



**Universidad**  
Zaragoza

## **Trabajo Fin de Grado**

LA TESIS DE DESVINCULACIÓN

ART 733 LECRIM IN THE SPANISH CRIMINAL  
PROCESS

Autora: Marina Rey Perisé

Directora: Vanesa Martí Payá

Facultad de Derecho

2019

## ÍNDICE

<b>ABREVIATURAS</b> .....	2
<b>I. INTRODUCCIÓN</b> .....	3
<b>II. ORIGEN Y NATURALEZA JURÍDICA</b> .....	4
<b>III. EXÉGESIS DEL PRECEPTO</b> .....	7
1) MOMENTO PROCESAL OPORTUNO.....	7
2) LAS PARTES ANTE LA TESIS.....	7
3) PRESUPUESTOS.....	9
3.1. CLASES DE DELITOS.....	9
3.2. ERROR EN LA CALIFICACIÓN.....	10
3.3. SITUACIONES OBJETO DE TESIS.....	10
3.4 HOMOGENEIDAD ENTRE LOS DELITOS.....	12
<b>IV. LA VINCULACIÓN DEL TRIBUNAL A LAS CONCLUSIONES DE LAS PARTES</b> .....	13
1) PRINCIPIO ACUSATORIO.....	15
2) DERECHO DE DEFENSA.....	16
3) CORRELACIÓN DE LA SENTENCIA CON LA ACUSACIÓN Y LA DEFENSA.....	19
<b>V.EFECTOS</b> .....	21
1) SUSPENSIÓN.....	21
2) SENTENCIA.....	22
<b>VI. ESPECIALIDADES PROCEDIMENTALES: EL PROCEDIMIENTO ABREVIADO</b> .....	23
<b>VII. CONCLUSIONES</b> .....	24
<b>VIII. BIBLIOGRAFÍA</b> .....	25

## ABREVIATURAS

Art.	Artículo
Arts.	Artículos
CC	Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil
CE	Constitución Española de 1978
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
CP	Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal
LEC	Ley 1/2000, de 7 de enero del 2000, de Enjuiciamiento Civil
LECrím	Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal.
LOPJ	Ley Orgánica 6/1985, de 1 de junio, del Poder Judicial
LOTJ	Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
STC/SSTC	Sentencia/s del Tribunal Constitucional
StPO	Código Procesal Penal Alemán
STS/SSTS	Sentencia/s del Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TS	Tribunal Supremo

## **I. INTRODUCCIÓN**

### **1. CUESTIÓN TRATADA EN EL TRABAJO FIN DE GRADO**

El presente trabajo de fin de grado tiene por objeto realizar un análisis exhaustivo sobre la posibilidad que tiene el órgano jurisdiccional de pronunciarse sobre la calificación jurídica de un hecho delictivo que está enjuiciando cuando entienda que el hecho justiciable ha sido calificado por las partes con manifiesto error planteando así la tesis recogida en el art 733 LECrim. Profundizaré sobre el precepto en sí dilucidando el momento procesal en que tiene lugar, el comportamiento de las partes, así como los requisitos procedimentales y presupuestos en los que procede. Se abordará así mismo los principios y derechos con los que entra en conflicto y que limitan esta posibilidad así como los efectos que produce para terminar comentando la especialidad en el procedimiento abreviado.

### **2. RAZÓN DE LA ELECCIÓN Y JUSTIFICACIÓN DE SU INTERÉS**

Decidí investigar sobre este tema porque me resultó especialmente interesante que la LECrim incluyera de forma expresa esta facultad excepcional del órgano jurisdiccional de participar en el proceso de forma activa – aunque condicionado a ciertos requisitos – haciéndose oír en el proceso y no siendo un mero oyente que posteriormente decidirá sobre lo que le han probado las partes. Me llamó la atención que el tribunal pudiera ofrecer a las partes la posibilidad de replantear la calificación que han realizado del delito y así conseguir evitar la impunidad de sujetos culpables debido a un error en la calificación jurídica de las partes cuando este ha sido advertido a tiempo por el tribunal evitando dar lugar al principio *non bis in idem*.

### **3. METODOLOGÍA SEGUIDA EN EL DESARROLLO DEL TRABAJO**

En lo que atañe a la metodología utilizada para abordar esta investigación, debido a la escasez de regulación legal sobre la materia y no existiendo monografía concreta que aborde el tema o sus elementos configuradores, he tenido que hacer uso de diversos manuales de Derecho Procesal Penal y artículos de revistas jurídicas. Al mismo tiempo que buscaba y analizaba la jurisprudencia establecida al efecto mediante la utilización de diversas bases de datos como son WestLaw, Dialnet o Tirant lo Blanch, así como determinados acuerdos del Tribunal Supremo y Circulares de la Fiscalía que trataban el asunto.

## II. ORIGEN Y NATURALEZA JURÍDICA

En la medida en que el Estado asume el monopolio de la justicia, este impone la utilización de una secuencia de actos reglados y con las debidas garantías constitucionales que tendrán como resultado el reconocimiento de un delito y la correspondiente imposición, o no, de una sanción tipificada en el CP. A esta estructura es a la que nos referimos como proceso penal.

En España nuestro proceso penal ordinario se compone de dos fases claramente diferenciadas: la primera de ellas es la fase de instrucción (consistente en la averiguación de los hechos constitutivos de delito mediante la realización de las diligencias de investigación oportunas) y la segunda, la fase de juicio oral (en la que se enjuicia la conducta del acusado para finalmente condenarlo o proceder a su absolución en la sentencia que pone fin al proceso, ex art 742 LECrim) donde se enmarca el objeto del presente trabajo.

Hechas estas consideraciones y enmarcando ahora el objeto de estudio, debemos tener en cuenta que los procesos penales españoles están delimitados por un sistema acusatorio mixto. Este sistema se caracteriza porque la propuesta de acusación no puede recaer en la figura del órgano juzgador, algo que sí ocurría en los procesos puramente inquisitivos donde los magistrados tenían potestad para ejercitar dicha acción y eran los encargados de hacer valer el poder acusatorio interviniendo de oficio. Y así, nuestro proceso penal está delimitado por el principio acusatorio<sup>1</sup> aunque presenta residuos del sistema inquisitivo<sup>2</sup> respecto a la función que tiene el juez en la fase de instrucción. Que se trate de un sistema acusatorio mixto radica en la existencia de la figura del Ministerio Fiscal<sup>3</sup>, órgano que – a pesar de ser parte integrante del Estado – tiene personalidad jurídica propia siendo uno de sus principales cometidos ejercer la acusación (art. 105 LECrim). De esta manera, además de los ofendidos o perjudicados por el delito, encontramos distintas figuras (como el Ministerio Fiscal o la acusación popular) que, en determinadas ocasiones (según tipo de delito) pueden ejercitar la acción penal. Sin embargo, y a pesar de este abanico de sujetos, es posible que a la hora de calificar el hecho delictivo dentro de los tipos que ofrece el CP, se equivoquen.

Para contrarrestar este problema se plantea la posibilidad de que el tribunal sentenciador pueda plantear una tesis jurídica propia, denominada por la doctrina “tesis de desvinculación”, cuando se den una serie de requisitos previstos expresamente en la ley. Esta es la función

---

<sup>1</sup>LOPES Jr., A., *Fundamentos del Proceso Penal*, cit p. 79.

<sup>2</sup>El principio inquisitivo traslada el impulso procesal al magistrado que, no solamente dirige el proceso, sino que también promueve su iniciación y realiza los actos de investigación pertinentes.

<sup>3</sup> Es un ente público cuya misión es promover la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos, del interés público tutelado por la ley, de la independencia de los tribunales y procurar ante estos la satisfacción del interés social. El art 124 CE recoge los principios bajo los que deberá actuar: imparcialidad, legalidad, unidad y dependencia jerárquica, siendo su cabeza el Fiscal General del Estado.

encomendada al art 733 LECrim que, enmarcado dentro del Título III (“De la celebración del juicio oral”), Capítulo IV (“De la acusación, de la defensa y de la sentencia”), establece:

*“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.*

*Esta facultad excepcional, de que el Tribunal usará con moderación, no se extiende a las causas por delitos que sólo pueden perseguirse a instancia de parte, ni tampoco es aplicable a los errores que hayan podido cometerse en los escritos de calificación, así respecto a la apreciación de las circunstancias atenuantes y agravantes, como en cuanto a la participación de cada uno de los procesados en la ejecución del delito público, que sea materia de juicio.*

*Si el Fiscal o cualquiera de los defensores de las partes indicaren que no están suficientemente preparados para discutir la cuestión propuesta por el Presidente, se suspenderá la sesión hasta el siguiente día”.*

De esta manera la tesis de desvinculación puede ser utilizada por el tribunal cuando aprecie que el hecho punible ha sido calificado con manifiesto error por las partes acusadoras al subsumir incorrectamente los hechos en un tipo penal, siempre y cuando se trate de delitos que sea posible perseguir de oficio. En caso contrario, es decir, si el tribunal procediera a condenar por un delito más grave que el que hubiera sido objeto de acusación sin haber procedido previamente a hacer uso del art. 733 LECrim, la parte afectada podría invocar el motivo de casación previsto en el art.851.4 LECrim que reconoce la interposición de este recurso “*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 art 733*”) ya que no es posible la posible condena del acusado por un delito del que no hubiera tenido ocasión de defenderse. Y así se refuerza en el Acuerdo del TS de 27 de diciembre de 2007 que aprecia no solo que la aplicación del art.733 LECrim es necesaria para condenar por un delito más grave que el que había sido objeto de la acusación sino que dicha tesis debe ser planteada para la apreciación de prácticamente cualquier modificación del tipo.

A pesar de que con la entrada en vigor de nuestra Carta Magna, los principios constitucionales en ella previstos han introducido importantes cambios reflejados en el art 24 CE, en relación

con la necesidad de asegurar la contradicción efectiva de las partes, la prohibición de la indefensión y el derecho a ser informado de la acusación formulada, que dotan de sentido al principio acusatorio; una parte de la doctrina encabezada por MORENO CATENA<sup>4</sup> establece que el planteamiento de la tesis no afecta al contenido del principio acusatorio, siendo un manifiesto que pretende garantizar la contradicción procesal y el derecho de defensa de las partes y considera que “sería adecuada la condena por delito distinto o más grave, si el Tribunal plantea correctamente la tesis, no importando que esta sea o no asumida por la acusación, pues no podría estimarse vulneración del principio de contradicción ni indefensión alguna en este caso para el acusado”. Bajo mi punto de vista el principio acusatorio no se encuentra amenazado por el uso de la tesis de desvinculación, sino que se trata de un mecanismo para no acudir a otras instancias posteriormente a través de recursos.

En cualquier caso, se trata, tal y como refleja la Exposición de Motivos de la LECrim, de un mecanismo que supone una excepción al principio acusatorio y por eso el legislador ha calificado esta posibilidad como una facultad excepcional que el tribunal usará, dice el precepto, con prudencia. Tal es la prudencia que este mecanismo no suele emplearse en la práctica habitual y es en el recurso de casación cuando se recuerda que debería haberse hecho uso de este, tal y como se describe en la *STS 464/2015 de 07 de julio de 2015*<sup>5</sup>.

En definitiva, la tesis de desvinculación es el instrumento que permite al tribunal enjuiciador plantear a las partes del proceso penal una calificación jurídica del hecho punible distinta a la mantenida por estas. A modo de ejemplo, la tesis trata de resolver el problema de que calificados los hechos por el Ministerio Fiscal y los demás acusadores como un delito de homicidio, el tribunal, entendiendo que los hechos son constitutivos de un delito de asesinato, puede hacérselo saber a través de esta facultad para que reconsideren el título de acusación.

---

<sup>4</sup> MORENO CATENA “La fase última del juicio oral” en *Derecho procesal penal*, cit p. 459.

<sup>5</sup> En ella “se condena, por el delito del art. 183 cuya penalidad es superior desde todo punto de vista: prisión comprendida entre dos y seis años (el suelo penológico es el mismo -no inferior- pero el máximo es muy superior. Se ha condenado por un delito más grave del que era objeto de acusación sin hacerse uso de la tesis acusatoria del art. 733 LECrim. No hay duda. Con ello enlaza este segundo motivo con el quinto amparado en el art. 851.4º LECrim: incongruencia *ultra petitum*” (Roj: STS 3260/2015 - ECLI: ES:TS:2015:3260).

### III. EXÉGESIS DEL PRECEPTO

#### 1) MOMENTO PROCESAL OPORTUNO

El momento procesal oportuno para que el tribunal enjuiciador haga uso de esta posibilidad tiene lugar en la fase de juicio oral una vez formuladas las conclusiones definitivas por las partes (ex. art 732 LECrim). En dichas conclusiones se concreta concluyentemente la acusación y la defensa sirviendo de base para fijar los límites de la congruencia de la sentencia penal<sup>6</sup>. Y a la vista de lo expuesto por ellas, el órgano juzgador tiene la oportunidad de plantear la tesis de desvinculación en el mismo lugar donde se estén celebrando las sesiones.

En este punto conviene hacer un paréntesis respecto a la forma de las actuaciones en este momento, ya que la ley no la establece y la doctrina tampoco se ha pronunciado expresamente. En mi opinión, interpreto que el tribunal debe pronunciarse de forma oral porque entiendo que, al estar dentro del ámbito del juicio oral y atendiendo a los principios de inmediación – que hace referencia a que tanto las diligencias practicadas en la fase de instrucción como las que no hayan sido efectuadas, se practicarán en este momento ante el tribunal o juez previa deliberación del tribunal, antes de que el Presidente informe a los litigantes – y de oralidad – por el que las partes exponen sus alegaciones a viva voz – parece que lo más adecuado sea un pronunciamiento oral. No obstante, y a pesar de la inmediación que propugna esta fase del proceso, podría ocurrir que las partes defensoras, o incluso el Ministerio Fiscal, no estuvieran en ese momento lo suficientemente preparadas para entrar a debatir acerca de lo manifestado en la tesis por el tribunal. Si esto sucede, el art 733 *in fine* LECrim prevé la posibilidad de suspender la sesión hasta el día siguiente.

#### 2) LAS PARTES ANTE LA TESIS

El segundo párrafo del art 733 LECrim recoge la necesidad de que las partes hagan suya la tesis propuesta ilustrando al tribunal acerca de su idoneidad o procedencia. De tal manera que si alguna de ellas no asume la tesis planteada por el tribunal, este no podrá aplicarla ya que, de hacerlo, estaría infringiendo el derecho de defensa y el principio acusatorio pues “*quien acusa*

---

<sup>6</sup> Las sentencias han de cumplir ciertos requisitos sobre el fondo, esto significa una adecuación o correlación entre las peticiones de las partes y lo decidido en el fallo de la sentencia. En este sentido se exige también la exhaustividad de la sentencia, esto es, que el fallo recaiga sobre todas las pretensiones de las partes, de modo que, si no ocurre así, la sentencia está viciada de incongruencia por omisión de pronunciamiento.

La sentencia puede también estar viciada de incongruencia cuando se otorga más de lo pedido (incongruencia *ultrapetita*) o cuando se concede algo que no es precisamente lo que se ha pedido por alguna de las partes o bien hace declaración que no se corresponde con las pretensiones deducidas por los litigantes (*incongruencia extra petita*). Existe una incongruencia más cuando se da menos de lo reconocido por la parte condenada (incongruencia *infrapetita*). STC 20/1987, 19 de febrero de 1987.



*no puede juzgar y el que juzga no puede acusar*”. En este sentido se pronuncia la STS de 23 de mayo de 1990 cuando afirma que “si el Ministerio Fiscal u otra parte acusadora no es receptiva a la invitación del tribunal juzgador de constituir una calificación más agravada respecto a lo que por propia iniciativa mantiene, en esa zona que pierde el contenido de las calificaciones formales de la acusación, sería el juzgador quien sostendría la acusación más grave, lo que no es constitucionalmente correcto”.

Frente a esta interpretación difiere la doctrina<sup>7</sup> ofreciendo la posibilidad al tribunal sentenciador de seguir con el proceso pese a la falta de interés por las partes acusadora; ya que entienden que es el tribunal quien debe solucionar el error de calificación para no dilatar el proceso, siendo oportuno que el legislador regulase unos preceptos que permitiesen al tribunal calificar jurídicamente el objeto del proceso e imponer la pena pertinente.

A mi juicio, creo que es más oportuna la interpretación que hace el Tribunal Supremo en la precitada sentencia pues si se utiliza con total independencia podría generarse un abuso de este precepto, quedando la deliberación solo a cargo del tribunal sin dar oportunidad a las partes de defenderse, quedando en entredicho el derecho defensa. Ya que de esta manera solo se tendría en cuenta la opinión del órgano judicial vulnerándose los principios del juez imparcial y dando lugar a la creación de un juez oligárquico.

No obstante, podemos encontrarnos con supuestos distintos dependiendo si se acoge la tesis o no. Si el tribunal no plantea la tesis, deberá absolver al acusado del delito que está siendo acusado, a pesar de que el tribunal pueda considerar que el investigado es responsable criminal de otro delito. Este fue el caso de la sentencia de la Audiencia Nacional 7 de octubre de 1991 en la que se absolvió a los acusados de un delito de colaboración de banda armada, por el que fueron acusados por el Ministerio Fiscal, al interpretar que los hechos no eran constitutivos de dicho delito sino de uno de evasión de presos en grado de tentativa.

Por último, no debemos olvidar el principio *non bis in ídem* por el que no se puede volver juzgar al mismo sujeto por los mismos hechos. Este principio cuenta con un doble significado: en primer lugar, su aplicación impide que una persona sea castigada dos veces por la misma infracción cuando exista identidad tanto subjetiva, como identidad fáctica siendo los hechos enjuiciados los mismos. En segundo lugar, se trata de un principio procesal en virtud del cual un mismo hecho no se podrá imponer sanciones penales o administrativas por unos mismos hechos ya sancionados. De esta manera se impide la dualidad de procedimientos así como el inicio de un nuevo de los efectos de litispendencia y cosa juzgada.

---

<sup>7</sup> GÓMEZ COLOMER, *Derecho jurisdiccional III Proceso Penal*, cit p. 370.

La STC 77/1983, recoge la doble vertiente, manifestando que “el principio *non bis in idem* determina una prohibición de la duplicidad de sanciones administrativas y penales respecto de unos mismos hechos, pero conduce también a la imposibilidad de que cuando el ordenamiento permite una dualidad de procedimiento, y en cada uno de ellos ha de producirse un enjuiciamiento y una calificación de unos mismos hechos, el enjuiciamiento y la calificación que en el plano jurídico puedan producirse, se hagan con independencia, si resultan de la aplicación de normativa diferente, pero que no puede ocurrir lo mismo en lo que se refiere a la apreciación de los hechos, pues es claro que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado”.

### 3) PRESUPUESTOS

#### 3.1 CLASES DE DELITOS

En función de a instancia de quién pueden ser perseguidos los delitos, es decir, si es necesaria o no la presentación de una denuncia o querrela y quién debe presentarla para comenzar un procedimiento penal, distinguimos entre los delitos públicos, semipúblicos y privados. Mientras que los delitos privados (en cuyo grupo solamente se incluyen los delitos de injurias y calumnias) únicamente podrán perseguirse por la persona directamente ofendida por el delito no siendo, por tanto, perseguibles de oficio; los delitos semipúblicos sí podrán ser perseguidos a instancia de la acusación popular o Ministerio Fiscal, siempre y cuando la persona agraviada haya previamente denunciado o se haya querrellado aunque posteriormente se retirase. Por último, los delitos públicos son todos aquellos no incluidos en los tipos delictivos anteriores (privados o semipúblicos), es decir, el resto de delitos que recoge nuestro CP y podrán ser ejercitados por la acusación particular, popular y a instancias del Ministerio Fiscal.

Expuesta la anterior aclaración y atendiendo al tenor literal del tercer párrafo del art 733 LECrim que establece que el tribunal no podrá plantear la tesis en delitos que solo pueden perseguirse a instancia de parte podemos concluir afirmando que podrán ser objeto de la tesis de desvinculación los delitos públicos y semipúblicos quedando fuera los delitos privados. Esto se debe a la semejanza de este tipo de proceso con el proceso civil, en el cual, la retirada de la querrela conlleva el archivo definitivo de las actuaciones y siendo así no sería lógico el empleo de la fórmula procesal en este tipo de procesos.

### 3.2 ERROR EN LA CALIFICACIÓN

Del esquema del proceso penal se infiere que, concluido el sumario, las partes han de realizar una calificación jurídica del hecho, de modo provisional, en la que fundamentar las pruebas que solicitan. Finalizado el juicio oral, se les permite confirmar, rectificar o variar aquella calificación en función del resultado de las pruebas practicadas mediante las conclusiones definitivas, es aquí donde se enmarca la tesis de desvinculación. En la Exposición de Motivos LECrim se señala que en ese momento el tribunal está en condiciones de apreciar «con amplitud y acierto» la concreta tipicidad del hecho puesto que ha presenciado el conjunto de actos probatorios. Es decir, se desprende del texto que es el órgano judicial quien puede valorar definitivamente la calificación jurídica más correcta de los hechos que han sido probados en su presencia. Si, antes de que las partes presenten sus informes, el tribunal descubre un error grave en la calificación jurídica, debe permitírsele proponerlo a las partes, a modo de hipótesis y sin prejuzgar el fallo.

Y así, tal y como se señala en el primer párrafo del art 733 LECrim, a la vista de la prueba practicada, el hecho criminal ha de haber sido calificado con manifiesto error por dos razones: bien por no haberlo incluido en un determinado tipo penal o, bien, porque no se haya apreciado la concurrencia de una eximente o atenuante<sup>8</sup>.

Si bien, debemos tener en cuenta que el error de calificación del tipo penal no afecta a la pretensión civil ya que será una pieza separada, aunque se tramite simultáneamente.

### 3.3 SITUACIONES OBJETO DE TESIS

En primer lugar, como venimos repitiendo, el objeto de la tesis de desvinculación es someter a debate la distinta calificación jurídica que el órgano jurisdiccional pueda hacer sobre los hechos que las partes alegan en el proceso. Es por ello que, de acuerdo con la doctrina<sup>9</sup>, es necesario que el juez plantee la tesis en las siguientes situaciones:

- a) Para apreciar delitos de la misma gravedad al inicialmente calificado por las partes.
- b) Para apreciar agravantes no alegadas por las partes.
- c) Para elevar el grado de participación de los acusados, respecto al calificado por la parte acusadora.

---

<sup>8</sup> Por ejemplo, en la STS 416/2018 (Roj: SAP AL 888/2018 - ECLI: ES:APAL:2018:888) concurre la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas al igual que para el resto de los responsables, no obstante, la sala considera apreciar la circunstancia atenuante análoga a la confesión tardía conforme al art. 21.4ª y 7ª CP aunque no hayan recurrido la sentencia, ello por serles extensibles los argumentos expuestos al tratar de dicha circunstancia respecto de los acusados que sí la invocan en sus recursos.

<sup>9</sup> TOMÉ GARCÍA, J.M., *Derecho Procesal Penal*, cit pp. 531 y ss y ORTELLS RAMOS, M., *Principio acusatorio, poderes oficiales del juzgador y principio de contradicción*, cit pp. 778 y ss.

Por el contrario, el tribunal no necesita plantear la tesis de desvinculación para imponer una pena superior a la solicitada por la más grave de las actuaciones si esta se encuentra dentro de los márgenes establecidos por el tipo penal correspondiente a la calificación jurídica de los hechos realizada por la acusación. Tal y como se plantea en la STS STS 1590/2018, de 25 de abril de 2018 <sup>10</sup> donde el tribunal condena por un delito del artículo 181.3 y 4 CP, cuya penalidad es de 4 a 10 años prisión, que fue superior a la inicialmente solicitada en el escrito de acusación, artículo 182.2 CP penado desde 2 a 6 años prisión-. Se condenó por un delito más grave del que era objeto de acusación, sin hacer uso de la tesis acusatoria del artículo 733 LECrim.

En segundo lugar, y como ya se ha dicho, para poder utilizar la tesis de desvinculación, la nueva calificación en ella expuesta debe ser acogida por alguna parte acusadora. De esta manera, las partes podrán alegar y rebatir de la manera que consideren oportuno respecto a la tesis que se les acaba de plantear, garantizando de este modo el derecho de defensa.

Partiendo de las premisas expuestas en cuanto a los requisitos que hacen posible el planteamiento de la tesis llego a una serie de conclusiones:

1. No planteada la tesis, el tribunal no podrá condenar por infracciones que no hayan sido objeto de acusación ni por delito más grave del acusado.
2. Es necesario plantear la tesis para cambiar la calificación del delito aunque no sea más grave, siempre que no se aprecie homogeneidad entre el delito acusado y el delito penado.
3. El tribunal, sin plantear la tesis, no podrá apreciar la concurrencia de agravantes, subtipos agravados, grados de participación o de ejecución más agravados distintos de los propuestos por las acusaciones.
4. No es posible plantear la tesis en los casos de retirada de la acusación; en tanto que esta deja sin acusación al proceso e imposibilita la posibilidad de continuación, aspecto que hace que la tesis de deba utilizar con extremada delicadeza porque, tal y como señaló AGUILERA DE PAZ, “para que el planteamiento de la tesis tenga alguna finalidad, es preciso que de acuerdo a ella pueda el tribunal dictar sentencia condenatoria, y como en el caso de retirarse la acusación de las partes, no existe contienda alguna sobre la cual decidir; no podrá en este sentido, ser aplicable la

---

<sup>10</sup> Roj: STS 1590/2018 - ECLI: ES:TS:2018:1590.

calificación ofertada por el tribunal sentenciador, ni la designada en las conclusiones provisionales”.

### 3.4 HOMOGENEIDAD ENTRE LOS DELITOS

Llegados a este punto y, trayendo a colación la última de las conclusiones expuestas en el punto anterior, se ha de aclarar qué debe entenderse por delitos homogéneos a efectos de la tesis de desvinculación. Para ello, conviene detenerse en la naturaleza de los delitos objeto de debate en el planteamiento de la tesis para que esta no ente en confrontación con el principio acusatorio.

La homogeneidad implica que la totalidad de los elementos que forman el objeto de la sentencia condenatoria deben estar comprendidos en el delito objeto de acusación. La sentencia no puede variar el delito imputado salvo que sea absolutamente homogéneo y tenga asignada igual o menor pena. De ahí las declaraciones del Tribunal Constitucional en *sentencias como la de 17 de julio de 1986*<sup>11</sup>, en el sentido de que la homogeneidad es requerida para condenar por delito diferente a aquél por el que se acusó, tal y como dice la sentencia mencionada: “la posibilidad de que quien ha sido acusado en un proceso penal por un determinado delito o falta sea luego condenado por otro, tanto si se produce el cambio de calificación jurídica plantea problemas constitucionales que deben situarse en relación con el derecho del acusado a saber de qué se le acusa y, sobre todo, con su derecho fundamental. Este Tribunal ha considerado que tales derechos no se ven lesionados si se da «la identidad del hecho punible» entre el señalado por la acusación y el objeto de nueva calificación jurídica, y, por otro lado, si ambos delitos o faltas (aquel por el que se acusó y aquel por el que finalmente se condena) sean «generalmente homogéneos», de modo que todos los elementos del segundo tipo estén contenidos en el tipo delictivo objeto de la acusación, porque siendo así no hay ningún elemento nuevo en la condena del que no haya podido defenderse respecto a la acusación.”. En concreto, la *STC núm. 134/1986, de 29 de octubre de 1986*, declaraba que «la efectividad del principio acusatorio exige para excluir la indefensión, en primer lugar, que el hecho objeto de acusación y el que es base de la condena permanezcan inalterables, esto es que exista identidad del hecho punible, de forma que el hecho debatido en juicio señalado por la acusación y el declarado probado constituyan supuesto fáctico de la

---

<sup>11</sup>STC 104/1986, de 17 de julio (BOE núm. 193, de 13 de agosto de 1986) ECLI:ES:TC:1986:104.

calificación de la sentencia. La otra condición consiste en la homogeneidad de los delitos objeto de la condena y objeto de la acusación»<sup>12</sup>.

Por su parte, el Tribunal Supremo ha definido el concepto de homogeneidad en sentencias como la *núm. 129/2018, de 23 de enero de 2018*<sup>13</sup>, entre otras, en la que establece que para que dos o más delitos sean homogéneos necesitan que exista una identidad en el bien jurídico protegido y que los elementos del tipo penal estén comprendidos el uno en el otro. A este respecto en las STSS *núm. 105/1983, de 23 de noviembre de 1983* y *núm. 34/1986, de 29 de octubre de 1983*, se reconoce que no hay indefensión tras el planteamiento de la tesis si el hecho objeto de la acusación y el que es base de la condena permanecen inalterables “esto es, que exista identidad del hecho punible, de forma que el hecho debatido en juicio, señalado por la acusación y declarado probado, constituya el supuesto fáctico de la calificación de a sentencia”; exige, además el tribunal, la homogeneidad de los delitos objeto de condena y objeto de acusación, entendiendo la homogeneidad como la “identidad del bien o interés protegido en cuanto que haya una porción de acaecer concreto histórico común en la calificación de la acusación y la de la sentencia”. Ante estas interpretaciones, se deduce que la homogeneidad o heterogeneidad de delitos es una materia que ha de resolverse casuísticamente: comprobando cada asunto concreto.

#### **IV. LA VINCULACIÓN DEL TRIBUNAL A LAS CONCLUSIONES DE LAS PARTES**

A partir de la promulgación de la Constitución Española y la reinterpretación en torno a los principios que rigen el derecho procesal penal, se ha modificado el criterio respecto a los arts. 733 y 851.4 LECrim que establecen la vinculación del órgano juzgador a las pretensiones de las acusaciones. Y así, extraemos del tenor del art. 733 LECrim una serie de especialidades que demuestran la necesaria vinculación del tribunal a lo que las partes defienden.

- a) La tesis de desvinculación debe utilizarse con respecto a las circunstancias agravantes y a las formas de participación. Este hecho se incorporó con la reforma de 2002 de la LECrim, Ley 38/2002, de 24 de octubre, de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, y de modificación del procedimiento

---

<sup>12</sup> Consulta 3/1990, de 15 de octubre, de la Fiscalía General del Estado, sobre el alcance de la prohibición contenida en el art 794.3 LECrim, referido al procedimiento abreviado de imponer penas que excedan de la más grave de la pedida por la acusación.

<sup>13</sup>Roj: STS 129/2018 - ECLI: ES:TS:2018:129

abreviado, ya que antes de dicha reforma, el tribunal quedaba vinculado por el título de acusación y la pena solicitada y en el momento de plantear la tesis y solo podía condenar por título más grave en caso de que hubiera sido aceptada y asumida por la acusación, aunque sin exceder de la pena que en concreto hubiera sido solicitada por ella.

b) El tribunal no puede condenar por delito distinto del que fue objeto de acusación, ni aun siendo menos grave, salvo que este sea homogéneo<sup>14</sup>. El concepto de delitos homogéneos, como ya se ha dicho, ha sido confeccionado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo concluyendo que dos o más delitos se consideran homogéneos cuando se cumplen dos requisitos: a) existe una identidad en el bien jurídico protegido y b) que los elementos de los tipos penales estén comprendidos el uno en el otro.

c) El mero uso de la tesis no autoriza al tribunal a dictar la sentencia que desee después del debate, sino que será necesario que alguna de las partes acusadoras acoja como suyo el criterio del tribunal.

Ahora, dentro de la misma calificación, los tribunales, siempre y cuando lo motiven suficientemente, pueden imponer más pena que la pedida por las acusaciones. La *STS Sala 2ª de 5 de febrero de 2002*, ante uno de los motivos de casación invocados por el recurrente y encuadrado por este en la vulneración del principio acusatorio, declaraba que “Lo que realmente plantea el recurrente es otra cuestión: la relativa a si el Tribunal puede rebasar y superar la concreta petición de pena efectuada por el Ministerio Fiscal cuando es la única parte acusadora. Al respecto debe recordarse la consolidada doctrina de esta Sala según la cual, el Tribunal no está vinculado a la medida exacta de la pena solicitada por las acusaciones, pudiendo rebasar ese límite siempre que se guarde el marco punitivo que permite la Ley, siendo ese marco legal el que no puede ser rebasado”. Así mismo el Tribunal Supremo declara que no vulnera el principio acusatorio la imposición de una pena accesoria aunque esta no haya sido solicitada por ninguna de las acusaciones; y este sentido se pronuncia – en consonancia y apoyo de la doctrina del Tribunal Constitucional<sup>15</sup> – en la *STS 20 de marzo de 2003* al afirmar que: “En un aspecto más concreto la Sentencia de 26 de enero de 1999, refiriéndose a un supuesto en que no habiéndose solicitado ninguna pena accesoria por la acusación, el tribunal impone la inhabilitación especial para el derecho al sufragio durante el

---

<sup>14</sup>SSTS 12 abril de 1999, 2 de julio de 1999, 30 de noviembre de 1998, 19 de junio de 2000, 19 febrero de 2003.

<sup>15</sup>STC 228/2002, de 9 de diciembre; (BOE núm. 9, de 10 de enero de 2003); ECLI:ES:TC:2002:228

tiempo de la condena, afirma que con ello no se vulnera el principio acusatorio, toda vez que los únicos elementos del escrito de calificación que tienen eficacia delimitadora del objeto del proceso y, en consecuencia, capacidad para vincular al Juzgador son el hecho del que se acusa y la calificación jurídica del mismo. Añadiendo que también forma parte de la calificación la pena para el inculpado solicitado, pero la concreción de tal pena no sirve como elemento delimitador de la sentencia que haya de dictarse, porque la pena es una consecuencia del delito establecida por la Leu, a la que el Tribunal se encuentra únicamente sometido, STS 1662/2000, de 26 de octubre”.

## 1. PRINCIPIO ACUSATORIO

Como ya se ha anticipado en varias ocasiones a lo largo del presente trabajo, la tesis de desvinculación puede entrar en conflicto con el principio acusatorio y, por ello, se exige que el planteamiento mantenido por el tribunal lo haga suyo alguna de las partes. De esta manera se consigue respetar este principio dado que son las partes quienes toman la decisión final de acoger la sugerencia – que no imposición – del tribunal quien no puede actuar de oficio en el ejercicio de la acción penal (determinando objeto del proceso – hechos y personas contra las que se dirige – y en la aportación de hechos y pruebas de los mismos).

Esta situación no fue siempre así. La figura del juez instructor decisor existió en nuestro ordenamiento jurídico, si bien, fue eliminada de nuestro proceso penal por obra de la *Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre, de los Juzgados de lo Penal, y por la que se modifican diversos preceptos de las Leyes Orgánica del Poder Judicial y de Enjuiciamiento Criminal*, mediante la creación de los juzgados de lo penal, a los que se les atribuye competencia para el conocimiento de la fase del juicio oral, creando de esta manera, no solo la garantía esencial del principio acusatorio en la que el juez no actúa de oficio, sino también del derecho al juez legal imparcial.

La imparcialidad del tribunal es una de las garantías esenciales del proceso, de manera que el órgano enjuiciador ha de ser uno que no haya conocido en las fases anteriores al juicio, ya que el juez que juzga no puede haber adoptado previamente decisiones que supongan un conocimiento previo de los hechos que se van a juzgar. Es por ello que al presentarle el caso al órgano juzgador, este aprecie un error en la calificación que se ha propuesto y decida hacer uso de la tesis.



## 2. DERECHO DE DEFENSA

El derecho de defensa que proclama nuestro art 24.2 CE está considerado como un derecho ilimitado por ser un derecho fundamental absoluto<sup>16</sup> y es garantía de un proceso justo; configurándose como un derecho de todos los ciudadanos a defenderse de las acusaciones que se formulen contra ellos, de manera que se asegure la realización efectiva de los principios de igualdad de partes y de contradicción.

En este contexto, encontramos que la tutela del derecho constitucional<sup>17</sup> a la defensa en el proceso penal conlleva una triple exigencia: a) nadie puede ser acusado sin haber sido con anterioridad declarado judicialmente investigado; b) nadie puede ser acusado sin haber sido oído por el juez con anterioridad a la conclusión de las diligencias previas, no pudiendo finalizarse la instrucción sin que el juez haya informado al imputado de sus derechos y particularmente sin haber procedido a la designación de Abogado defensor y sin haber dado lugar a la posibilidad de alegar su presunción de inocencia; y, c) no puede pedirse al imputado una simple declaración testifical cuando de las diligencias practicadas pueda fácilmente inferirse que contra él ya existe sospecha de haber participado en la comisión de un hecho punible. En particular, en lo que atañe a este punto, centraremos nuestra atención en:

- a) Derecho a ser informado de la acusación.

Nuestra LECrim consagró la garantía de información al acusado mediante la instauración de una resolución de imputación formal, como es el auto de procesamiento en el procedimiento ordinario, que tiene la capacidad de impedir que no pueda ser acusada una persona que previamente no haya sido declarada procesada (art. 384 LECrim). Este derecho a ser informado de la acusación consiste en que el acusado tenga conocimiento previo de la acusación en términos que pueda defenderse, formando de tal modo parte de las garantías que derivan del principio acusatorio<sup>18</sup> (art. 118 LECrim en particular su

---

<sup>16</sup> SECO VILLALBA, J.A., *El derecho de defensa. La garantía constitucional de la defensa en el juicio*, Buenos Aires Depalma, 1947, *cit* p.38.

<sup>17</sup>STC 34/09, de 9 de febrero

<sup>18</sup> Recientemente, y para reforzar la importancia del derecho a la información de la acusación, el 28 de abril de 2015, se publicó en el BOE (nº 101) la Ley Orgánica 5/2015, de 27 de abril, por la que se modifican la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para transponer la Directiva 2010/64/UE, de 20 de octubre de 2010, relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales y la Directiva 2012/13/UE, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales, que tiene por objeto establecer normas relativas al derecho de las personas sospechosas o acusadas a recibir información sobre sus derechos en los procesos penales y sobre las acusaciones formuladas contra ellas. También esta Directiva tiene su referente en los derechos recogidos en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, y en particular, en sus arts. 47 (derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial), y 48 (presunción de inocencia y derechos de la defensa), desarrollando lo dispuesto en los arts. 5 y 6 del CEDH según la interpretación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y aspira “a promover el derecho a la libertad, el derecho a un juicio justo y los derechos de la defensa”.

apartado 5º). La información a la que el acusado tiene derecho es la relativa a los hechos considerados punibles, es decir, los que sirven de base para su acusación y calificación jurídica. Aunque en el plano general resulta necesario que se dé una congruencia entre la acusación y la sentencia, es posible que mediante la proposición de la tesis, el tribunal se desvíe de la calificación jurídica que ha sido fijada por las acusaciones, pero sin que suponga una automática vulneración del derecho de defensa.

Para evitar esta vulneración deben darse dos situaciones que se han ido desarrollando a lo largo del presente trabajo y que son: por un lado, la identidad del hecho punible, de forma que el mismo hecho señalado por la acusación, que se debatió en el juicio contradictorio y que se declaró probado, constituya un presupuesto de la nueva calificación propuesta; y, por otro lado, que ambos delitos, el delito por el que en un primer momento se acusa y el que se propone al plantear la tesis, sean homogéneos" es decir, tengan la misma naturaleza, esto es que el hecho punible que configura los tipos sea el mismo.

Aun suponiendo que se trate de un mero cambio de calificación jurídica, las garantías de la acusación exigen que esta sea puesta en conocimiento del acusado para que pueda defenderse de la misma argumentando jurídicamente sus pretensiones<sup>19</sup>. En la *STEDH de 29 de noviembre de 1989* (Chichlian y Ekindjian)<sup>20</sup>, la Comisión estimó por unanimidad que se habían infringido los párrafos a y b del art 63 CEDH, pues “la información a que se refiere el art 6.3 debe comprender tanto los hechos atribuidos al acusado y que son motivo de la acusación, como su calificación en derecho”<sup>21</sup>. Esta misma doctrina ha sido recogida en ocasiones por nuestro Tribunal Constitucional, aunque no hasta el extremo de prohibir la condena por calificaciones distintas si, de alguna manera, resultaban “homogéneas” con las anteriores. En la *STC 1/1981 de 10 de abril*, recoge el Tribunal Constitucional la doctrina del Tribunal Europeo en el caso Delcourt cuando dice: “la calificación jurídica de tales hechos, corresponde, en principio, al Tribunal, en virtud del principio *iuranovit curia*. Pero esta caracterización esquemática del proceso penal no debe olvidar que la calificación jurídica no

---

<sup>19</sup>Una parte de la doctrina encabezada por ASECIO MELLADO, *Introducción al Derecho Procesal*, cit p.144 es también partidaria de que el Tribunal explique al acusado de las nuevas calificaciones jurídicas cuando puedan causar indefensión, y citando a ALMAGRO, propugna un nuevo razonamiento del principio *iura novit curia* que propicie el derecho de defensa sobre el nuevo tipo delictivo pues “toda modificación de la vertiente jurídica conlleva necesariamente la variación de la estrategia defensiva”.

<sup>20</sup>La Policía acusaba de “una infracción de la legislación y de la reglamentación de las relaciones jurídicas con el exterior”, de la cual absolvió el Tribunal de Gran Instancia de Toulouse, pero resultó que en apelación los acusados fueron condenados por “un delito del art 1 y no del 7, del Decreto de transacciones financieras efectuadas en Francia entre residentes y no residentes, sin la intervención de un mediador autorizado”.

<sup>21</sup>Esta doctrina se reproduce en las SSTEDH 27 de febrero 1980 (Deweer) y, hasta cierto punto, en la 6 de diciembre de 1988 (Colak) en la que si bien se desestimó la demanda, el acusado conocía, sin embargo, la calificación jurídica por la que fue condenado, ya que era la calificación inicial y no la de la tesis.)

es ajena al debate contradictorio y que el principio *iura novit curia* tiene importantes limitaciones: los escritos de calificación comprenden, entre otros extremos, la calificación legal de los hechos, determinando el delito que constituyen y éste, como los otros puntos de estos escritos, puede ser modificado después de practicadas las diligencias de prueba. Ello supone un debate contradictorio recae no solo sobre los hechos, sino también sobre su calificación jurídica”.

Reforzamos esta teoría acudiendo al Derecho alemán donde se recoge en el art 265.1 StPO<sup>22</sup> en todo su alcance garantista esta información al acusado sobre el cambio de calificación: “el acusado no podrá ser condenado en base a un precepto penal distinto al citado en la acusación admitida judicialmente, sin que previamente se le hubiese advertido especialmente de la modificación del punto de vista jurídico y se le hubiese dado la oportunidad para la defensa” (265.1 StPO). Tampoco en el proceso japonés, que recoge principios procesales del alemán y del anglosajón, el Tribunal puede condenar por delito distinto del acusado, salvo si el Ministerio Fiscal modifica “los fundamentos de la querrela”, en cuyo caso “el Tribunal tiene que informar de ello inexcusablemente al acusado, debe concedérsele tiempo suficiente para la preparación de la defensa”, tal y como expresa el art. 312 de la Ley de Enjuiciamiento Procesal japonesa de 10 de junio de 1948<sup>23</sup>.

a) Derecho del acusado a ejercer la posibilidad de defenderse.

A este respecto se pronuncia el art 733 LECrim *in fine* cuando permite la suspensión de las sesiones si se indicare que las partes no están suficientemente preparadas para discutir la propuesta realizada por él, permitiendo de este modo que prepare su defensa.

En conclusión, hay que tener en cuenta que con el planteamiento de la tesis se plantea una nueva imputación de la que las partes deben tener la oportunidad y el derecho de defenderse. Por ello, y para no entrar en conflicto directo con la indefensión y el principio acusatorio, el art 733 LECrim prevé la suspensión de la sesión en el supuesto de que las partes no estén preparadas para discutir la propuesta del Presidente.

---

<sup>22</sup> Strafrechtsprozessordnung, Código Procesal Penal Alemán

<sup>23</sup> Código de Enjuiciamiento Criminal (Keiji-sohso-ho, 1948).

### 3) CORRELACIÓN DE LA SENTENCIA CON LA ACUSACIÓN Y LA DEFENSA

El proceso penal culmina con el dictado de la sentencia por el tribunal que debe ser congruente, y en la que se desprenda una correcta correlación entre las peticiones formuladas por las partes (arts. 142.4ª y 5ª LECrim y art 742 LECrim) y la decisión del juez. Dicho de otro modo, la correlación implica que el juez está sujeto a lo que las partes argumenten en sus conclusiones y sobre tales posiciones jurídicas ha de tratar la sentencia y dictar el fallo.

De esta manera cuando un tribunal considere que los hechos imputados son constitutivos de un delito distinto al que es objeto de acusación; si el tribunal no plantease la tesis, deberá absolver al acusado del delito que está siendo procesado a pesar de que considere el error de calificación (siendo el acusado responsable de otro delito a ojos del tribunal), tal y como sucedió en la sentencia de *la Audiencia Nacional 7 de octubre de 1991* en la que se absolvió a los acusados de un delito de colaboración de banda armada por el que fueron acusados por parte del Ministerio Fiscal. Como el tribunal interpretó que no eran constitutivos de tal delito sino de evasión de presos en grado de tentativa, tuvieron que absolver a los acusados.

El art. 733 LECrim, es una fórmula eficaz que permite condenar con base en una calificación diversa a la ofertada por las partes. El problema de la calificación fuera de lo inicialmente alegado por las partes puede afectar, evidentemente, al derecho de defensa. Una calificación distinta incluye de forma necesaria la introducción de temas jurídicos que no han sido discutidos por las partes y, en algunos casos, pueden introducir elementos fácticos distintos a aquellos que fueron acusados y probados en el proceso<sup>24</sup>; si es así, las partes se encontrarían en la sentencia con una condena o una absolución sobre la que no han podido discutir (*STC 89/1986, de 1 de julio*).

La vigencia del sistema acusatorio exige una determinada correlación, subjetiva y objetiva, entre la acusación y la parte penal dispositiva de la sentencia, cuya finalidad esencial consiste en posibilitar el ejercicio del derecho de defensa:

a) La correlación subjetiva: En el proceso penal acusatorio, al encausado le asiste con toda su plenitud el derecho de defensa. Lógicamente, para el logro de este objetivo, se hace obligado consagrar de algún modo la regla, conforme a la cual, nadie puede ser condenado sin haber sido previamente acusado. De este modo, los escritos de calificación provisional han de fijar definitivamente la legitimación pasiva. Esta regla se encuentra establecida en el art 24.2 CE al disponer que “todos tienen derecho a ser informados de la acusación formulada contra ellos”

---

<sup>24</sup>STS24 de marzo de 2018; Roj: STS 1492/2018 - ECLI: ES:TS:2018:1492

y en el art 6.3 a y b CEDH. De estos preceptos se infiere que no es suficiente la determinación del encausado en los escritos de calificación para entender cumplida dicha garantía, sino que se hace necesario “informarle de la acusación con un tiempo suficiente para preparar su defensa para lo cual, el ordenamiento habrá de establecer las cautelas suficientes para que nadie sea investigado de forma sorpresiva, o dicho de otra manera, se hace conveniente que el sujeto pasivo del proceso penal, con anterioridad a la adquisición del status de acusado en el juicio oral, asuma, dentro de la instrucción, la de investigado, habiendo de suscribirse la prohibición de que nadie pueda ser acusado sin haber sido con anterioridad judicialmente declarado investigado”.

b) La correlación objetiva. El derecho del encausado a “conocer la acusación formulada contra él” reclama también ser informado del hecho punible cuya comisión se le atribuye, a fin de que pueda defenderse de él, llevando a cabo la correspondiente actividad probatoria, ejercitando de tal manera su derecho de defensa.

Se entiende que existirá una vulneración del principio acusatorio y del art 24.2 CE cuando la sentencia condene al encausado por una pena principal o un hecho punible que no hayan sido objeto de la acusación o a una pena más grave a la solicitada por la acusación o cuando el tribunal aplique en la sentencia una calificación jurídica distinta y causante de indefensión material, lo que acontece es que el Tribunal condene los hechos por separado. Por tal razón, no existe indefensión, ni vulneración del acusatorio, si el hecho fue descrito en el escrito de calificación provisional, aun cuando las partes acusadoras, en sus calificaciones definitivas, y el tribunal, en su sentencia, modifiquen el título de condena sobre ese mismo hecho, siempre y cuando el bien jurídico vulnerado permanezca el mismo o, dicho en otras palabras cuando ambos delitos sean homogéneos y dicho cambio de calificación no entrañe vulneración del derecho de defensa. Pero, si dicho cambio de calificación entraña violación de dos distintos bienes o intereses protegidos de carácter heterogéneo puede provocar indefensión.

Así mismo, existirá una vulneración del principio acusatorio si en las calificaciones definitivas realizadas por las partes se alegasen nuevos hechos que no fueron objeto de prueba en el juicio oral. En este supuesto, el respeto a los derechos fundamentales a ser informados de la acusación, a disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de la defensa y a utilizar los medios de prueba pertinentes<sup>25</sup> sobre los nuevos hechos invocados; obliga a adoptar soluciones como la análoga que se establece en el marco internacional en el parágrafo 266 de la Ordenanza Procesal Penal alemana donde nos dice que debe el Presidente

---

<sup>25</sup> PÉREZ VAQUERO, C., *El principio acusatorio según el tribunal europeo de derechos humanos*, cit p. 24

del Tribunal preguntar al acusado si está de acuerdo con la calificación del nuevo hecho y, si la defensa manifiesta su disconformidad, habrá de suspender el juicio, formalizarse una acusación adicional, contestarla el acusado y practicar la prueba sobre ese nuevo hecho.

En conclusión, el sistema de garantías procesales establecido por la Constitución Española en su art. 24, exige que exista la debida correlación entre la acusación y la sentencia, de tal manera que la defensa del acusado tenga oportunidad de alegar y debatir la propuesta del tribunal, habiendo conocido con antelación suficiente aquello de que se le acusa, y sin que la sentencia de modo sorpresivo pueda condenar por algo de lo que al plantear la tesis no se acusó.

La acusación ha de ser precisa y clara respecto del hecho y del delito por el que se formula, una vez aceptada, o no, la tesis, y la sentencia ha de ser congruente con tal acusación sin introducir ningún elemento nuevo del que no hubiera existido antes posibilidad de defenderse.

## **V EFECTOS**

### **1. SUSPENSIÓN**

El juicio oral se desarrolla en sesiones de forma oral, pública y concentrada, lo que significa que si es posible, se realizará en una única sesión o, en cuantas sean necesarias pero próximas temporalmente entre sí. Con esta manera de actuación se persigue el objetivo de que las manifestaciones y actuaciones que se realizan oral y públicamente ante el tribunal sentenciador y las pruebas que se practiquen en el juicio, permanezcan lo más fielmente posible para que le sea más fácil al juez o tribunal dictar una sentencia teniendo en cuenta las actuaciones que se hayan sucedido recientemente hasta el momento de dictar el fallo.

El planteamiento de la tesis es un acto del tribunal como órgano colegiado, por lo que, para su adopción, bajo mi punto de vista, sería necesaria una interrupción de la sesión para que pueda deliberar sobre este asunto y posteriormente dar traslado a las partes.

Una vez planteada la tesis de desvinculación, como ya se ha dicho, también será posible acordar mediante auto la suspensión de la sesión hasta el día siguiente si el Fiscal o cualquiera de los defensores de las partes indican que no están suficientemente preparados para discutir la cuestión propuesta (art. 733 *in fine* LECrim); teniendo en cuenta los requisitos procedimentales que la LECrim establece para llevar a cabo la suspensión (ex. arts. 744 y ss LECrim).

En concreto, se exige que estos autos de suspensión fijen el tiempo de duración de esta – si bien, el art. 733 LECrim establece que será al día siguiente de la sesión – y deberán determinar lo que corresponda para la continuación del juicio, teniendo en cuenta que para estos autos no se contempla la posibilidad de interposición de ningún recurso.

## 2. SENTENCIA

Planteada la tesis, esta debe ser acogida por el Ministerio Fiscal o la acusación particular mediante una nueva calificación o una modificación de las anteriores, pues, en todo caso, son las conclusiones de las partes las que delimitan su objeto y, consiguientemente, las posibilidades de resolución por parte del tribunal. De tal manera que si alguna de las partes acoge la propuesta del órgano planteada en su tesis, la sentencia podrá contener dicha calificación o circunstancia modificativa de la responsabilidad o del grado de participación propuesta pudiendo el tribunal dictar sentencia condenatoria con arreglo a ella.

Ha de recordarse que no se produce una vulneración con carácter automático por la mera introducción de cualquier modificación en el escrito de calificación definitiva sino que se requiere que dichas modificaciones sean esenciales respecto de la concreta figura delictiva por la que finalmente se condena, porque “las diferentes garantías conectadas con el principio acusatorio se asientan en la inalterabilidad de los elementos esenciales del hecho constitutivo de infracción penal a partir de la fijación formal de la acusación en las calificaciones provisionales”<sup>26</sup>. En consecuencia, la existencia de diferencias sobre los elementos no esenciales del hecho constitutivo de delito reflejadas en las calificaciones provisionales y las definitivas no supone la vulneración del derecho de defensa. Así mismo, en el supuesto de que se introduzcan modificaciones que incidan sobre elementos esenciales del hecho constitutivo de delito o que impliquen una nueva calificación jurídica, para no declarar vulnerado el derecho de defensa se prevé la suspensión del juicio, para poder articular debidamente su defensa.

La sentencia, aceptada la tesis, no dejará de ser congruente ya que existirá una correlación de esta con las conclusiones formuladas por la acusación y la defensa. De hecho, si observamos el motivo por el que el art. 851.4 LECrim permite entablar el recurso de casación por quebrantamiento de forma queda fuera del mismo el supuesto en el que el tribunal pena por un delito más grave una vez invocada y aceptada la tesis.

---

<sup>26</sup>STS18/2018;Roj: SAP P 245/2018 - ECLI: ES:APP:2018:245

Al mismo tiempo, este precepto, puesto en relación con el art. 733 LECrim, permite deducir que será innecesario el planteamiento de la tesis cuando el tribunal considere que debe absolver por apreciar una eximente no alegada previamente por la acusación ya que la tutela jurídica en casación únicamente se da en caso de condena por delito más grave sin haber hecho uso previamente de la tesis. En consecuencia, en el supuesto de que el tribunal absuelva por apreciar una eximente, sin plantear con anterioridad la tesis, la sentencia será formalmente válida y congruente.

## **VI. ESPECIALIDADES PROCEDIMENTALES: EL PROCEDIMIENTO ABREVIADO**

Relacionado con el trámite de las calificaciones definitivas e informes encontramos en el procedimiento abreviado el apartado 4 del art 788LECrim que recuerda al planteamiento de la tesis del art. 733 LECrim del procedimiento ordinario por delitos graves.

En mi opinión, el legislador pretendió llevar a cabo una regulación propia en este punto, al margen del art 733 LECrim, pero dada la forma en que está redactado el precepto, lo que hace es, precisamente, recordar a aquel. Por ello, a mi parecer, el art 788.4 LECrim se corresponde con lo que el proceso ordinario prevé en el art 733 LECrim pero adaptado a la interpretación jurisprudencial, tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo, que, en síntesis, afirma: 1) que el órgano jurisdiccional no varíe los hechos que son objeto de la causa (identidad del hecho); 2) que si el órgano jurisdiccional se separa de la calificación formulada por la acusación, la nueva acusación debe ser asumida por alguna de las partes acusadoras y el delito por el que condene debe guardar una relación de homogeneidad con el acusado (homogeneidad delictiva); y , 3) que la pena impuesta, es decir, el límite cuantitativo de la pena, no sobrepase el solicitado por la parte acusadora.

En el procedimiento abreviado, a diferencia del procedimiento ordinario, si que aparece regulado en el precepto cómo se ha de proceder cuando a la suspensión de la sesión, que será acordada por el juez a petición de la defensa y tendrá un límite de diez días. Personalmente me parece que se respeta de una forma más estricta el principio acusatorio pudiendo aportar las partes los elementos probatorios que considere convenientes.

Hay que matizar que este art 788.4 LECrim no permite una suspensión en todo caso, sino únicamente cuando el cambio resulte más perjudicial para el acusado, esto es, cuando la acusación modifique en sus conclusiones definitivas la tipificación penal de los hechos, se



aprecie un mayor grado de participación o ejecución, o circunstancias de agravación de la pena, tal y como prevé el art 733 LECrim para el proceso ordinario.

## **VIII. CONCLUSIONES**

**PRIMERA.** La tesis de desvinculación es un instrumento procesal que permite al tribunal enjuiciador plantear a las partes una calificación jurídica del hecho punible distinta a la mantenida por estas inicialmente. La finalidad con la que fue creado el art. 733 LECrim permite a las partes discutir sobre la calificación que el tribunal entiende más correcta, habiendo percibido un error de calificación que da lugar a la apertura de este mecanismo.

**SEGUNDA.-** Esta facultad excepcional del tribunal debe utilizarse con respecto a las circunstancias agravantes y a las formas de participación, ya que, sin plantear la tesis, el tribunal no podrá apreciar la concurrencia de agravantes, grados de participación o de ejecución más agravados distintos de los propuestos por las acusaciones.

Sin embargo, el Tribunal Supremo reconoce la posibilidad de imponer una pena accesoria aunque esta no haya sido solicitada por ninguna de las acusaciones.

**TERCERA.-** El tribunal no podrá condenar por un delito distinto del que fue objeto de acusación, ni aun siendo menos grave, salvo que este delito sea homogéneo. Esto quiere decir que el tribunal puede imponer la pena asignada al delito (aunque sea distinta a la solicitada por la acusación) pudiendo imponer incluso una pena superior a la pedida, siempre y cuando no se alteren los hechos probados en el proceso y se lleve a cabo dentro de los márgenes del correspondiente tipo penal que resulte de la calificación jurídica.

**CUARTA.-** El hecho de plantear la tesis no autoriza al tribunal a dictar la sentencia que desee después del debate, sino que será necesario que alguna de las partes acusadoras acoja como suyo ese criterio. Por ello tampoco será posible plantear la tesis en los supuestos en que se retire la acusación.

De esta manera se consigue respetar el principio acusatorio – puesto que son las partes quienes toman la decisión final de acoger la sugerencia del tribunal, que no puede actuar de oficio en el ejercicio de la acción penal – y asegurar la correlación de la sentencia con la acusación y la defensa. Además de garantizar el derecho de defensa dado que, de ser acogida la tesis, las partes tendrá la oportunidad de alegar y probar lo que precisen en relación con la nueva acusación.

**QUINTA.-** Por último, destacar que la tesis de desvinculación analizada supone un límite al principio acusatorio pero no lo vulnera. Desde mi punto de vista el derecho de defensa del art. 24 CE quedaría vulnerado en el supuesto de que se tratase de un cambio de título de condena que exigiera una posterior actividad probatoria o que, dada la no homogeneidad de bienes jurídicos afectados, se hiciera aconsejable una suspensión del juicio oral.

## **IX. BIBLIOGRAFÍA**

- ADANDOMÉNECH, F. [et al.] “Cuestiones fundamentales”, en *El proceso penal* [libro electrónico], Fuentes Soriano, O (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017
- ARNÁIZ SERRANO, A, et al, “Estructura del proceso penal” en *Esquemas de derecho procesal penal*, Tomo III, 4ª ed, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018
- ASECIO MELLADO, J.M., *Derecho procesal penal* [libro electrónico], 7ª ed, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015 [consultado 8 junio de 2019]. Disponible en: <https://www.tirant.com/editorial/libro/derecho-procesal-penal-7-edicion-2015-jose-maria-asecio-mellado-9788491190448>
- BACHMAIER WINTER, L., “Acusatorios versus Inquisitivo. Reflexiones acerca del proceso penal”, en *Proceso Penal y sistemas acusatorios*, BACHMAIER WINTER (dir.), Marcial Pons, Madrid, 2008.
- CHOZAS ALONSO, J.M., “El nuevo Estatuto de la Víctima de los Delitos en el proceso penal”, en *Los sujetos protagonistas del proceso penal*, Chozas Alonso (coord.), Dykinson, Madrid, 2015, pp. 193-261.
- CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., y MORENO CATENA, V., “La fase última del juicio oral” en *Derecho Procesal Penal* [libro electrónico], Cortés Domínguez, V., y Moreno Catena, V.,(dir.), 7ª ed, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015. [consultado 16 mayo de 2019]. Disponible en:<https://biblioteca-tirant-com.cuarzo.unizar.es:9443/cloudLibrary/ebook/show/9788491694366#ulNotainformativaTitl>
- ESQUINAS VALVERDE, P., et al “La clasificación de los delitos” en *Lecciones de derecho penal : parte general*, Moreno-Torres Herrera, M.R. (dir); 4ª ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019
- FERNÁNDEZ-GALLARDO, J,A, *Cuestiones actuales del proceso penal* [libro electrónico], Ediciones Experiencia, Barcelona, 2015 [consultado 9 de julio de 2019]. Disponible en: <https://ebookcentral.proquest.com/lib/unizarsp/detail.action?docID=4183292>

- GIMENO SENDRA, V., *Manual de derecho procesal penal*, 2ªed, Castillo de Luna, Madrid, 2018
- GÓMEZ DE LIAÑO, R., “La investigación penal. El ministerio fiscal y el juez de garantías”, en *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal*, Moreno Catena, V.,(dir.), RUIZ LÓPEZ, C., y LÓPEZ JIMÉNEZ, R., (coords.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015
- GRAU, V., “Garantías de la acusación en el juicio oral: La tesis del tribunal”, en *La defensa del imputado y el principio acusatorio*, Grau, V., (dir.) JM BOSCH EDITOR SA, Zaragoza, 1994
- GUERRERO PALOMARES, S., “El Principio acusatorio en nuestro derecho: doctrina y jurisprudencia”, en *El Principio Acusatorio*, Guerrero Palomares (dir.) Thomson Aranzadi, Navarra, 2005
- LOPES JR., A., “El fundamento de la existencia del proceso penal: instrumentalidad constitucional” en *Fundamentos del proceso penal* [libro electrónico], Tirant lo Blanch, Valencia, 2018. [consultado 29 de junio de 2019]. Disponible en: <https://biblioteca-tirant-com.cuarzo.unizar.es:9443/cloudLibrary/ebook/show/9788491697503#ulNotainformativaTitl>  
[e](#)
- MARTÍNEZ JIMÉNEZ, J., *Derecho Procesal Penal, práctica jurídica*, 2ªed, Tecnos, Madrid, 2017
- RAMOS MÉNDEZ, F., “Juicio oral y público” en *Enjuiciamiento Criminal*, Ramos Méndez (dir.), 11ªed., Atelier, Barcelona, 2014
- VILA MUNTAL, MªA., et al, “La declaración del inculpado” en *La prueba en el proceso penal* Martín García,P (coord.), Revista General Del Derecho, Valencia, 2000
- YÁÑEZ VELASCO, R., “Mentiras procesales (v)” en *Revista Economist&Jurist* [revista electrónica], Vol. 22, Nº. 180, mayo, 2014, págs. 84-91 [consultado 16 de mayo de 2019]. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4851419>