena superior a la más grave de las pedidas en concreto por las acusaciones, cualquier que sea el tipo de procedimiento por el que se

sustancie la causa». Así lo recoge en la actualidad el artículo 789.3 de la LECrim. que señala que «La Sentencia no podrá imponer pena más grave de la solicitada por las acusaciones».

De modo que el marco penal que sirve de presupuesto al principio no puede consistir solamente en la calificación delictiva, sino en la propia penalidad solicitada, que condiciona las expectativas del derecho de defensa, y los concretos mecanismos que lo relacionana.

La citada correlación ha de concurrir, no solamente en relación con la persona acusada, única que puede ser condenada, sino también respecto de los hechos imputados, sin que la condena pueda fundarse en otro diverso, en lo sustancial o elementos identificativos, de los imputados por las acusaciones, y, en lo que ahora importa, tampoco cabe que la condena se produzca por un título jurídico heterogéneo (o distinto) o más grave que el asumido por las acusaciones. En cuanto a la pena pedida vincula al tribunal salvo que, permaneciendo incólume el hecho y el título jurídico de condena, el respeto al principio de legalidad obligue a imponer otra mayor para respetar éste y corregir el error de las acusaciones. Aspecto este último en que la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha modificado el acuerdo de 20 de diciembre de 2006 (PROV 2007, 30007).

El principio acusatorio y posibilidad de valoración en el juicio de plenario de los medios de investigación o sumariales

La jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha pronunciado al respecto afirmando la posibilidad de valorar las declaraciones del sumario, en casos excepcionales, siempre y cuando la declaración sumarial que se valora haya sido practicada en condiciones de escrupulosa observancia de legalidad.

Así en la STS 20.9.2000 (RJ 2000, 8007) , declaró la posibilidad de la valoración de la prueba del sumario, concretamente las declaraciones del acusado en la instrucción de la causa, bien sobre la base de la existencia de unos elementos de incriminación suficientes que exigen del imputado una explicación, bien desde la perspectiva del art. 730, esto es la imposibilidad de practicar una diligencia probatoria en el juicio oral.

Como han señalado la jurisprudencia de TEDH, Caso Murray de 8 de febrero de 1996 (TEDH 1996, 7) y caso Condrom de 2 de mayo de 2000 (TEDH 2000, 129) , y del Tribunal Constitucional STC 137/98 de 7 de julio (RTC 1998, 137) y 202/2000, de 24 de julio (RTC 2000, 202) , «no puede afirmarse que la decisión de un acusado de permanecer en silencio en el proceso penal no puede tener implicación alguna en la valoración de las pruebas por parte del tribunal que le juzga. Bien

al contrario, se puede decir que dicha decisión, o la inconsistencia de la versión de los hechos que aporta el acusado, habrían de ser siempre tenidas en cuenta por el órgano judicial. La lícita y necesaria valoración del silencio del acusado como corroboración de lo que ya está probado es una situación que reclama claramente una explicación del acusado en virtud de las pruebas de cargo aportadas, de modo que el sentido común dicta que su ausencia equivale a que no hay explicación posible y a que, en consecuencia, el acusado es culpable».

En definitiva, el silencio del acusado en ejercicio de un derecho puede ser objeto de valoración cuando el cúmulo de pruebas de cargo reclame una explicación por su parte de los hechos. Pese a su silencio puede deducirse una ratificación del contenido inculpativo resultante de otras pruebas».

Cuando antes del inicio del juicio oral existía una actividad probatoria derivada de las confesiones de los imputados y las periciales realizadas, así como las corroboraciones existentes, como es hallazgo de vestigios del secuestro y localización de los lugares en el que se materializó la privación de libertad. Ese cúmulo probatorio exigía del acusado una explicación que se negó a proporcionar, en ejercicio de su derecho a no declarar, y que permite que ante la ausencia de explicación, el tribunal pueda valorar su silencio.

Por otra parte, hemos de recordar la doctrina del Tribunal Supremo, sobre la posibilidad de valorar la prueba del sumario. Partiendo de una regla general según la cual la prueba valorable es la producida en el juicio oral con las garantías señaladas en la Ley, también se contemplan excepciones derivadas de la admisibilidad de la valoración de la prueba sumarial preconstituída y anticipada siempre y cuando se observen los requisitos materiales, subjetivos, objetivos, de fondo y formales que la Ley y los principios constitucionales aplicables al proceso penal exigen (SSTS 284/2000 de 21 de febrero [RJ 2000, 1790] ,1240/2000 de 11 de septiembre [RJ 2000, 7462]).

Así, en los supuestos de imposibilidad o constatada y razonable dificultad de su práctica en el juicio oral, con necesaria intervención del Juez de instrucción, garante de la imparcialidad y de la legalidad, y con presencia de las partes que garantizan la contradicción en la producción de la prueba, las declaraciones obrantes en el sumario puede ser objeto de valoración por el tribunal encargado del enjuiciamiento. (STC 80/86 [RTC 1986, 80] ; 26/88 [RTC 1988, 26] , 140/91 [RTC 1991, 140] y STDH Caso Isgro, de 19 de febrero de 1991 [TEDH 1991, 23]). La consideración de prueba anticipada presenta una doble inteligencia. De una parte, la contenida en el art. 448 de LECrim. como supuesto excepcional de práctica de la

prueba con anterioridad a la fecha señalada en el juicio oral. De otra, los supuestos de prueba del sumario, que participa de una naturaleza preconstituida y a la que nos hemos referido esta Sala en nuestra Jurisprudencia y también recogida en la del Tribunal Constitucional abarcando los supuestos de prueba preconstituida, prueba del sumario o las excepciones del art. 730 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que en puridad no son una prueba anticipada pero han sido introducidas en su comprensión por la Jurisprudencia y así consideradas por los operadores jurídicos.

Desde la perspectiva expuesta, el acusado que ya había declarado en el sumario con todas las garantías es instado a que declare en el juicio oral. En ejercicio de su derecho el acusado no declara y las partes acusadoras se ven imposibilitadas de practicar una prueba (artículo 730 Ley procesal) acordando su incorporación, por testimonio, de las declaraciones del acusado en la instrucción. El recurrente si había declarado en el sumario, con observancia de las prevenciones previstas en la Ley procesal y lo hizo, en reiteradas ocasiones, proporcionando datos relevantes a la reconstrucción del hecho, como la realización de un croquis y relatando la participación de los otros coimputados, lo que ha sido corroborado por otras diligencias probatorias.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional, STC 38/2003, de 27 de febrero (RTC 2003, 38) , en el mismo sentido, ha señalado la posibilidad de valorar la prueba del sumario en los supuestos de que el acusado materialice su decisión de guardar silencio pese a sus declaraciones anteriores, «atendiendo a las exigencias de publicidad del debate (esencial en este tipo de supuestos, como se recoge en el parágrafo 81 de la STEDH de 6 de diciembre de 1988 [TEDH 1988, 1] , caso Barberá, Messegué y Jabardo c. España), ya hemos expuesto antes cómo el contenido incriminatorio de las declaraciones Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia núm. 590/2004 de 6 mayo RJ\2004\5018 12 de febrero de 2010 sumariales accedió al juicio oral a través de la lectura de los folios sumariales en el que se documentaron».

Como se recordaba en la STC 14/2001, de 29 de enero (RTC 2001, 14) , F. 7, «este Tribunal tiene señalado que la posibilidad de considerar como prueba las diligencias sumariales o preparatorias está supeditada a que se reproduzcan en el juicio oral, o se ratifiquen en su contenido sus autores, o se dé a las partes la posibilidad efectiva de contradecirlas en dicho acto, no bastando la simple fórmula de «por reproducidas» del uso forense y sin más atención sobre ellas, ni aun con el asentimiento del acusado, porque no hay que olvidar que tanto por el principio acusatorio de nuestro sistema

procesal penal, como por imperativo constitucional, es al acusador, público o privado, a quien corresponde aportar las pruebas de cargo o inculpativas, es decir, no es el acusado quien tiene que acreditar su inocencia, sino la acusación su culpabilidad (SSTC 150/1987, de 1 de octubre [RTC 1987, 150] , 161/1990, de 19 de octubre [RTC 1990, 161] , 140/1991, de 20 de junio [RTC 1991, 140] , 32/1995, de 6 de febrero [RTC 1995, 32]). La STC 80/1986, de 17 de junio (RTC 1986, 80) , F. 1, señaló que no puede negarse toda eficacia probatoria a las diligencias sumariales practicadas con las formalidades que la CE y el ordenamiento procesal establecen en garantía de la libre declaración y defensa de los ciudadanos, siempre que sean reproducidas en el acto de la vista en condiciones que permitan a la defensa del acusado someterlas a contradicción.

Esta doctrina fue reiterada y perfilada en las SSTC 22/1988, de 18 de febrero (RTC 1988, 22) , 25/1988, de 23 de febrero (RTC 1988, 25) , 82/1988, de 28 de abril (RTC 1988, 82) , 137/1988, de 7 de julio, 98/1990, de 24 de mayo, 80/1991, de 15 de abril, 336/1993, de 15 de noviembre, 51/1995, de 23 de febrero, 200/1996, de 3 de diciembre (RTC 1996, 200) , 40/1997, de 27 de febrero, 153/1997, de 29 de septiembre (RTC 1997, 153) , 41/1998, de 24 de febrero (RTC 1998, 41) , y 115/1998, de 1 de junio (RTC 1998, 115) , en las que se catalogan los requisitos para la

validez probatoria de las diligencias sumariales: debe tratarse de actuaciones, en principio, no reproducibles en el juicio oral, intervenidas por la autoridad judicial, con garantía de contradicción y repetidas como prueba en el juicio oral mediante la lectura efectiva de los documentos que acreditan su contenido».

Consecuentemente, y de acuerdo con la doctrina jurisprudencial reseñada, la negativa del acusado a responder a las preguntas que desde la acusación se le formulan, no impide que puedan ser valoradas las declaraciones sumariales prestadas con observancia de las garantías previstas en la Ley procesal penal, pudiendo conformar la convicción judicial sobre los hechos imputados.

4. CONCLUSIONES.

Para finalizar el artículo podemos decir que el principio acusatorio consigue de esta forma que el protagonismo en el proceso lo ostenten las partes activas del mismo, reconociéndolas en régimen de monopolio el control de la acción y el contenido de la misma.

Se les otorga así la posibilidad de disponer de la acción de forma independiente al órgano judicial que le está vedada esta posibilidad y configurar la pretensión de forma paulatina (en las diferentes fases del proceso penal) a través del contenido

de los escritos de calificaciones, obligando al juez a que se pronuncie en los términos propuestos.

Se destierra así el principio inquisitivo de investigación de oficio, que regía con anterioridad y que provocó durante su vigencia abusos fruto de los intereses particulares de los operadores jurídicos. A pesar de eso no podemos afirmar que en España rige en su sentido más puro el principio acusatorio a pesar de todo lo dicho, sino que junto con estas manifestaciones que hemos estudiados en las líneas precedentes, también conviven otras de un marcado tinte inquisitivo, por lo que la doctrina habla de sistema mixto o formal, pero eso será objeto de otro artículo.

5. BIBLIOGRAFÍA

5.1 NORMATIVA

- Ley de Enjuiciamiento Criminal, promulgada por Real Decreto de 14 de septiembre de 1882.

5.2 JURISPRUDENCIAL

- Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sección 1^a. Sentencia núm. 1319/2007 de 12 de enero. RJ\2007\323.
- STS 1426/2005, de 7 de diciembre (RJ 2006, 1776).
- STS 38/2003, de 27 de febrero (RTC 2003, 38).
- STC 150/1987, de 1 de octubre [RTC 1987, 150].
- STC 161/1990, de 19 de octubre [RTC 1990, 161].
- STC 140/1991, de 20 de junio [RTC 1991, 140] ,
- STC 32/1995, de 6 de febrero [RTC 1995, 32]).
- STC 80/1986, de 17 de junio (RTC 1986, 80).
- STC 80/86 [RTC 1986, 80].
- STC 26/88 [RTC 1988, 26].
- STC 140/91 [RTC 1991, 140].
- STDH Caso Isgro, de 19 de febrero de 1991 [TEDH 1991, 23].

Esta revista se terminó de imprimir
en los talleres gráficos de:



GRAFILASSER

Editores • Impresores

☎s 7431272 / 7447637

TUNJA - BOYACÁ

Contenido

Editorial 9

Presentación 11

Sección I. Artículos de producción institucional.

Conceptos sobre la responsabilidad estatal:
una aproximación a la responsabilidad del
estado por actos terroristas 15
Yolanda M. Guerra García.

El derecho de marcas frente a las infracciones
al derecho de la competencia 35
Fernando arias García.

Hacia un nuevo modelo de enseñanza
exitosa: dogmatización fallida del derecho 49
Germán Bernal Camacho y
María Fernanda Murillo Delgadillo.

Ecología intelectual, del sitio de producción
de la teoría pura del derecho 59
Carlos Alberto Pérez Gil.

Derechos del enfermo derivados del
consentimiento informado 75
Enrique López Camargo.

Estudio integrado de la legitimidad
en la Corte Constitucional colombiana 91
Diego Mauricio Higuera Jiménez.

Sección II. Tema Central –Punición, Análisis críticos.

El principio de igualdad de armas en el sistema
procesal penal colombiano a partir del acto
legislativo 03 de 2002 121
Alfonso Daza González.

Contravenciones comunes de policía
en Colombia 147
Luis Enrique Rodríguez Gómez.

Breve historia de la cárcel 159
Carlos Gabriel Salazar Cáceres.

Concepciones y prácticas sobre la enfermedad
mental en Colombia. Siglos XVI al XXI 177
Fabián Leonardo Benavides Silva.

El derecho humano al agua y las garantías
para su realización 203
Alfonso Daza González.

Sección III. Temáticas Internacionales, Extranjeras y Comparadas.

Manifestaciones del principio acusatorio:
exégesis de la ley de enjuiciamiento criminal
en España 231
Juan Ángel Serrano Escalera



UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS
PRIMER CLAUSTRO UNIVERSITARIO DE COLOMBIA
T U N J A

Experiencia y Calidad



0124- 2067