

APUNTES JURISPRUDENCIALES SOBRE EL PRINCIPIO ACUSATORIO Y SU APLICACIÓN POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

JURISPRUDENTIAL NOTES ABOUT THE ACCUSATORY PRINCIPLE AND ITS APPLICATION BY THE CONSTITUTIONAL COURT AND THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

MARIA JOSE CARAZO LIEBANA¹

SUMARIO: I.- PRINCIPIO ACUSATORIO Y DERECHO A LA DEFENSA -I.A) ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA ANTERIOR A LA SENTENCIA 155/2009 DE 25 DE JUNIO; I,B) EL PRINCIPIO ACUSATORIO EN LA SENTENCIA 155/2009 DE 25 DE JUNIO; II.- APLICACIÓN DEL PRINCIPIO ACUSATORIO POR EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS; III. A MODO DE CONCLUSIÓN

SUMMARY: I. - ACCUSATORY PRINCIPLE AND RIGHT TO DEFENSE -I.A) ANALYSIS OF THE CASE-LAW PREVIOUS TO THE SENTENCE 155/2009, OF 25TH JUNE; I.B) THE ACCUSATORY PRINCIPLE IN THE SENTENCE 155/2009, OF 25TH JUNE; II - THE APPLICATION OF THE ACCUSATORY PRINCIPLE BY THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS; III BY WAY OF CONCLUSION

Resumen: Analizamos la aplicación del principio acusatorio por el Tribunal Constitucional en la sentencia 155/2009, de 25 de junio y sus consecuencias. También se analiza el art. 6.3 a) del Convenio Europeo de Derechos Humanos respecto al derecho de los acusados a ser informado de la acusación vertida contra ellos. Para concluir comparamos la interpretación que, de este principio, han hecho tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Palabras clave: Principio acusatorio, Derecho a la Tutela Judicial Efectiva, Tribunal Constitucional, Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Abstract: We analyze the application of the accusatory principle by the Constitutional Court in the sentence 155/2009, of 25th June, and its consequences. We also analyze the article 6.3 a) of

¹ Profesora contratada doctora (acreditada al cuerpo de profesores titulares), Área de Derecho Constitucional, Departamento de Derecho Público, Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de la Universidad de Jaén; mjcarazo@ujaen.es

the European Convention on Human Rights regarding to the defendant's right to be informed of the accusation held against him. Finally, we compare the interpretation that as much the Constitutional Court as to the European Court of Human Rights have carried out about this principle.

Keywords: Accusatory principle, Right to Effective Judicial Protection, Constitutional Court, European Court of Human Rights.

Uno de los aspectos más controvertidos y que mas pronunciamientos jurisprudenciales ha suscitado, en relación a los derechos procesales constitucionales del art. 24.2 de la Constitución Española (en adelante CE), es precisamente el que resuelve la Sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante STC) 155/2009 de 25 de junio. Nos referimos a que se aclara con nitidez, aunque con cierta controversia – tal como mas adelante señalaremos-, si hay infracción del art. 24.2 CE en relación al *derecho a ser informado de la acusación* o principio acusatorio, en el supuesto de condena a un delito por el cual la acusación particular y el Ministerio Fiscal habían pedido una pena inferior a la finalmente sentenciada por el juez.

Procede analizar el principio acusatorio que, en líneas generales, implica que el reo ha tenido ocasión de defenderse de la acusación formulada con carácter previo a la sentencia. Hasta la STC de 25 de junio de 2009 había aspectos algo confusos en cuanto a la interpretación de este principio en relación al derecho a la defensa así como al derecho a un juez imparcial. Aspectos que se pretende aclarar – tal como hemos señalado- con la Sentencia 155/2009. De hecho, con el objeto de crear jurisprudencia, el recurso de amparo planteado² es resuelto por el Pleno del Tribunal Constitucional (en adelante TC), por Providencia de 18 de junio de 2009. De conformidad con lo que establece el art. 10.1 n) Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (en adelante LOTC) y a propuesta de la Sala Segunda, el TC acordó recabar para sí el conocimiento del recurso de amparo. Literalmente indica que *este Tribunal estima conveniente, dado el tiempo transcurrido desde la reforma del recurso de amparo, avanzar en la interpretación del requisito del art. 50.1 b) LOTC.*

I.- PRINCIPIO ACUSATORIO Y DERECHO A LA DEFENSA

El principio acusatorio entendido como el derecho a que la persona acusada tenga conocimiento de lo que se le acusa a fin de que pueda defenderse se encuentra regulado entre las garantías del art.24. 2 CE, consistente en el derecho a ser informado de la acusación y en el derecho a un proceso público con todas las garantías. Se entiende que es un principio estructural del proceso penal, el que nadie pueda ser condenado sin que se formule una acusación previa a la que tenga conocimiento con antelación

² Contra la Sentencia de 25-07-2007, del Juzgado de Instrucción núm. 2 de Fuenlabrada, recaída en juicio de faltas, y contra la Sentencia de 17-09-2007, de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Madrid, que revocó parcialmente la de instancia en cuanto a la extensión de la pena impuesta.

suficiente para poder defenderse. Con este principio se consagra una neta distinción de las tres funciones procesales fundamentales:

- La acusación, propuesta y sostenida por persona distinta a la del Juez.
- La defensa, con derechos y facultades iguales al acusador.
- Y la decisión, que corresponde a un órgano judicial independiente e imparcial.

El TC ha reiterado que una de las manifestaciones del principio acusatorio es el deber de congruencia entre la acusación y el fallo, en virtud del cual nadie puede ser condenado por hechos diferentes al que se le acusa. En la interpretación jurisprudencial se dice que el debate contradictorio debe recaer no sólo sobre los hechos sino también sobre su calificación jurídica. En consecuencia, el fallo debe ser congruente tanto con los hechos que se imputan como con su calificación jurídica³.

I.a) Análisis de la jurisprudencia anterior a la Sentencia 155/2009 de 25 de junio

Antes del año 2009, había jurisprudencia en la que la sujeción de la condena finalmente impuesta por el Juez a la acusación formulada no se exigía que fuera tan estricta como para impedir al órgano judicial modificar la calificación de los hechos enjuiciados en el ámbito de los elementos que habían podido ser objeto de debate contradictorio. No habría así infracción constitucional alguna cuando el Juez valoraba los hechos y los calificaba de modo distinto a como venían siéndolo, siempre y cuando ello no supusiera la introducción de un elemento o dato nuevo que no hubiera sido objeto de debate contradictorio. Obsérvese que se ponía el acento a que no supusiera la introducción de un nuevo elemento fáctico o jurídico que no hubiera sido objeto de un debate contradictorio. De esta forma, para que un Tribunal de apelación pudiera apartarse de las calificaciones de los hechos propuestos por la acusación se requería el cumplimiento de dos condiciones:

- Que existiera identidad del hecho punible, de forma que el mismo hecho constituyera el soporte fáctico de la nueva calificación.
- Que pudiera existir homogeneidad entre el delito por el que se dictó Sentencia condenatoria en instancia y el delito por el que se hubiera condenado en apelación. Entendiéndose que son delitos o faltas homogéneos aquellos que constituyen modalidades distintas pero cercanas dentro de la tipicidad penal, y

³ Vid., RUIZ-RICO RUIZ/ CARAZO LIEBANA, M.J., *El derecho a la tutela judicial efectiva. Análisis jurisprudencial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013 pp. 329 y ss.

siempre que se trata de delitos que tengan prevista una condena igual o inferior al del escrito de calificación propuesto por las partes acusatorias⁴.

Así pues y, no obstante el principio de congruencia, atendiendo a las propias facultades de pronunciamiento de oficio que tiene el juzgador penal, por las cuestiones de orden público implicadas en el ejercicio del «ius puniendi», el Juez podría condenar por un delito distinto al solicitado por la acusación siempre con las características mas arriba señaladas. La STC 228/2002 de 9 de diciembre FJ 5 razonaba que la imposición de una pena de multa, no solicitada por el querellante pero prevista por la ley, no vulneraría el principio acusatorio. Tampoco vulneraría el principio de correlación entre la acusación y el fallo condenatorio, la sentencia que imponga una pena prevista en el tipo penal a aplicar pero no pedida por el Fiscal⁵. En el juicio de faltas el principio acusatorio actuaba de forma menos intensa⁶.

En otras sentencias parece plantearse una interpretación mucho mas restrictiva del principio acusatorio al establecerse que *«en todo caso, como límite infranqueable en el momento de dictar Sentencia, al Juez le está vedado calificar los hechos de manera que integren un delito penado más gravemente si este agravamiento no fue sostenido en juicio por la acusación, ni imponer una pena mayor que la que corresponda a la pretensión acusatoria fijada en las conclusiones definitivas, dado que se trata de una pretensión de la que no pudo defenderse el acusado»*⁷.

El derecho a ser informado de la acusación ha sido aplicado, además de en causas penales, en el procedimiento administrativo sancionador. La traslación de estos criterios al ámbito de la potestad sancionadora de las Administraciones públicas ha de efectuarse teniendo en todo momento presentes las diferencias estructurales del procedimiento establecido para su ejercicio, que no conoce una diferenciación orgánica tajante entre acusación, instrucción y decisión ni una nítida frontera entre un período de preparación o instrucción y otro de enjuiciamiento⁸.

Como puede apreciarse de todo lo expuesto, quedaban interrogantes para el

⁴ Vid. STC 35/2004, de 8 de marzo, FJ. 2, STC 123/2005 de 12 de mayo FJ 4

⁵ Vid. la STC 163/2004, de 4 de octubre, con Voto particular en este extremo. Especialmente el FJ 5º

⁶ Doctrina asentada por la STC 156/1994, de 24 de febrero FJ 4«... Pero asimismo hemos dicho que el derecho a ser informado de la acusación se satisface siempre que, cualquiera que sea la forma, aquélla llegue a conocimiento del inculpado; y sobre todo que es preciso distinguir entre los procesos por delito y los procesos por falta, puesto que estos últimos tienen un carácter menos formalista que dificulta su sometimiento a formas concretas de acusación, amén de versar en ocasiones sobre hechos que por su propia naturaleza presuponen confluencia de distintas posibles responsabilidades para cualquiera de las personas que intervengan en ellos. Y, por último, que la concreción del principio acusatorio en el juicio de faltas debe matizarse en razón de las características peculiares del mismo, debiendo compatibilizarse con los principios de oralidad, concentración y rapidez; se trata de procesos en los que se pasa directamente de la iniciación al juicio oral, y en él se formulan las pretensiones y se practican las pruebas de manera mínimamente formalizada...».

⁷ En este sentido, vid., STC 75/2003, de 23 de abril, F. 5; doctrina que se reitera en la STC 347/2006, de 11 de diciembre, F. 3, y en el ATC 426/2005, de 12 de diciembre.

⁸ Vid, RUIZ-RICO RUIZ/CARAZO LIEBANA M.J., *El derecho...*, cit., pp.352-355

operador jurídico sobre la interpretación del principio acusatorio en supuestos fronterizos como los que se han indicado. Supuestos en los que no es tan fácil delimitar si la alteración en la calificación de los hechos o de su valoración jurídica era conciliable con los derechos constitucionales del acusado y, en última instancia, si era aceptado o no por la jurisprudencia constitucional. No quedaba claro para el operador jurídico el ámbito en el que actuaba el principio acusatorio por lo que hacia falta una sentencia como la que se comenta que aclarase la doctrina jurisprudencial al respecto. A continuación ponemos de relieve la aportación jurisprudencial de la STC 155/2009 de 25 de junio en relación al principio acusatorio.

I.b) El principio acusatorio en la Sentencia del TC 155/2009 de 25 de junio

La sentencia 155/2009, de 25 de junio resuelve un recurso de amparo contra dos sentencias⁹, donde la recurrente es condenada como autora de una falta de hurto prevista y tipificada en el art. 623.1 del Código Penal a la pena de ocho días de localización permanente en su domicilio y pago de las costas procesales del juicio de faltas. La base argumental del recurso de amparo que se solicita tiene como centro la infracción del principio acusatorio ya que se le impone una pena de mayor gravedad y de distinta naturaleza que la solicitada por el Ministerio Fiscal, quien había solicitado la pena de cuarenta y cinco días de multa con una cuota diaria de 6 euros. Inicialmente se le condena a una pena de doce días de localización permanente que la Audiencia Provincial redujo a ocho días. En cualquier caso téngase en cuenta que la pena que se impone (limitación del derecho a la libertad) es de distinta naturaleza a la pedida por acusación (multa). Otros argumentos relacionados con el anterior es la infracción del art. 24 en lo referente a la falta de motivación de la sentencia dado que *“no se razona la causa que motiva la imposición de la pena en límites superiores a los mínimos legalmente previstos”*. En relación a si es constitucionalmente admisible la imposición de una pena superior a la solicitada por la parte acusadora se trae a colación la jurisprudencia del TC en relación al principio acusatorio y el juicio de faltas¹⁰. En el caso que nos ocupa se le condena a la recurrente a una pena privativa de libertad (localización permanente) y en consecuencia de mayor gravedad que la pena de multa.

⁹ Sentencia de 25-07-2007, del Juzgado de Instrucción núm. 2 de Fuenlabrada, recaída en juicio de faltas, así como la de la Sentencia de 17-09-2007, de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Madrid, que revocó parcialmente la de instancia en cuanto a la extensión de la pena impuesta.

¹⁰ También se refiere la citada sentencia al Acuerdo de la sala del Penal del TS del 20 de diciembre de 2006 según la cual *«[E]l Tribunal sentenciador no puede imponer pena superior a las más graves de las pedidas en concreto por las acusaciones, cualquiera que sea el tipo de procedimiento por el que se sustancie la causa»*. Acuerdo que ha sido posteriormente desarrollado en numerosas Sentencias (SSTS 609/2007, de 10 de julio ; 1319/2007, de 12 de enero; 423/2008, de 27 de junio ; 928/2008, de 3 de diciembre).

La consecuencia de la inaplicación del principio acusatorio, señala la STC, implica varias circunstancias anexas que atentan frontalmente contra el derecho a la tutela judicial efectiva. En concreto:

a) Se trastocan el papel que cada una de las partes tienen en el juicio. Si el juez impone una pena mayor a la pedida procede a ocupar inexorablemente el papel del Fiscal. Ello conculca el principio de imparcialidad que debe presidir el papel del juzgador tanto en lo que respecta a la imparcialidad en sentido objetivo como subjetivo. Se deduce pues la interacción existente entre principio acusatorio e imparcialidad del juez.

b) El principio acusatorio está íntimamente relacionado con el derecho a la defensa. Así pues si el sujeto no ha sido informado de lo que se le acusa no contará con las armas necesarias para su defensa. La dialéctica acusación/defensa debe estar perfectamente delimitadas. Será el juez el que teniendo en cuenta la acusación adopte la resolución más acertada a derecho pero con el límite de no superar la pena solicitada por la acusación¹¹.

En virtud a la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva por infracción del principio acusatorio el Ministerio Fiscal informa favorablemente a la admisión del amparo *“al haberle impuesto como autora de una falta de hurto del art. 623.1 CP de la que fue acusada, y por la que fue condenada, una pena —ocho días de localización permanente en su domicilio— de mayor gravedad y distinta naturaleza a la interesada por el Ministerio Fiscal, única parte acusadora en el juicio de faltas, quien había solicitado la pena de cuarenta y cinco días de multa con una cuota diaria de 6 €.”*

La especial trascendencia constitucional para la admisión a trámite, tal como regula el art. 50.1.b), viene determinada por la necesidad, por parte del TC, de aclarar o perfilar su doctrina en relación al principio acusatorio por algunas dudas que han suscitado su aplicación, concretamente, en relación a su alcance.

Y es que se trata de avanzar aun más en la protección de los derechos de defensa del imputado en el proceso penal de forma tal que, por el principio de congruencia ínsito en el principio acusatorio, se sienta doctrina en el sentido de que no se podrá imponer pena que exceda por su gravedad, naturaleza o cuantía, de la pedida por las acusaciones, cualquiera que sea el tipo de procedimiento en el que se sustancia la causa. Y ello es así *«aunque la pena en cuestión no transgreda los márgenes de la legalmente prevista para el tipo penal que resulte de la calificación de los hechos formulada en la acusación y debatida en el proceso»*¹².

Dice la STC 155/2009 que *nuestra doctrina afirmaba que la vinculación del Juez a los hechos y a su calificación jurídica no impedía que pudieran imponerse penas superiores a las solicitadas por las acusaciones, siempre dentro de los límites de la*

¹¹ El Ministerio Fiscal concluye el análisis de este primer motivo de amparo entendiendo que ha resultado vulnerado el principio acusatorio, en conexión con el derecho a un juez imparcial y con el derecho de defensa, como integrantes del derecho a un proceso con todas las garantías, vid., la STC 155/2009, de 25 de junio

¹² Fundamento Jurídico sexto de la sentencia 155/2009

señalada por la Ley al tipo penal correspondiente, cuando la calificación como tal de los hechos, y los hechos mismos, hubieran sido objeto del correspondiente debate.

De esta forma, quedaría perfectamente bien delimitado el principio acusatorio como elemento clave para el ejercicio del derecho a la defensa del acusado. Es decir, si la contradicción se plantea entre las pretensiones punitivas realmente pedidas por la parte que ejerce la acusación, el juez queda compelido por la misma con independencia de que se pudiera hipotéticamente imponer una pena mayor en su gravedad, naturaleza o cuantía aplicando el tipo penal que se imputa.

Debemos felicitarnos de esta jurisprudencia que en buena medida va a repercutir favorablemente a la correcta interpretación de las garantías procesales del art 24 de la CE. Pero no debemos dejar a un lado la consecuencia que esta interpretación del principio acusatorio implica y que tiene importantes repercusiones en cuanto la propia naturaleza de la función jurisdiccional. La consecuencia a la que nos referimos es que la elección de la pena que haya de imponerse (en el caso de que la propia legislación permita algunas alternativas) o su ponderación dentro de los márgenes legales deja de tenerla el juez para atribuírsele a las partes acusadoras, y en concreto al Ministerio Fiscal lo que supone una limitación importante al *ius puniendi*. Y esta desafección no se encuentra en la Constitución ni tampoco en la ley sino que deriva de una interpretación de la misma favoreciendo al acusado. Compartimos la opinión del magistrado disidente en el sentido de que no debe atribuírsele a las garantías constitucionales del art. 24 tal apreciación¹³. En palabras textuales del magistrado disidente con la sentencia: *“en este sentido creo que debe destacarse que la Sentencia elude una cuestión, de mayor calado que la resuelta pero tal íntimamente unida a ella que no debió guardarse silencio sobre la misma. Me refiero al supuesto de que las partes acusadoras omitan solicitar una pena de preceptiva imposición o cuando la pedida no alcance la duración o cuantía fijadas por la Ley. Creo que debió dejarse sentado que en tales casos —como tiene acordado la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en Pleno de 27 de noviembre de 2007— lo procedente es que el Juez o Tribunal imponga, en todo caso, la pena mínima establecida para el delito objeto de condena”*¹⁴.

En virtud a lo anterior queremos poner el acento en la importancia y repercusión de esta sentencia, no ya en la tan traída y llevada doctrina sobre la trascendencia constitucional (a la que no nos vamos a referir en este artículo) sino, sobre todo, por el giro tan importante que se hace en cuanto a la interpretación del principio acusatorio y

¹³ Voto particular que formula el Magistrado D. Jorge Rodríguez Zapata Pérez a la Sentencia del Pleno que resuelve el recurso de amparo núm. 7329-2008

¹⁴ Voto particular D. Jorge Rodríguez –Zapata

las garantías constitucionales.

II.- APLICACIÓN DEL PRINCIPIO ACUSATORIO POR EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

El art. 6.3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante CEDH) establece que *“Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos:*

a) A ser informado en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y detalladamente, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él....”

Un asunto muy similar al de la STC 155/2009, de 25 de junio, se planteó ante el TEDH. Nos referimos al *Caso Juan Gabarri Moreno contra España*, Decisión de 17 diciembre 2002¹⁵ en la que se suscita la cuestión de si atenta el principio acusatorio la denegación por parte del Tribunal Supremo de la reducción de pena solicitada por el Ministerio Fiscal. Invocando el artículo 6.3 a) del Convenio, el demandante considera que el hecho de que el Tribunal Supremo no aceptara la posición del Ministerio Fiscal sobre la aplicación de la reducción de la pena conforme al artículo 66 del Código Penal vulneró el principio acusatorio. Sin embargo, el TEDH considera que el hecho de que el Tribunal Supremo no aceptara la posición del Ministerio Fiscal sobre la aplicación de la reducción de pena conforme al artículo 66 del Código Penal no vulnera este principio, ya que dicho Tribunal es soberano para admitir o no las alegaciones del Ministerio Fiscal.

Además, en el contexto del Convenio, las palabras «acusado» y «acusación penal» corresponden a una noción autónoma y deben ser interpretados por referencia a una situación material y no formal¹⁶ tal como se señala en el caso *Vázquez Barreño contra España*, Decisión de 20 septiembre 2001¹⁷.

En el caso *Caso Salvador Torres contra España*, la Sentencia de 24 octubre de 1996¹⁸, plantea la aplicación por el TS de la agravante, como nueva circunstancia modificativa, que ya era inherente, como elemento del tipo, a la calificación delictiva que las partes acusadoras propiciaron. En este sentido dice el TEDH que *«como toda jurisdicción, el Tribunal Supremo está facultado para apartarse de la calificación jurídica dada por la acusación, a condición, sin embargo, de que:*

- a) La intención delictiva juzgada sea esencialmente idéntica a la constatada en delitos homogéneos (por ejemplo, homicidio y parricidio)*
- b) Los hechos tenidos en cuenta sean los mismos.*
- c) La nueva calificación conduzca a infligir una pena menor que la reclamada por la*

¹⁵ Demanda 68066/2001

¹⁶ A este respecto, el Tribunal ha considerado que constituyen una acusación no solamente la notificación oficial de que se le reprocha haber cometido una infracción, sino toda medida que suponga repercusiones importantes para la situación del sospechoso (sentencia *Eckle contra Alemania* de 15 julio 1982)

¹⁷ Demanda 53610/1999

¹⁸ Demanda 21525/1993

acusación».

Así pues, no hay inconveniente en utilizar la agravante como nueva circunstancia modificativa, que ya era inherente como elemento del tipo, a la calificación delictiva que las partes acusadoras propiciaron¹⁹.

También sobre el principio acusatorio destacamos la sentencia TEDH de 5 de marzo de 2013, caso *Caso Varela Geis contra España*²⁰. El asunto tiene su origen en una demanda dirigida contra España, donde un español, Pedro Varela Geis («el demandante»), se presenta ante el Tribunal alegando, entre otras infracción del art. 6.3a) del Convenio Europeo de Derechos Humanos en los referente al llamado principio acusatorio.

El demandante, un librero de Barcelona es acusado por difundir en su establecimiento, una librería especializada en obras sobre el Holocausto, ideas o doctrinas tendentes a justificar los actos de genocidio. El Ministerio Fiscal presentó un escrito provisional de acusación solicitando la condena del demandante por delito continuado de «genocidio», acusándole de la negación de la existencia del Holocausto, al amparo del artículo 607.2 del Código Penal, y por delito continuado de «*provocación a la discriminación por motivos raciales*» previsto en el artículo 510.1 del Código Penal. Como acusación particular intervinieron la Comunidad israelita de Barcelona, así como ATID-SOS Racisme Catalunya en un sentido similar al formulado por el Ministerio Fiscal.

Por Sentencia de 16 de noviembre de 1998 del Juzgado núm. 3 de lo Penal de Barcelona, el demandante fue condenado a una pena de dos años de prisión por delito continuado de «genocidio» al amparo del artículo 607.2 del Código Penal, así como a tres años de prisión y una multa por delito continuado de provocación a la discriminación, al odio y a la violencia contra grupos o asociaciones por motivos racistas o antisemitas, en virtud del artículo 510.1 del mismo Código²¹.

El demandante apeló ante la Audiencia Provincial de Barcelona. Éste insistía igualmente en su condición de simple librero y no editor ni distribuidor. En esta instancia, el Ministerio Fiscal retiró la acusación de negación de genocidio y solicitó la absolución del demandante del delito previsto en el artículo 607 del Código Penal. Solicitó la condena del demandante únicamente por el delito de incitación a la

¹⁹ Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sentencia de 13 junio 1984

²⁰ Demanda 61005/2009

²¹ El juez consideró que la mayoría del material vendido en la librería propiedad del demandante tenía relación con el Holocausto judío, la Alemania nazi y el Tercer Reich, que exaltaba el régimen nacional socialista y negaba la persecución del pueblo judío, y que la librería buscaba convencer a sus clientes que el Holocausto «era una gran mentira».

discriminación, al odio y a la violencia racial, según el artículo 510.1 del Código Penal. En la audiencia, sin embargo, las acusaciones particulares solicitaron la confirmación de la sentencia dictada por el juez *a quo*. Es interesante poner aquí de relieve que la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Barcelona promueve cuestión de inconstitucionalidad respecto del párrafo segundo del artículo 607 del Código Penal²². Entiende el órgano judicial proponente que el párrafo cuestionado podría resultar contrario al derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción (art. 20.1 a) CE). Es la STC 235/2007, de 7 de noviembre la que resuelve una cuestión de inconstitucionalidad sobre el inciso “nieguen o” del art. art. 607– 2. CP. El TC decide estimar parcialmente la presente cuestión de inconstitucionalidad, y en consecuencia declara inconstitucional y nula la inclusión de la expresión «nieguen o» en el primer inciso art. 607.2 del citado texto legal.

Por sentencia de 5 de marzo de 2008, la Audiencia Provincial revocó parcialmente la sentencia impugnada, absolvió al demandante del delito previsto en el artículo 510 del Código Penal y le condenó a siete meses de prisión por un delito de justificación de genocidio, según el artículo 607.2 del Código Penal.

Una vez agotada la vía nacional mediante el recurso de amparo que fue desestimado por falta de trascendencia constitucional, se recurre al TEDH. Son varios los artículos cuya infracción se entienden afectado, no obstante nos vamos a centrar en el derecho a ser informado de la acusación o principio acusatorio en la interpretación realizada por este Tribunal. Queda claro para el TEDH que el artículo 6.3 a) del Convenio reconoce al acusado el derecho a ser informado pero no sólo de la causa de la acusación; esto es, de los hechos que se imputan, sino también la calificación jurídica dada a estos hechos. Y, además, que esta información sea lo suficientemente detallada para que el demandado pueda utilizar todos los medios oportunos para su defensa. En este sentido el Tribunal considera que *en materia penal es una condición esencial para la equidad de los procedimientos, una información precisa y completa de los cargos contra un acusado, y por lo tanto la calificación jurídica que el tribunal podría llevar a su cargo.*

Analizando los hechos que dan lugar a la demanda, el Tribunal constata que no se deduce del sumario que la Audiencia provincial o el representante del Ministerio Fiscal, en el transcurso de los debates, hubieran mencionado la posibilidad de una recalificación o incluso simplemente, aceptar el argumento de las acusaciones particulares. Considerando esos factores, este Tribunal considera que no está establecido que el demandante tuviera conocimiento de la posibilidad de una recalificación de los hechos de «negación» en «justificación» del genocidio por parte de la Audiencia Provincial.

²² cuya dicción literal es “ *La difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen los delitos tipificados en el apartado anterior de este artículo, o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de los mismos, se castigará con la pena de prisión de uno a dos años.*»

Teniendo en cuenta todos estos elementos, el Tribunal concluye que hubo una violación del apartado 3 a) y b) del artículo 6 del Convenio, en relación con el apartado 1 del mismo artículo.

En otra sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el *caso Almenara Álvarez contra España* de 25 octubre 2011²³, el Tribunal condena a España por incumplimiento del art. 6.3 a) del Convenio. En el caso en que la Sentencia absolutoria en primera instancia es sustituida en apelación por Sentencia condenatoria con una modificación de hechos probados tras una nueva valoración de las pruebas practicadas en instancia sin audiencia pública y sin posibilidad de defensa de la recurrente. El Tribunal en términos similares a otras resoluciones²⁴, resuelve en el sentido de indicar que una vista es imprescindible cuando la jurisdicción de apelación, «*efectúa una nueva valoración de los hechos estimados probados en primera instancia y los reconsidera*», situándose así más allá de las consideraciones estrictamente de Derecho. En el asunto que tratamos, la Audiencia anuló la sentencia dictada, después de modificar en parte los hechos declarados probados por el Juzgado de lo Penal, consideró, sin oír a las partes. De esta forma, la condena de la demandante en apelación por la Audiencia Provincial *tras una cambio en la valoración de elementos decisivos para la declaración de culpabilidad, sin que la demandante tuviera ocasión de ser oída personalmente y de discutir las mediante un examen contradictorio durante la vista pública, no es conforme con las exigencias de un proceso justo garantizado por el artículo 6.1 del Convenio.*

III. A MODO DE CONCLUSIÓN

Una vez analizada la interpretación del principio acusatorio como garantía constitucional hemos de concluir señalando dos aspectos que ya hemos tenido ocasión de apuntar en el texto. Por un lado, nos parece muy óptimo el que el TC haya hecho una interpretación del principio acusatorio en supuestos en los que no quedaba muy claro con la doctrina anterior si se atentaba o no. Deja claro que el juez se ve compelido de forma inexorable por la acusación formulada por las partes, de forma tal que en ningún caso podrá imponer una pena superior a la solicitada por éstas. Aun cuando forme parte de la graduación de la pena del tipo penal que se esté aplicando.

²³ Demanda 16096/2008

²⁴ Sentencias *Bazo González contra España* (núm. 30643/2004, 16 diciembre 2008) *Igual Coll contra España* (núm. 37496/2004, 10 marzo 2009), *Marcos Barrios contra España* (núm. 17122/2007, 21 septiembre 2010) y *García Hernández contra España* (núm. 15256/2007, 16 noviembre 2010).

Obviamente con esta doctrina se aporta seguridad jurídica para los aplicadores del derecho. No obstante, no nos convence el que forme parte de la garantía constitucional del principio acusatorio el que el juez no se pueda apartar de la acusación formulada. Creemos que quizás es demasiado simplista la solución aportada pues no resuelve todo el espectro de situaciones que sean susceptibles de producirse, tal como aporta el magistrado en su voto particular. Además, el juez en el proceso penal está investido de *ius puniendi* estatal que no puede verse desposeído por el especial papel que juega en el proceso penal.

Creemos que argumentar esta forma de entender el principio acusatorio porque, de otra manera, el acusado no podría defenderse, no es del todo cierto pues el acusado conoce, desde la imputación, indiciariamente cuáles son los hechos por los que se le acusa. Estando obligado el juez instructor a trasladárselo así, y desde su imputación, cuando la acusación se dirige formalmente contra aquél con el auto de procesamiento y/o de apertura de juicio oral, según que estemos ante el procedimiento ordinario o procedimiento abreviado. Finalmente también conoce la calificación jurídica de los hechos a través de los escritos de calificación provisional de las partes, y de la calificación definitiva antes del informe oral de su Abogado defensor en el acto del juicio. De esta forma, corresponde al juzgador la facultad de imponer la pena que crea oportuna dentro del tipo penal en cuestión.

Podemos observar que la interpretación que del principio acusatorio hace el TEDH se acerca a la jurisprudencia anterior a la STC 155/2009. Esto es, se pone el acento en que haya habido debate contradictorio en relación a los hechos que se imputan y a su calificación jurídica. Éstos deben ser los límites infranqueables. No la acusación del Ministerio Fiscal ni de la acusación particular.

En definitiva creemos que con esta interpretación lo que se está haciendo es limitar el papel del juzgador en el proceso penal.