

“Principio de Congruencia y Ne bis in ídem. La Casación ante un dilema”

Ernesto Ferreira

Trabajo final de la Cátedra Derecho Procesal Penal
a cargo de la Prof. Susana Marchiano

Introducción

El presente trabajo se compone de dos partes vinculadas entre sí, pero diferenciables en cuanto a su objeto.

En la primera de ellas abordaré el tratamiento del denominado “principio de congruencia” como derivación del derecho de defensa en juicio y la garantía del debido proceso consagrados en el art. 18 de la C.N. Haré referencia, también, a los requisitos que, en ese marco y en relación con la descripción de la hipótesis fáctica penalmente relevante, debe reunir la acusación fiscal –para que pueda considerarse válidamente formulada- y la íntima vinculación que tales problemáticas guardan con la garantía del “ne bis in ídem”.

En cuenta de los conceptos expuestos en el primer segmento, efectuaré un análisis de las hipótesis previstas en el Código Procesal Penal vigente en la Pcia. de Bs. As. que permiten ampliar los hechos que sustentan la acusación fiscal, centrando la atención en las posibles interpretaciones de los arts. 359 y 374 del rito. El objetivo de tales reflexiones finca en establecer si esos preceptos restringen indebidamente (o no) las garantías de la defensa en juicio, el debido proceso y la relevancia que, en ese contexto, asume la garantía del “ne bis in ídem” y –asimismo- en precisar la latitud que deberían asumir los pronunciamientos de la casación bonaerense ante supuestos en que los órganos jurisdiccionales de mérito transgredan el principio de congruencia.

La segunda parte pretende, en cuenta de los conceptos desarrollados en la primera, analizar diversos pronunciamientos emanados de la C.S.J.N., del Tribunal de Casación de la Pcia. de Bs. As. y de otros Tribunales Superiores de provincia que se refieren a estas problemáticas.

PRIMERA PARTE

I. Los requisitos de la acusación.

El art. 18 de la C.N. establece que “Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos”. Los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, con jerarquía constitucional en virtud del art. 75 inc. 22 consagran el derecho de toda persona a ser oída públicamente con las debidas garantías ante un tribunal competente, independiente e

imparcial (art. 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos y art. 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). El bloque de constitucionalidad federal resultante de la reforma constitucional de 1994 establece, en síntesis, un modelo normativo que exige –como antecedente de la imposición de una pena válida- un juicio oral, público, contradictorio y continuo que respete las instancias de acusación, defensa, prueba y sentencia.

En este sentido, la división de las funciones de perseguir e investigar –por un lado- y la de juzgar –por el otro- es la más relevante de todas las que caracterizan el desdoblamiento que de tales roles efectúa el Estado al pretender configurar el proceso penal como una relación triangular entre tres sujetos; dos de ellos con funciones de postulación: acusador y defensor y el tercero ubicado por encima de ellos, el Juez o Tribunal que asume la función jurisdiccional.

Para que, en ese esquema, el derecho de defensa en juicio en sede penal tenga –materialmente- algún significado concreto, es imprescindible que se despliegue en relación a una imputación. Tal imputación consiste, en un derecho penal de acto emergente de los arts. 18 y 19 de la C.N., en la atribución de un hacer o un omitir con significado relevante a la luz de la ley penal, por adecuarse –juicios de tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad y punibilidad mediante- a una figura de las previstas en el catálogo de ilicitudes penales previstas en el código de fondo y leyes complementarias.

Sostiene Julio Maier que “...La imputación correctamente formulada es la llave que abre la puerta de la posibilidad de defenderse eficientemente, pues permite negar todos o alguno de sus elementos para evitar o aminorar la consecuencia jurídico penal a la que, se pretende, conduce, o de otra manera, agregar los elementos que, combinados con los que se afirman, guíen también a evitar la consecuencia o a reducirla...”¹

Desde este ángulo, entonces, el derecho de defensa consiste en la posibilidad que tiene el imputado para resistir la acusación, para lo cual deberá hacérsele conocer el episodio que se le atribuye y, a partir de esa sapiencia, darle la posibilidad de contar su propia versión de los hechos y que ésta sea tenida en cuenta. Asimismo, el derecho de defensa comprende también la oportunidad de proponer medidas de prueba, controlar la prueba de la parte contraria, gozar de una adecuada defensa técnica y que la decisión final verse sobre los hechos probados en el juicio.

En este sentido, vale recordar que según el art. 312 del C.P.P. de Bs. As., el hecho por el que se cita a declarar a una persona en calidad de imputado debe serle informado detalladamente junto con las pruebas que obran en su contra, bajo sanción de nulidad. Asimismo, bajo igual sanción nulificante, el art. 335 establece como uno de los requisitos de

¹ Maier, Julio B. J. “Derecho Procesal Penal”. Ed. Hammurabi. Tomo I-B, 1989 pág. 317.

la pretensión fiscal de llevar a una persona a juicio, "... una relación clara, precisa, circunstanciada y específica del hecho..."

Ya en la etapa del juicio, la audiencia preliminar del art. 338 –en lo que aquí interesa es la oportunidad procesal en que las partes ofrecen las pruebas de que pretendan valerse en el debate, de lo que se sigue que esta actividad orbita en derredor de la hipótesis fáctica previamente intimada y que motivó la requisitoria fiscal de elevación a juicio.

Respecto al debate propiamente dicho, el art. 354 establece que las partes expresarán cuál será la tesis que, a partir de la prueba a producirse, pretenden acreditar.

El juego armónico de las normas rituales antes mencionadas consagra uno de los aspectos más relevantes del sistema acusatorio como un "proceso de partes", al establecer claramente que es el Acusador (con el control de la Defensa en las diversas etapas procesales) quien circunscribe la plataforma fáctica del pragma conflictivo con relevancia penal (reformulado en términos procesales) y lo presenta a un tercero imparcial (el órgano jurisdiccional) para que –de verificarse la certeza de la imputación- a través de la condena o, en su defecto, dictándose un pronunciamiento absolutorio –de no alcanzarse tal certeza-, ese conflicto sea normalizado y resignificado.

Esto evidencia la relevancia que adquiere la adecuada descripción de tal pragma conflictivo, puesto que los defectos de los que adolezca lesionan el derecho –constitucionalmente garantizado- a una defensa eficiente. Tales déficits –de comprobarse- invalidan el debate y la sentencia que en su consecuencia se dicte, desde que esos actos procesales se asientan en uno viciado.

Binder afirma que "El derecho de defensa cumple, dentro del proceso penal, un papel particular: por una parte, actúa en forma conjunta con las demás garantías; por la otra, es la garantía que torna operativas a todas las demás... la inviolabilidad del derecho de defensa es la garantía fundamental con la que cuenta el ciudadano porque es la única que permite que las demás garantías tengan vigencia dentro del proceso penal"².

Maier por su parte, señala que "... Si una acusación viciada provoca un debate, ella torna ineficaz todo el debate y la sentencia emanada de él: el vicio ofrece un motivo absoluto de casación³, en los códigos modernos, porque no depende de la protesta previa y puede ser advertido de oficio para tornar ineficaz la sentencia por el mismo tribunal de juicio, en el momento de dictarla, y por el tribunal de casación al decidir (aunque el recurso verse sobre otro motivo) siempre que la nulidad del debate y la decisión favorezcan al imputado, a cuyo favor se establece la garantía..."⁴

² Binder, Alberto M. "Introducción al Derecho Procesal Penal" Ad-Hoc, Bs. As. 2002. pág. 155.

³ Arts. 202 inc. 1º, 203, segundo párrafo, 435, 448 inc. 1º, 449 inc. 3º y ccdtes. del Código Procesal Penal de la Pcia. de Bs. As. según ley 11.922.

⁴ Maier, op. cit. pág. 324.

Esta condición de validez de la acusación no se abastece si sólo se advierte sobre la ley penal supuestamente infringida, o se da a conocer únicamente el “nomen juris” del hecho punible atribuido, o se recurre a conceptos o abstracciones que no describen detalladamente la acción u omisión endilgada ni –mucho menos- si se omiten circunstancias o elementos que caracterizan jurídicamente a la imputación. Una imputación delineada con tales déficits incurre en lo que se conoce como “vacío fáctico” desde que no abarcaría –total o parcialmente- la concreta conducta (entendida como comprensiva de acciones u omisiones penalmente relevantes) que se considera merecedora de una pena, al encuadrar en una figura penal.

En ese marco, entonces, y desde el punto de vista del juzgador, la hipótesis fáctica -atribuida al imputado- que sustenta la acusación, limita la jurisdicción del tribunal, puesto que la reglamentación rigurosa del derecho a ser oído no tendría sentido si no se previera –también- que el pronunciamiento jurisdiccional se limite a expedirse sobre el hecho y las circunstancias que contiene la acusación, acerca de los cuales el imputado ha tenido oportunidad de defenderse.

II. El principio de congruencia o correlación entre la imputación y el fallo.

Esta regla fija el alcance de la decisión de los tribunales, tutelando –materialmente- la inviolabilidad de la defensa, puesto que conmina con la invalidez todo aquel decisorio que incorpore –sorpresivamente- un dato penalmente relevante, sobre el cual el imputado y su defensor no contaron con la oportunidad de cuestionarlo y enfrentarlo probatoriamente.

Acerca de dicho principio, la Casación Penal Nacional tiene dicho que implica correlación entre el hecho comprendido en la declaración indagatoria, el que fue objeto de acusación y el considerado en la sentencia penal (Sala 1ra., Sent. del 26/3/98 en L.L. t. 1998-D, p. 349). O sea que permanece fuera de su ámbito cualquier vinculación del juez con la calificación propuesta por el acusador (ídem Sala 2da., L.L. t. 1995-C, p. 255), como también por cambio de la calificación jurídica (ídem Sala I, sent. del 3/3/99 en L.L. t. 1999-C, p. 544).

A conclusiones similares arriba la jurisprudencia de la Casación Bonaerense. La Sala I de dicho Tribunal ha señalado que el principio de congruencia requiere identidad entre el hecho intimado en los sucesivos actos procesales por los que transcurre la imputación y el narrado en el veredicto y sentencia (Sent. del 5/4/2000 en causa 706, “Igia”). En el mismo orden de ideas, la Sala III ha acotado que el deber de los magistrados, cualesquiera fueren las peticiones de la acusación y la defensa o las calificaciones que ellas mismas hayan formulado con carácter provisional, consiste en precisar las figuras delictivas que juzgan con plena libertad y exclusiva subordinación a la ley, deber que encuentra su límite en el ajuste del pronunciamiento a los hechos que constituyeron la materia del juicio, porque sólo la

correlación necesaria entre el hecho comprendido en la declaración indagatoria, el que fue objeto de acusación y el considerado en la sentencia final, es la que debe ser respetada en todo caso (Sala III, Sent. del 30/11/2000 en causa 3696, “Álvarez”).

Por su parte, la Sala II del mismo Tribunal ha señalado que la lesión al principio de congruencia constituye una causal de nulidad absoluta, que debe ser declarada de oficio, en cualquier estado y grado del proceso, ya que se vincula con la intervención del imputado en el proceso, a la vez que implica una violación de la garantía constitucional que consagra la inviolabilidad de la defensa (arts. 201 “in fine”, 202 inc. 3º, 203 segundo párrafo, 374 penúltimo párrafo, y ccdtes. del C.P.P.). (causa 2828 “Breden”).

Asimismo, la misma Sala, en causa 10.019 al resolver un recurso de casación interpuesto por el Ministerio Público Fiscal y rechazar el agravio fiscal sustentado en la invocada transgresión de los arts. 166 inc. 2do. del C.P., 17 y 18 de la C.N. en que se habría incurrido al rechazar el planteo relativo a la utilización impropia de un elemento con apariencia de arma de fuego, señaló que “Lo que interesa a la congruencia no tiene que ver con la calificación legal sino con el respeto a la identidad entre la materialidad ilícita por la que el imputado es llevado a juicio y la finalmente enrostrada en el fallo, a fin de garantizar la contradicción para el correcto ejercicio del derecho de defensa.”

“Así las cosas, aún cuando el imputado y su defensor técnico pudieron apreciar y controlar las pruebas producidas en el debate de las cuales surgió la nueva circunstancia agravante, no puede con ello admitirse que se abastezca el ejercicio del derecho de defensa, puesto que éste no sólo se sustenta en la posibilidad de controlar la producción de la prueba de cargo, sino fundamentalmente, con la de contradecir la imputación mediante el ofrecimiento de pruebas de descargo.”

Para concluir la exploración jurisprudencial en torno a los perfiles que caracterizan al principio de congruencia, el meduloso análisis que sobre el punto se efectuara en el precedente jurisdiccional del Tribunal de Casación al que aludiré seguidamente, justifica –en mi criterio- la extensa cita de los segmentos pertinentes de una de las opiniones vertidas en esa oportunidad.

Al emitir su sufragio en el Acuerdo Plenario 6467 caratulado: “Fiscal ante el Tribunal de Casación solicita Acuerdo Plenario” (12/12/02) el Señor Juez Dr. Mancini sostuvo que:

“No importa tanto que la Casación Penal Nacional haya sostenido, sin que pueda atribuírsele desacierto, que el principio en trato implica correlación entre el hecho comprendido en la declaración indagatoria, el que fue objeto de acusación y el considerado en la sentencia penal; ni que la Casación de esta Provincia, por su Sala 1ª -mejorando el modo de expresarlo- haya dicho que el mentado principio requiere identidad entre el hecho intimado en los sucesivos actos procesales por los que transcurre la imputación y el narrado en el veredicto y sentencia”.

“Importa señalar, antes que ello, que, visto desde la posición del justiciable imputado, el principio de congruencia —garantía derivada del derecho de defensa para cuya protección rige— opera como un intento de impedir, bajo apercibimiento general de invalidez, que la amenaza de condena o la condena puedan ser, abarcativas de un suceso diverso por extensión, a aquel que constituyó la imputación que fue el presupuesto (nunca más apropiado que aquí la utilización de este vocablo) de la puesta en marcha de la persecución estatal con pretensión punitiva, todo lo cual no es sino una mera descripción funcional del mecanismo que evidencia una arista más del esencial derecho de defensa mencionado al que se pretende asegurar resguardando su potencial ejercicio, oportuno y permanente, respecto de la integridad (totalidad) del acontecimiento histórico que, configurando, entitativamente la atribución, debe entonces ser afirmado con un contenido fáctico delimitado e inmutable, entendiendo tal inmutabilidad como la condición de permanecer inalterado en su “mismidad” a lo largo de las sucesivas muestras que se le van formulando a las partes (en sentido amplio) con roles enfrentados en el proceso.”

“De esta inteligencia esencial y funcional del tema, de la que en realidad, provienen las regulaciones procesales que encarrilan el concepto del principio comentado, podrán ser escudriñados los alcances de las normas que directamente lo rigen, o de aquellas de las que indirectamente se pretenden asociar con mayor o menor adecuación.”

“Campea, en este análisis, la idea de la sorpresa con la que no puede afectarse al ejercicio de la defensa.”

“Pero, esta sorpresa que, en el terreno de los hechos, podría aparecer como el producto de un proceder engañoso o traidor, axiológicamente impensable como constitutivo de un obrar estatal de derecho, debe, claro está, ser anatematizada y considerada causa de la invalidez con la que cabrá fulminar el acto jurídico que la entraña o la implica.”

“Y ello es así puesto que, en el ámbito de los hechos, el proceso es herramienta de averiguación histórica; y de los protagonistas del proceso, hombres al fin, no podrá darse por sentada una capacidad adivinatoria que por naturaleza no poseen.”

“Pero, en cambio, en el campo de las decisiones que recaen sobre lo jurídico (refiero verbigracia al encuadre legal o al monto de la pena), no funcionan idénticamente los mecanismos que la teoría del conocimiento (en cualquiera de sus concepciones) expone para la captación humana de las realidades. Hay en este campo verdades formales, consensos preestablecidos que en lo que nos atañe, tienen —ni más ni menos— jerarquía de ley.”

“Existen en esta área determinaciones ya fijadas por leyes previas y conocidas que angostan mucho el margen de posibilidades de aparición de la sorpresa. Entonces, aquello que dentro de ese estrecho espacio fuere motejado de sorpresivo, aunque acaso materialmente pudiese serlo en alguna medida, igualmente no estará, en lo formal, vedado

de validez bajo la protección de una idea inadecuadamente extendida de la congruencia exigible.”

“Y, vaya paradoja, mientras que por una lado, a partir de los sucesos históricos materiales, objeto de nuestro esfuerzo cognoscitivo de raciocinio, logramos en definitiva una reconstrucción de conductas y resultados concretos, en cuyo proceso de fijación aparecen más concebibles la discusión y la incertidumbre, por otro lado, en cambio, en principio, no mensuramos como discutibles a las aceptadas categorizaciones “apriorísticas” que las normas dejan formalmente establecidas a modo de consenso, en general indisputable (nótese que, salvo excepcionalmente, nadie cuestiona en el proceso las escalas fijadas por la ley en abstracto, ni tampoco la puntualización de que una conducta legalmente descrita como tal, es delito). Alguien podría apuntar que esta curiosidad, más que paradójica, configura una simple demostración de la obviedad con que se presenta la nota de arbitrariedad (en el sentido de consensuadas) que tienen algunas disposiciones jurídicas en las que la verdad intrínseca de su mandato no viene de la naturaleza, ni del experimento, sino del ficto pacto de mediato grado que emerge de tener por consensuada la vida institucional y, en orden a ella, las derivaciones que le son propias.”

“Esta pequeña digresión es útil para mostrar la gran diferencia que en naturaleza tienen los dos tipos de sorpresa con los que la tarea defensiva puede llegar a enfrentarse.”

“Por un lado, el corrimiento del objeto procesal desde el punto de vista fáctico frente al cual constituiría un gravísimo despropósito exigir a la defensa la previsión, casi adivinatoria, como ya dije, de las infinitas variables con las que, sin aviso, podría encontrarse, irremediablemente sorprendida quedando así sometida a posibles caprichos de los representantes del estado que llevan o deciden sobre la acción (concepto procesal) penal.”

“Por otro lado, muy distinto, sin corrimiento del objeto fáctico procesal, las decisiones jurídicas que el ritual exige tomar y que no tienen la amplitud propia de los hechos, sino el acotado margen que le fijan las leyes, previas, conocidas, o cuando menos, cuyo conocimiento si es exigible, -diría- hasta legalmente exigible, sin que haga demasiada falta recordar la antipática norma del art. 20 del Cód. Civil.”

“...En el inconmensurable campo de los hechos, está en crisis (o sea, a espera de resolución) solamente aquello que es conocido y sobre lo cual, por ende, quedó garantizada la posibilidad de discusión. En este terreno, las alternativas histórico-fácticas son infinitas y entonces, aquellas que no se hicieron conocer, no pudieron ser formalmente objeto de disputa.”

“En el campo del derecho, si mal no se mira, también está en crisis (o sea, a espera de pronunciamiento) aquello que es conocido. Sólo que en este otro terreno, las alternativas (en este caso jurídicas) no son infinitas, sino que están legalmente preestablecidas y su

conocimiento es exigible a todos, puesto que el anoticiamiento universal de la ley (en esta ocasión la penal) está supuesto en el orden jurídico como presunción de derecho, con lo cual, dichas alternativas jurídicas —materialmente cognoscibles y formalmente conocidas desde siempre-pudieron ser, en lo formal, objeto de disputa.”

“Como puede verse, la modalidad operativa del principio no varía. No hay sorpresa, no hay deterioro de la posibilidad del ejercicio del derecho de defensa.”

Por su parte, Vélez Mariconde señala, en el mismo sentido, que: “...No cabe confundir, pues, el aspecto fáctico con el jurídico-penal, es decir, la situación de hecho que el actor penal pone en tela de juicio cuando se la atribuye al acusado, incluso, en la ampliación oral, con la valoración de derecho sustantivo de esa situación.”

“Una cosa es afirmar la existencia de un hecho, de una conducta humana, de un acontecimiento histórico determinado que se presupone que tuvo realidad, y otra distinta es evaluarlo, calificarlo, ponerlo en relación lógica con la ley penal, verificar si la situación fáctica admitida encuadra en una hipótesis abstracta de esa ley, para darle un nomen iuris, o lo que es igual, para reconocer los elementos constitutivos de un tipo o figura penal. Aunque la acusación... debe contener tanto la enunciación del hecho imputado como la pretendida calificación legal, para individualizar la imputación y facilitar la defensa (lo que no puede negarse), basta que la correlación aludida verse sobre el hecho, de modo que el Tribunal de sentencia tiene libertad para "elegir la norma" que considera aplicable al caso. Si ese Tribunal estuviera vinculado a la calificación legal que propugna el actor, si debiera limitarse a aceptar o rechazar en la sentencia la pretensión represiva tal como fue formulada por el acusador, la función jurisdiccional sufriría un menoscabo que en realidad no impone el derecho de defensa. Como bien se ha dicho, el Tribunal no juzga sobre la corrección del juicio jurídico-penal del acusador, sino sobre el hecho que él mismo atribuye al imputado”⁵.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, por su parte, ha sostenido en el caso “Rocchia” (310:2094 S) que es deber de los magistrados restringir el pronunciamiento a los hechos que constituyen materia del juicio y en “Weissbrod” (Fallos 312:597) que la condena dictada contra el imputado por presuntas lesiones, a pesar de que por ese hecho no había sido acusado importa una clara afectación a la garantía de la defensa en juicio, reiterando esos principios en el caso “Martínez” (publicado en L.L. 1998-C-80) en un supuesto en que se condenó al encartado por el almacenamiento de copias ilícitas de videos, cuando sólo había sido intimado y acusado por la falsificación de dicho material. Asimismo, el Alto Tribunal en “Panzer” (Fallos 302:328) admitió la facultad de los jueces de modificar la calificación hecha por el Fiscal al acusar, aún cuando ello implique aumento del monto de pena solicitada, de lo que puede deducirse que —en consonancia con lo que he señalado- la

⁵ Vélez Mariconde, Alfredo: “Derecho Procesal Penal”, Córdoba, Marcos Lerner Editora Córdoba S. R. L., tomo II, la reimpresión, 3a. edición, 1982, pág. 236.

Corte restringe el ámbito de aplicación del principio a los “hechos” (en sentido amplio) y no a la aplicación del derecho.

La C.S.J.N., parece requerir según lo señala Maier, como condición para casar el fallo, no sólo la indicación puntual del elemento sorpresivo que se incluye en él, sino, también, las defensas concretas que se hubieran opuesto de no mediar la sorpresa y los medios de prueba omitidos por esta circunstancia.

Entiendo que resultan excesivas tales exigencias. Condicionar la procedencia de un agravio constitucional fundado en la violación del derecho de defensa en juicio a tales formalidades resulta inapropiado, desde que comprobada la inclusión sorpresiva de un hecho que fundamente un elemento normativo o una circunstancia material (física o psíquica) relevante a los efectos del juicio penal por parte del órgano jurisdiccional que dictó el pronunciamiento, no puede dudarse en que la garantía en juego ha sido lesionada. Concretamente, exigir la demostración de que, de haberse intimado correctamente los hechos, hubieran podido producirse descargos o diligencias probatorias, es excesivo y restringe indebidamente la garantía, puesto que –reconocida la inclusión sorpresiva de una circunstancia penalmente relevante- nadie puede saber en qué consistirían tales defensas, ni –tampoco- predecir con un cierto grado de razonabilidad, cuál debió haber sido la reacción del imputado y de su defensa técnica si la intimación hubiera sido completa.

En este punto, es menester señalar que –tal como surge de los precedentes jurisprudenciales y de la doctrina reseñada- se ha sostenido reiteradamente que la regla no se extiende a la subsunción de los hechos bajo conceptos jurídicos, por aplicación del principio “*iuria novit curia*”. Lo relevante –entonces- es el acontecimiento histórico imputado, como episodio ya ocurrido (acción u omisión) cuyo protagonismo se atribuye a una persona, del cual la sentencia no puede apartarse, puesto que –en esencia- la misión del tribunal es expedirse en relación a esa plataforma fáctica que se lleva a su consideración.

Giovanni Leone considera que “...el concepto de hecho, a los fines del principio de inmutabilidad de la imputación, se funda en los elementos siguientes: acción u omisión, evento, relación de causalidad, elemento psicológico y circunstancias agravantes. En consecuencia, la modificación de uno de estos elementos importa modificación de la imputación y, por tanto, violación del principio de inmutabilidad de la acusación...”⁶

Maier, por su parte, analiza las posibles repercusiones del principio de congruencia en el ámbito de la aplicación del derecho, señalando que “...El cambio brusco del punto de vista jurídico bajo el cual se examina un hecho, como por ejemplo, el que se produce de una contravención a un delito grave, o de un delito contra el patrimonio a un delito contra la

⁶ Leone, Giovanni “Tratado de Derecho Procesal Penal”. Tomo II. Desenvolvimiento del Proceso Penal. El proceso de primera instancia. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Ediciones EJE. Bs. As. 1963. pág. 394

administración pública, puede, en ocasiones, provocar indefensión, por lo inimaginable de la situación que se produce desde el ángulo de observación de la defensa técnica...”⁷

Sin desconocer las implicancias de las advertencias que el autor efectúa sobre el punto, el objeto de este trabajo se circunscribe a un análisis del principio de congruencia que parte de un concepto de “objeto del proceso” limitado al acontecimiento histórico (hechos penalmente relevantes atribuidos al imputado) que en él se trate. Entiendo, además, que la invocación –en un caso concreto- de la lesión al derecho de defensa en juicio en virtud de la sorpresa derivada de un brusco cambio de calificación legal se abasteca con la explicación del agravio constitucional implicado (art. 18 de la C.N.), en el cual el “principio de congruencia”, no tiene especial relevancia. Por lo demás, me aventuro a señalar que la procedencia de un agravio con tal fundamento será excepcional, puesto que resultará muy dificultoso argumentar con éxito que se ha producido tal sorpresa, puesto que –si el *factum* no es indebidamente ampliado- siempre podrá responderse que el juicio de tipicidad efectuada era “previsible”, puesto que el Juzgador bien podría argumentar que el suceso atribuido incluía los contornos fácticos subsumibles en la figura penal que se pretende aplicar. En estos supuestos, emerge la problemática derivada de descripciones de hechos penalmente relevantes en la acusación que no merecieron un correcto encuadre legal por parte del Fiscal⁸, pero que podrían recibir la correspondiente subsunción por parte del Juzgador, “*iuria novit curia*” mediante. En estos casos, si se admite la limitación a la congruencia a los aspectos fácticos, debe reconocerse que sería exigible que la defensa desarrollara argumentos “*ad eventum*”, sin que hipotéticos agravios casatorios fundados en la violación del principio de correlación puedan tener un favorable pronóstico de procedencia, si advertimos el sentido de los pronunciamientos del Tribunal de Casación antes citados.

Sobre el punto, vale destacar que –por el contrario- la Ordenanza Procesal Alemana en su art. 265, obliga al tribunal de juicio a prevenir al imputado y su defensor acerca de la posible modificación legal de la calificación jurídica, dándole suficiente oportunidad para preparar la defensa.

Claus Roxin, comentando el precepto germano antes referido, señala que “... Dado que el tribunal, dentro de los límites del mismo objeto procesal, tiene la posibilidad de calificar el hecho que se somete a su decisión de modo distinto a aquel que emplea la acusación admitida... el acusado debe permanecer a salvo de sorpresas respecto de las cuales no pudo preparar su defensa. En interés de un esclarecimiento exhaustivo de la causa se le debe dar la oportunidad de manifestarse sobre el reproche modificado... El

⁷ Maier, op. cit. pág. 337

⁸ Me atrevo a señalar que caerían bajo la misma regla los casos en los que no recibieran encuadre legal alguno por parte del Acusador.

deber de advertencia se limita a la cuestión jurídica. Por el contrario, el tribunal no está obligado, tampoco desde el punto de vista de la estructuración leal del proceso, a dar explicaciones sobre el contenido y resultado de producciones de prueba particulares y a manifestarse sobre si acaso entendió la declaración de un testigo de modo distinto que la defensa... Según el texto legal es presupuesto de este deber de advertencia únicamente una modificación de la valoración jurídica, que también puede basarse en una modificación de los fundamentos fácticos... se deberá deducir que también ante una mera modificación del fundamento fáctico –sin variación del reproche jurídico- se tiene que realizar una advertencia. Sin embargo, esto rige sólo para hechos que tienen importancia para la subsunción, no para aquellos que están fuera de la acción típica... Debido a la misma importancia que tienen para la conducción de la defensa, la advertencia debe realizarse, en todos los casos, formalmente, es decir, debe ser protocolizada... Para el deber de advertencia es indiferente que el tribunal sostenga la existencia de un delito más grave o uno más leve, en comparación con la acusación, pues, en general, también un delito más leve exigirá modificar la defensa... La advertencia es necesaria si un acusado como coautor debe ser condenado como autor único o si se pasa de la hipótesis de autoría única a coautoría... La advertencia no puede hacerse en general, sino que siempre debe estar fundada de modo tal que al acusado y a su defensor les sea posible encarar una defensa, conforme a los hechos, contra el reproche modificado...”⁹

Creo que esta solución¹⁰ es, de *lege ferenda*, preferible –por resguardar desde todos los flancos (hecho y derecho) la garantía-, sin que pueda objetarse una indebida intromisión del Juzgador por incompatibilidad con el sistema acusatorio. Ello así por cuanto, si se le confiere al Juez la potestad de aplicar el derecho al “*factum*” que se pone a su consideración, sin subordinarse al encuadre escogido por el Acusador, tal intervención garantizadora –anterior al momento en que se adopta la decisión- no es más que una materialización de la garantía de la defensa en juicio con el objeto de aventar cualquier sorpresa o emboscada que deje inerte al imputado o a su asistente técnico. Concretamente, si –por aplicación del *iuria novit curia*- el Tribunal habrá de aplicar la figura legal que considere adecuada, es preferible que se anoticie de esa posible subsunción jurídica para que la defensa técnica se expida sobre el punto.

De todos modos, la reglamentación que nuestro Código Procesal Penal vigente exhibe de la citada garantía –restringida a los hechos- no puede ser tachada de inconstitucional desde que, como recuerda Alejandro Carrió “... inconstitucional no es

⁹ Roxin, Claus. “Derecho Procesal Penal”. Editores del Puerto. Bs. As. 2000. Págs. 367/368 .

¹⁰ Que nuestro Código ritual no prevé, por fuera de lo cual nada impide que los tribunales la adopten.

simplemente aquello que no nos gusta o nos parece indeseable, aunque esto último no siempre es fácil de aceptar...”¹¹

El Proyecto de Código de Procedimiento en lo Penal de 1989¹² –en adelante Proyecto de 1989- propuesto por el Poder Ejecutivo Provincial, al que volveremos a referirnos más adelante, receptaba esta circunstancia en su art. 435 al disponer que “Si durante el desarrollo del debate el Tribunal considerase que el acusado podría ser condenado en virtud de un precepto penal distinto del invocado en la acusación, el presidente formulará oportunamente la advertencia correspondiente, concediendo a los intervinientes el derecho consagrado en el artículo anterior”¹³. Asimismo, el incumplimiento de esta advertencia estaba prevista, con efectos prácticos, en el art. 454 del citado proyecto que, en lo pertinente, disponía que “... el acusado no puede ser condenado en virtud de un precepto penal distinto del invocado en la acusación, o en el auto de elevación a juicio si previamente no fue advertido sobre la modificación posible de la calificación jurídica, conforme el artículo 435...”.

En este punto, es evidente que este Proyecto –que, claro está, no alcanzó a sancionarse- establecía un principio de congruencia sumamente amplio que incluía tanto los hechos como el derecho, a diferencia del Código ritual vigente que lo restringe, si nos atenemos a la letra de la ley, a la cuestión fáctica al disponer en su art. 374, sexto párrafo, que: “... Al dictar el pronunciamiento el Tribunal no podrá apartarse del hecho contenido en la acusación o sus ampliaciones...”

A esta altura, es ineludible desarrollar el análisis que Maier efectúa de los criterios que proporciona la ley penal para establecer si una circunstancia fáctica o elemento de otro tipo tiene importancia (o no) en el fallo. Tales criterios los utilizaré al momento de analizar la jurisprudencia a la que he hecho mención en la introducción de este trabajo.

a) En el caso de los delitos agravados y los delitos privilegiados, ambas categorías pivotan en torno a una figura básica comprendida en ambas (ejs: los homicidios agravados del art. 80 del C.P. y las distintas especies de homicidio atenuado del art. 81 del mismo texto legal). La acusación por un hecho que el Fiscal considere subsumible en la figura agravada (o atenuada), habilitaría al Juez para determinar en la sentencia un “*factum*” tipificable en la figura básica, pues –siguiendo con el ejemplo- el “homicidio simple”¹⁴ está incluido en su

¹¹ Carrió, Alejandro D. “Garantías Constitucionales en el proceso penal”. Ed Hammurabi. Bs. As. 2000. 4º ed. Pág. 71

¹² En la exposición de motivos de dicho Proyecto se señala que intervinieron en su elaboración, entre otros, los Dres. Joaquín P. Da Rocha, Héctor Granillo Fernández y Lucila Larrandart (Subsecretaría de Justicia) en base a los lineamientos elaborados por una Comisión integrada por los Dres. María Clelia Rosentock, Oscar Juan Ramón Giúdice Bravo, Héctor Sciutti, Augusto Diez Ojeda, Omar Roberto Ozafrain, Elva Demaría Massey, Julio Horacio Reynoso, Ricardo Blas Casal y Alfredo Ruiz Paz.

¹³ Tal derecho se refería a la posibilidad de la defensa de solicitar la suspensión del debate para ofrecer nuevas pruebas o preparar la defensa.

¹⁴ Téngase en cuenta que las alusiones a los “nomen iuris” deben entenderse como referencias sintéticas a acontecimientos concretos de la realidad atribuidos a un imputado en tiempo y lugar determinados, con todas las

integridad en el “homicidio agravado” o en el “atenuado”, pues estas figuras sólo agregan circunstancias severizantes o diminuentes a la norma básica que prohíbe matar.

b) Este criterio no es válido cuando las figuras son secantes, es decir, cuando los elementos de una no están íntegramente incluidos en la otra.

c) Otro caso específico mencionado por Maier es el de las prohibiciones alternativas, que incluyen comportamientos numéricamente indiferentes, cuya consumación delictual requiere que sólo uno de ellos se perpetre y, al mismo tiempo, cuya consumación conjunta no multiplican los hechos punibles. En el ejemplo mencionado por este autor del espionaje (art. 224 del C.P.), se menciona un aspecto sumamente relevante de la problemática que abordamos vinculado a que, el principio de congruencia impide la condena por un comportamiento alternativo que no fuera objeto de la acusación, pues la imputación no es “fungible”. Y en este punto, un pronunciamiento definitivo que condene o absuelva impide – por aplicación de la regla del *ne bis in ídem*-, un nuevo juicio sobre la base de que se ha llevado a cabo en la misma ocasión (en el mismo contexto histórico) otro comportamiento alternativo que ha consumado la infracción.

d) Otro grupo de casos se presenta en los supuestos de relaciones subsidiarias – tácitas o expresas- entre las figuras penales en que un delito es residual respecto de otro. La acusación por el hecho más grave contiene la infracción residual (ej: el robo con fractura –art. 167 del C.P.- comprende la violación de domicilio –art. 150 del mismo texto legal-). Sin embargo, si la figura subsidiaria contiene elementos que la acusación no ha descrito convenientemente, no sería posible condenar por la figura “residual”, pues –en ese caso- la sentencia provocaría indefensión al exceder las circunstancias fácticas descritas en la intimación de los hechos.

e) Algunos casos problemáticos se presentan si se comparte que la imputación dolosa y la culposa no son fungibles entre sí, pues suponen descripción de hechos distintos, por más que el resultado sea idéntico: el dolo supone la voluntad de realización del resultado y la acción consumativa de él, tratándose de una circunstancia subjetiva que debe ser objeto de la acusación para que pueda ser reconstruida en la sentencia; y la culpa, por el contrario, no reside en esa voluntad, sino en la infracción a un deber de cuidado –otro hecho distinto: ej: exceso de velocidad o infracción a las reglas de tránsito- que constituye la imprudencia y que provoca el resultado.

f) En igual sentido, si junto a una imputación por acción se pretende una condena por el mismo delito a título de omisión será necesario describir detalladamente la situación de vida en que se encontraba el agente, de la cual emergía el deber de garante del bien jurídico tutelado y el de evitar el resultado, al lado de la omisión y del resultado.

características que tornan válida una acusación, tal como analizáramos con anterioridad. La advertencia es pertinente para respetar las ideas esenciales que guían estas reflexiones en orden al “objeto del proceso”.

La propuesta de Maier para superar estos inconvenientes, que se presentan también en el caso de las infracciones progresivas; consumación y tentativa; autoría y las distintas clases de participación delictual, es la de acudir a acusaciones “alternativas” o “subsidiarias”¹⁵, a partir de las cuales el Fiscal introduce varias hipótesis posibles, cuidando de describir cuidadosamente todas las circunstancias necesarias para habilitar la jurisdicción del Tribunal para expedirse sobre la que se verifique en el debate, garantizando así el derecho de defensa del imputado.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que si bien el Tribunal puede introducir de oficio circunstancias que aminoren o eliminen la imputación en beneficio del imputado, tal atribución sólo puede ejercitarse en los casos en los que la figura más grave contenga íntegramente la menos grave o se le agregue sólo la que aminora la reacción penal. En cambio, cuando pese a proteger el mismo bien jurídico, las figuras son secantes, de manera tal que el fracaso de la más grave no conduce a la más leve o no recaería necesariamente condena de no afirmarse la circunstancia que conduce de una a otra, introduciendo de oficio la circunstancia que conduce a ella, se lesiona el derecho de defensa desde que –en rigora condena por la infracción más leve, agregando circunstancias que no han sido objeto de defensa y prueba, encubre la necesidad de una absolución.

III. La garantía del “ne bis in ídem” y su relación con el principio de congruencia.

Esta garantía consagra la prohibición de una doble persecución penal por el mismo hecho. Constituye una de las premisas fundamentales para preservar la seguridad individual desde que –en la íntima relación que guarda con la cosa juzgada¹⁶- sirve a la protección del acusado, reconociéndole su interés de no ser molestado después del dictado de una decisión de mérito que ya no es impugnabile.

¹⁵ En las “Jornadas Provinciales sobre Justicia Penal” (Ajustes al Sistema Procesal Penal. Propuestas de adecuación normativa), celebradas en la ciudad de Necochea los días 11 y 12 de julio de 2003, organizadas por el Ministerio de Justicia y el Senado de la Provincia de Bs. As. se presentó un proyecto de ley que incorporaba el siguiente párrafo al art. 335 del C.P.P. “... El requerimiento podrá indicar alternativamente aquellas circunstancias de hecho que permitan encuadrar el comportamiento del imputado en un tipo penal distinto, para el caso de que no resulten demostrados en el debate los elementos que componen su calificación jurídica principal, a fin de posibilitar la correcta defensa del imputado” y agregaba al inc. 1º del actual art. 375 que la cuestión esencial de la sentencia relativa a la calificación legal del delito “... no podrá exceder el hecho materia de acusación, ni producir indefensión para el imputado...”. Esta propuesta de modificación en el Código Procesal Penal bonaerense se ha consagrado en el texto vigente a partir de la reforma introducida por ley 13.260

Un precepto similar contenía el art. 374 del Proyecto de 1989 al establecer que: “El fiscal podrá indicar en su escrito de acusación, alternativas de tipificación del o de los hechos por los que acusa, o relativas al monto de pena solicitada, para el caso de que no resultaren demostrados en el juicio los extremos sobre los que basa su calificación jurídica principal o el quantum de pena solicitada, con miras a facilitar la defensa del acusado” (la alusión a la pena se explica en virtud de que, según el art. 372 inc. e) del Proyecto, el escrito de acusación debía contener “... El pedido de imposición de pena que solicitare, con indicación de las circunstancias conducentes a la individualización de la misma o la existencia de atenuantes o agravantes”.

¹⁶ La cosa juzgada puede interpretarse como una consecuencia práctica del “ne bis in ídem”. Sin embargo, mantienen su independencia conceptual, puesto que la prohibición de la doble persecución es una garantía anterior a todo proceso, en tanto que la cosa juzgada supone la culminación de un proceso concreto.

La garantía está prevista expresamente en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (con jerarquía constitucional conforme el art. 75 inc. 22 de la C.N.)¹⁷, que en su art. 14 n.º 7 establece que: “Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país”. También encuentra recepción en la Convención Americana de los Derechos Humanos –de igual jerarquía que el anterior, art. 75 inc. 22 de la C.N.- por su art. 8º (Garantías Judiciales) n.º 4 que establece que “... El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a juicio por los mismos hechos...”¹⁸.

Asimismo, el art. 29 de la Constitución de la Pcia. de Bs. As. establece que: “A ningún acusado se le obligará a prestar juramento, ni a declarar contra sí mismo en materia criminal, **ni será encausado dos veces por un mismo delito**” y el art. 1 del actual Código Procesal Penal consagra que “... **Nadie podrá ser... perseguido penalmente más de una vez por el mismo hecho...**”.(lo destacado me pertenece).

En el mismo sentido, la Enmienda IV de la Constitución de los EE.UU. dispone: “Nadie será sometido, por el mismo delito, dos veces a un juicio que pueda causarle la pérdida de la vida o de algún miembro” (que, en la actualidad, se interpreta en el sentido de un nuevo riesgo de privación de libertad).

Ahora bien. Más allá de las distinciones que pudieran efectuarse en relación al alcance semántico de las distintas fórmulas lingüísticas utilizadas, que conducen a una concepción restringida (referida sólo a la reacción penal material) o amplia de la garantía (que, junto con ella, cubre el “riesgo de una persecución penal renovada, simultánea o sucesiva, por la misma realidad histórica atribuida” o “*double jeopardy*”) corresponde ahora delinear los requisitos que han de cumplirse para que opere, destacando que –a los efectos de este trabajo- aparece con mayor relevancia el vinculado a la “identidad del hecho”.

En general, la doctrina requiere la conjunción de tres identidades para establecer si se está en presencia o no de un caso de persecución penal múltiple.

a) identidad de la persona perseguida: sólo ampara a quien ha sido perseguido mientras esa persecución se mantiene o ha concluido, habiéndose dictado un pronunciamiento definitivo (de absolución o de condena) firme. El principio rige individualmente y no posee efecto extensivo.

b) identidad objetiva: debe atenderse el hecho en su materialidad, sin tener en cuenta su significación jurídica, puesto que abarca el acontecimiento en su conformación material y objetiva. El objeto de análisis es el “acontecimiento real” que sucede en un lugar y

¹⁷ Con lo que, a partir de la reforma de 1994, se superó el “silencio constitucional” sobre el punto, por fuera de lo cual, la doctrina siempre consideró que esta garantía ostentaba este rango normativo, con arreglo al art. 28, como una de las garantías no enumeradas, que surgen del sistema republicano y del Estado de Derecho.

¹⁸ Maier destaca que esta norma impide establecer un recurso de revisión contra el absuelto. op. cit. pág. 369.

en un momento o período determinado, sin que las diversas subsunciones jurídicas posibles afecten la regla.

Quiero destacar, en este punto, lo señalado por Maier en cuanto a que la razón que justifica esta “indiferencia” a la valoración jurídica del hecho responde a “... que en el procedimiento relativo a la primera imputación se pudo averiguar correctamente todas las circunstancias y elementos del comportamiento atribuido hasta agotarlo, y su tribunal poseía todas las atribuciones para valorar el hecho según correspondía... Para nada cuenta el hecho de que, en el primer procedimiento no se agotara el conocimiento posible, pudiendo agotarse. La identidad se refiere al comportamiento y, eventualmente, a su resultado, como acontecimiento histórico. Basta, entonces, que ese acontecimiento sea el mismo históricamente, en el proceso anterior y en el posterior, aunque las circunstancias imputadas o conocidas en el segundo sean más o distintas de las conocidas en el primero”. Como veremos más adelante, esta idea es la que –en mi criterio y en términos generales- debe prevalecer, al definir si corresponde asumir competencia positiva o negativa, en los supuestos en que un tribunal de casación detecta una violación al principio de congruencia.

Retomando el desarrollo de la identidad objetiva, resulta que la garantía del *ne bis in idem* y la cosa juzgada cumple, también, una función sancionatoria para los déficits de actuación de los titulares del ejercicio de la acción penal pública, desde que tiene como resultado, si se respeta la congruencia, que quede excluida la posibilidad de un esclarecimiento de los hechos en los casos en los que una investigación insuficiente y/o una valoración inadecuada de la prueba producida y del hecho objeto del proceso deja en las sombras aspectos del episodio histórico con relevancia penal no introducidos correctamente en el proceso respecto de los cuales, y por tal motivo, el Juzgador no pudo (ni ningún otro tribunal podrá) pronunciarse.

En tal sentido, señala Maier que “... El objeto procesal siempre consiste en una hipótesis, esto es, en una afirmación no verificada (hipotética) sobre el acaecimiento en el mundo real de un determinado comportamiento; la identidad permanece, incluso, si en el primer proceso la acción no se comprueba como cierta y, por ende, se absuelve o sobresee, pues, desde el punto de vista del Derecho Procesal Penal, el proceso posterior, en el que se vuelve a pretender la comprobación de la misma imputación, tiene el mismo objeto que el anterior...”¹⁹

c) identidad de la pretensión punitiva: se refiere a la pretensión jurídica, entendida como el derecho de acción ejercitado que se pretende renovar por el mismo objeto y contra la misma persona. Si en el primer proceso el derecho de acción fue válidamente ejercitado y ante un juez que podía conocer del contenido total de la imputación, está prohibida una

¹⁹ Maier. op. cit. pág. 383.

nueva persecución, aún cuando el contenido fáctico de la imputación no haya sido agotado por la decisión jurisdiccional, siempre que haya podido agotarlo. En este punto surgen las excepciones al principio del *ne bis in ídem*, cuando en la primera persecución no se ha podido arribar a una decisión de mérito o no se ha podido examinar la imputación desde todos los puntos de vista que merecía debido a obstáculos jurídicos, tales como la incompetencia material y/o territorial del tribunal que juzgó; la ausencia de un presupuesto de la persecución penal –la instancia requerida en los arts. 72 y 73 del C.P.- o el privilegio constitucional de impersiguibilidad. (arts. 53, 59, 60, 69 y 70 de la C.N.)

IV. La ampliación de la acusación.

La inmutabilidad del objeto procesal, en las sucesivas etapas procesales, que tiende a la tutela del derecho de defensa en juicio y del debido proceso no es, sin embargo, absoluta.

En la Investigación Penal Preparatoria de nuestro Código Procesal²⁰, la hipótesis delictual atribuida al imputado es –esencialmente- provisoria y está sujeta a variaciones propias de las tareas investigativas (consagrando cierta “fluidez” de la imputación en este tramo del proceso) que, de producirse, deben ponerse en conocimiento del encartado con todas las formalidades correspondientes a los fines de posibilitar su defensa..

En la etapa del juicio, en cambio, se estrecha en gran medida la posibilidad de introducir modificaciones en la imputación, pues –para no menoscabar el derecho de defensa en juicio- tal contingencia debe sujetarse –en términos generales y según Clariá Olmedo²¹- a ciertas condiciones:

a) Que sea formulada en momento procesal oportuno, de modo tal que no tenga lugar –en ningún caso- después de clausurado el período de producción de la prueba.

b) Que no contenga hechos nuevos, desvinculados del contenido fáctico de la acusación ya formulada, pudiendo consistir solamente en circunstancias apreciadas como agravantes o calificantes desde el punto de vista jurídico o en hechos que impliquen agregar una conducta más al conjunto fáctico ya apreciado como delito continuado. Según Clariá Olmedo, todo lo que no encuadre dentro de este límite deberá ser objeto de una nueva acusación y nada impide que una vez formulada se acumule a la causa en trámite para debatirse y resolverse conjuntamente.

c) Que el contenido ampliatorio surja de los actos del debate.

d) Que se dé a conocer al imputado –junto a su defensa técnica- el contenido de esa ampliación, dándole oportunidad para un descargo eficaz que supone la posibilidad de

²⁰ Y en general, en todas las etapas previas al juicio a las que aluden los demás Códigos Provinciales y el de la Nación.

otorgarle un plazo razonable para definir una nueva estrategia ajustada a la acusación ampliada y para recabar la prueba que se considere adecuada a esos efectos.

Supuestos de ampliación de la acusación en el C.P.P. bonaerense.

Entiendo que del juego armónico de los arts. 359 y 374 emergen cuatro supuestos de ampliación del requerimiento fiscal.

El art. 359 del C.P.P. establece que “Si en el curso del debate surgieren hechos que integren el delito continuado atribuido o circunstancias agravantes de calificación no contenidas en el requerimiento fiscal o en el auto de elevación, pero vinculadas al delito que las motiva, el Fiscal podrá ampliar la acusación”, subordinando la validez de la ampliación a la intimación al imputado de esas circunstancias a cargo del Presidente del Tribunal, bajo sanción de nulidad y confiriendo a la Defensa el derecho a pedir la suspensión del debate para ofrecer nuevas pruebas o preparar la defensa.

Del precepto en cuestión emergen dos supuestos de auténtica ampliación supeditados a un requisito común –que los hechos que la fundan surjan del debate- a saber:

- 1) delito continuado²²
- 2) circunstancias agravantes de calificación vinculadas al delito que las motiva.

Asimismo, y en lo que aquí interesa, el art. 374 del C.P.P. prevé que “... **si resultare del debate que el hecho es distinto del enumerado en la acusación, el Tribunal dispondrá por auto correr vista al Fiscal del órgano jurisdiccional para que proceda conforme a lo dispuesto en el artículo 359**”.

“Si el Fiscal y la defensa técnica estuvieren de acuerdo en la configuración de un hecho diverso susceptible de ser decidido en esa instancia, el órgano jurisdiccional resolverá conforme a lo dispuesto en el artículo 359.”

“Si no hubiere acuerdo, el órgano judicial deberá dictar sentencia respecto de los hechos contenidos en la acusación, sin perjuicio de remitir los antecedentes al Agente Fiscal en turno para investigar las nuevas circunstancias resultantes del debate...” (todos los destacados me pertenecen).

²¹ Clariá Olmedo, Jorge A. “Tratado de Derecho Procesal Penal” I- Nociones Fundamentales. Ediar S.A. Editores. 1960. Pág. 506/507.

²² Sin pretender agotar el tema, por resultar ajeno al presente trabajo, vale recordar que, según Zaffaroni, el delito continuado “... exige para la unidad de conducta el sustrato óntico del factor final, es decir que la unidad de conducta se determina atendiendo al factor final y al factor normativo, como en todos los casos en que hay unidad de conducta con pluralidad de movimientos... La característica del dolo unitario o dolo total parece acertada, puesto que denota claramente una unidad de finalidad que debe abarcar las particularidades comisivas del hecho... El dolo total del delito continuado presenta las particularidades que se derivan de querer la realización típica de esa manera, por lo que configura el enlace óntico insustituible de los distintos actos parciales, ligándolos desde antes del agotamiento del primero hasta la realización del último...” (Zaffaroni-Alagia-Slokar. “Derecho Penal. Parte General”. Ed. Ediar. Bs. As. 2000. Págs. 826/827). Ejemplo típico de “delito continuado” lo constituye el hurto de un mazo de naipes –de a una carta por día- y el del collar de perlas –de a una perla por vez-. Este concepto se utiliza, también, para fundar la ampliación de la acusación en los delitos de

Antes de individualizar los dos supuestos diferenciables de ampliación (rectius “variación”) que, en mi criterio, surgen del texto legal, es pertinente señalar que la ubicación sistemática de este precepto no parece la más adecuada desde que aparece luego de que el debate ha finalizado (art. 371 del rito) en una norma que, como el art. 374 regula el anticipo del veredicto, y no prevé la reapertura de la discusión²³. La posibilidad de tal reapertura, si se pretendió establecer que estos supuestos operaban en esta etapa, resultaba ineludible. Una mejor técnica legislativa aconseja que se ubicaran estos supuesto en el marco del art. 359.

Pero por fuera de esta incorrección sistemática que podría salvarse interpretando que puede aplicarse con anterioridad -en el curso del debate-, la norma presenta un inconveniente de mayor relevancia. Así, la referencia que se efectúa a que es el Tribunal el que detecta “el hecho distinto” y lo faculta a disponer por “... auto correr vista al Fiscal del órgano jurisdiccional para que proceda conforme a lo dispuesto en el art. 359...”, parecería consagrar una intromisión desmedida del juez en la formulación de los hechos que sustentan la acusación, comprometiendo su imparcialidad y la máxima “*ne procedat iudex ex officio*”.²⁴ Creo que este escollo puede salvarse si se interpreta la norma como consagrando

consumación permanente (ej: delito de incumplimiento de deberes de asistencia familiar), respecto a los tramos temporales posteriores a la intimación y requisitoria de elevación a juicio.

²³ El artículo 407 del Código Procesal Penal de Córdoba establece que: “Si el Tribunal estimare, durante la deliberación, absolutamente necesario ampliar las pruebas incorporadas, podrá disponer a ese fin la reapertura del debate. La discusión quedará limitada entonces al examen de los nuevos elementos.”. Disposiciones similares contienen, a título ejemplificativo, el Código Nacional (art. 397) y los Códigos de La Pampa (art. 369) y Río Negro (art. 368).

²⁴ Bajo el acápite “Ampliación del requerimiento fiscal” el art. 381 del Código Procesal Penal de la Nación dispone que: “Si de las declaraciones del imputado o del debate surgieren hechos que integren el delito continuado atribuido, o circunstancias agravantes de calificación no contenidas en el requerimiento fiscal o en el auto de remisión, pero vinculadas al delito que las motiva, el fiscal podrá ampliar la acusación.”

“En tal caso, bajo pena de nulidad, el presidente le explicará al imputado los nuevos hechos o circunstancias que se le atribuyen, conforme a lo dispuesto en los arts. 298 y 299, e informará a su defensor que tiene derecho a pedir la suspensión del debate para ofrecer nuevas pruebas o preparar la defensa.”

“Cuando este derecho sea ejercido, el tribunal suspenderá el debate por un término que fijará prudencialmente, según la naturaleza de los hechos y la necesidad de la defensa.”

“El nuevo hecho que integre el delito o la circunstancia agravante sobre la que verse la ampliación, quedará comprendido en la imputación y en el juicio.”

Como se observa de la simple comparación entre el art. 359 del rito provincial y el precepto transcrito, la única diferencia que se observa es la referencia a las “... declaraciones del imputado...”, lo cual constituye -si se lo interpreta como abarcativa de las que se incorporan por su lectura- como una oportunidad injustificada para que el Fiscal varíe su hipótesis. En cambio, si se restringe a la declaración del imputado en el debate, el supuesto se superpone con el referido a los hechos que surgen del debate.

Asimismo, el art. 401 del Código Procesal Penal de la Nación establece que: “En la sentencia, el tribunal podrá dar al hecho una calificación jurídica distinta a la contenida en el auto de remisión a juicio o en el requerimiento fiscal, aunque deba aplicar penas más graves o medidas de seguridad.”

“Si resultare del debate que el hecho es distinto del enunciado en tales actos, el tribunal dispondrá la remisión del proceso al juez competente”. (lo destacado me pertenece).

Esta norma, a diferencia del art. 374 provincial, sólo alude al “hecho distinto”, que conforme lo veremos en esta misma nota, se ha interpretado como abarcativa de los dos supuestos previstos en el rito bonaerense.

Considero que este precepto aspira a resolver el problema aquí planteado -pues la remisión del proceso al juez competente conlleva que no se adopta resolución alguna sobre el fondo del asunto pretendiendo desplazar cualquier objeción fundada en el principio del “*ne bis in ídem*”-, pero optando por un camino que consagra su violación, desde que al otorgar nuevas chances al Estado para lograr la condena en el proceso renovado, impide una resolución a la que el imputado tiene derecho -sin ninguna responsabilidad, por inconducta procesal, de su parte- luego de haber transitado por las distintas etapas del procedimiento y abre la puerta a posibles y

sólo una facultad del órgano jurisdiccional de advertir esta situación –como mera hipótesis-, pero supeditando la ampliación al criterio del Fiscal interviniente. Entonces, si éste discrepara con el órgano jurisdiccional, la ampliación de la acusación no correspondería y, por ende, la jurisdicción del Juez o Tribunal sólo estaría habilitada para expedirse respecto al “... hecho contenido en la acusación...”²⁵. En tal sentido, y si bien vinculado a la aplicación de una norma similar a nuestro art. 359, se ha pronunciado la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal en causa “Aguirre” del 09/06/95. En tal precedente se anuló la sentencia de un Tribunal Oral en lo Criminal que condenaba al imputado de marras como autor del delito de robo agravado por el uso de armas en grado de tentativa en concurso ideal con lesiones leves, adoptando un procedimiento muy particular que consistió en reabrir el debate e “intimar” al fiscal a que hiciera uso de la ampliación de la acusación prevista en el art. 381

sucesivas remisiones hasta lograr un pronunciamiento de condena, con aumento de ese riesgo para el justiciable. Por otra parte, un precepto como el del Código Procesal Nacional no alienta una intervención responsable del fiscal, pues ningún perjuicio le acarrea mantenerse pasivo frente a los datos que surjan del debate que podrían hacer variar su hipótesis primigenia, puesto que –en el peor de los casos- la no verificación de su acusación y la aparición de un “hecho distinto” sólo retrograda el trámite, pero no impide, en definitiva, la condena.

Ha sostenido la Sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal en causa “Otero, Rubén” que: “... la remisión del legajo al juez competente, según lo establece el art. 401, parte 2ª, Cód. Procesal Penal, es una facultad exclusiva del tribunal de juicio –pues es quien debe determinar si al momento de redactar la sentencia ha resultado del debate que el hecho es distinto del enunciado en el auto de remisión a juicio o en el requerimiento fiscal...” agregando, sin embargo, que “.. el pedido expreso del fiscal en tal sentido importaba para el sentenciante la obligación de pronunciarse con la debida fundamentación acerca de la existencia o no de un hecho diverso y si se respetaban las reglas generales de la determinación de la competencia...” (L.L. T. 2000-E, págs. 789-803, con comentario de Silvina Bruno, titulado “Hecho diverso, non bis in ídem y limitaciones recursivas del fiscal en casación”).

Advierto que, tal como lo adelantara, el Código Nacional no distingue entre hecho distinto y hecho diverso, con lo que la promiscua utilización de ambos términos para el mismo supuesto en el fallo de cita, acarrea otras problemáticas para el ámbito de aplicación de ese ordenamiento ritual. En cambio, en el ámbito bonaerense, el texto del art. 374 brinda la posibilidad de distinguir con precisión ambos supuestos, con las consecuencias que veremos. Señalo, a título ejemplificativo, que normas similares a las del código nacional encontramos en los Códigos Procesales de La Pampa (arts. 353 y 373) y Río Negro (352 y 372).

²⁵ En el Código Procesal Penal de Córdoba, el art. 388 prevé la ampliación del Requerimiento Fiscal, estableciendo que el Acusador: “...**deberá ampliar** la acusación si de la investigación o del debate resultare la continuación del delito atribuido o una circunstancia agravante no mencionada en el requerimiento fiscal. En tal caso, con relación a los nuevos hechos o circunstancias atribuidos, el Presidente procederá, bajo pena de nulidad, conforme a lo dispuesto por los artículos 261 y 262, e informará al Fiscal y al defensor del imputado que tiene derecho a pedir la suspensión del debate para ofrecer nuevas pruebas o preparar la acusación o la defensa. Cuando este derecho sea ejercicio, el Tribunal suspenderá el debate por un término que fijará prudencialmente, según la naturaleza de los hechos y la necesidad de la acusación y la defensa, sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 374. Regirá lo dispuesto por el artículo 365. El nuevo hecho que integre el delito continuado o la circunstancia agravante sobre la que verse la ampliación, quedará comprendido en la imputación y el juicio...” (vale reiterar que, en mi criterio, ese deber de ampliación no trasciende de un deber funcional del Fiscal cuyo incumplimiento podrá hacerlo pasible de sanciones propias de la estructura del Ministerio Público, pero que no puede serle impuesto por el órgano jurisdiccional, dado que tal imposición comprometería su imparcialidad y colocaría a la defensa y al imputado frente a dos adversarios: uno natural, el Acusador y otro, inesperado, el Juzgador) Asimismo, en el artículo 389 del mismo código se establece que: “...Si el debate resultare que el hecho es diverso del enunciado en la acusación, el Tribunal dispondrá, por auto, correr vista al Fiscal de Cámara para que proceda con arreglo a lo dispuesto en el artículo anterior. **Si el Fiscal discrepare con el Tribunal al respecto, la sentencia decidirá sobre el hecho contenido en la acusación.** Reiniciado el debate, el trámite continuará conforme a lo previsto en los artículos 382, 385, 390 y 402, en cuanto corresponda...” (la solución expresa que el código mediterráneo prevé a los supuestos de discrepancia entre el Fiscal y el Tribunal es la que, en mi modo de ver, debe extenderse a todos los supuestos de ampliación). En el sentido propiciado, Leone, Giovanni. op. cit. págs.381/382.

del rito nacional. Pese a que el fiscal se negó a ampliar, el tribunal condenó por la agravante “uso de armas”.

Esta interpretación se concilia, además, con lo dispuesto en el art. 6 del rito bonaerense que establece que “La acción pública se ejercerá exclusivamente por el Ministerio Público Fiscal”. La segunda parte de este precepto al establecer que “... Su ejercicio no podrá suspenderse, interrumpirse ni hacerse cesar, excepto en los casos expresamente previstos por la ley”, en modo alguno debilita el principio, pues precisamente, la interpretación del texto de la ley que proponemos pone en manos del fiscal la decisión respecto a si modifica a no su hipótesis.²⁶

Fundamentaré ahora las razones por las cuales considero que el art. 374 prevé dos supuestos distintos de ampliación y/o variación de la acusación.

En primer término, aparece una distinción en la letra misma de la ley, desde que el tercer párrafo alude a que del debate resultara que “... el hecho es distinto del enumerado en la acusación...”, en tanto que el cuarto párrafo hace referencia a la “... configuración de un hecho diverso...”, sin relacionarlo con el “... enumerado en la acusación...”. El último supuesto alude –en mi criterio- a los casos en que emerge del debate un hecho penalmente relevante atribuido al mismo imputado, sin relación con el que fuera materia de acusación.

Asimismo, en ambos párrafos “in fine”, se remite al procedimiento previsto en el art. 359 con lo que –si se tratara de un único supuesto- no se explicaría, desde el punto de vista de la sistemática del Código, tal reiteración. Cabe recordar aquí que un importante principio hermenéutico advierte que ha de preferirse –entre dos interpretaciones posibles- aquella

²⁶ El ejercicio irresponsable de esta facultad podría someter al fiscal a un proceso de destitución, pero de ello no se sigue que sea el órgano jurisdiccional el que asuma funciones de control de la actividad funcional del Acusador y, menos aún, a que se subroge en el rol que a este le corresponde en el proceso de que se trate. Una problemática similar se advierte frente al texto del art. 368, último párrafo, del C.P.P. de Bs. As. que confiere al Ministerio Público Fiscal de desistir de la acusación, disponiendo que el Juez o Tribunal, en tal caso, absolverá al acusado. El tema presenta aristas sumamente interesantes respecto a los fundamentos exhibidos por el Fiscal para adoptar tal tesitura, en cuenta de la obligación de motivación de los fundamentos y conclusiones del art. 56, la posición del particular damnificado ante esa norma y la posibilidad o no de un control por parte del órgano jurisdiccional en términos de razonabilidad que conduzcan a la descalificación del desistimiento por absurdidad o arbitrariedad, que exceden el objeto de este trabajo. La Sala II del Tribunal de Casación de Bs. As. resolvió en causa 6787 “Ojeda Carrasco” (Sent. 28/02/02) casar un pronunciamiento condenatorio dictado por un Tribunal Criminal que consideró que su jurisdicción estaba habilitada por la acusación del particular damnificado pese a que el Fiscal interviniente había desistido de la acusación. La Casación asumió competencia positiva (art. 460 del C.P.P.Pcial.) y absolvió al imputado por imperio de lo dispuesto en el art. 368, último párrafo del C.P.P. El texto expreso de nuestro Código brinda una solución expresa a la polémica instalada en el ámbito de aplicación del Código Procesal Nacional, a partir del fallo “Marcilese” de la C.S.J.N. que desplazó la doctrina de “Tarifeño” (sintéticamente, que el pedido de absolución por el Fiscal impedía la condena). Este debate, si bien coyunturalmente saldado por el reciente fallo “Mostaccio” que retomó la doctrina de “Tarifeño”, lejos está de haber concluido. Por otra parte, la reciente reforma del rito bonaerense que legitima al particular damnificado a recurrir en casación sin sujeción al criterio del Ministerio Público Fiscal (art. 453, según ley 13.183) podría permitir una interpretación, bastante forzada por cierto, que inscriba a nuestro proceso en la línea del fallo “Santillán” –anterior a “Marcilese”- del más alto Tribunal de la Nación que validó un pronunciamiento condenatorio –en un proceso regido por Código Procesal de la Nación- en el que sólo el querellante había solicitado la condena. Un análisis de esta problemática en el ámbito de aplicación del C.P.P.N. puede encontrarse en “Modelo Acusatorio y Persecución Estatal. Sobre los aciertos y desaciertos en la disputa por la relevancia de las conclusiones del Ministerio Público Fiscal” del Dr. Pablo E. Pereyra, publicado en “Nueva Doctrina Penal” 2002/A. Ed. Del Puerto. págs. 189/207.

que otorgue un ámbito propio a cada precepto por sobre una inteligencia que los ponga en pugna y les quite significación.

Concretamente, se presentan –en mi opinión– dos supuestos de ampliación –el primero de los cuales es –en rigor– una variación de la hipótesis fiscal–, conforme a lo que resultara del debate y sujeto al procedimiento del art. 359:

- 3) El hecho distinto del enumerado en la acusación (tercer párrafo del art. 374).
- 4) El hecho diverso (cuarto párrafo del art. 374) condicionado a que hubiere acuerdo entre el Fiscal y la Defensa para decidirlo en ese juicio.

Corresponde aquí señalar que, en mi modo de ver, el supuesto de falta de acuerdo al que hace referencia el quinto párrafo alude al supuesto 4). Y doy las razones que justifican esta interpretación.

En primer término, sólo en 4) se alude a un “acuerdo”. Y ello se justifica puesto que se dicta un pronunciamiento definitivo, suprimiéndose la fase de instrucción y los actos preliminares del debate²⁷. La agilidad y economía procesal que la norma tiene por norte sólo pueden ser privilegiadas mediando acuerdo. De no lograrse esa conformidad, un nuevo proceso por un nuevo hecho delictivo emergente del debate no encontraría ningún obstáculo –a la luz del principio “*ne bis in ídem*”– frente al pronunciamiento jurisdiccional que se expida sólo “... respecto de los hechos contenidos en la acusación...”. Esto se ve fortalecido por la idea de entender la diversidad del hecho como autonomía en los términos del art. 55 del Código Penal. (“...hechos independientes...”) y la fórmula para detectar estos casos propuesta por Cafferata Nores en el fallo “Fernández Leonardo I. s/violación calificada s/recurso de casación” del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba”. En tal precedente, se proporciona una pauta de utilidad para determinar si estamos en presencia de un hecho autónomo del que fuera objeto de acusación (o de “un hecho diverso”, como lo denomina el código ritual bonaerense), formulada en los siguientes términos: “El hecho probado en el debate será diverso al contenido en el requerimiento fiscal de elevación a juicio solamente cuando la absolución por éste no sea idónea para hacer valer el principio “*non bis in ídem*” respecto de aquel”.

“La jurisprudencia ha indicado el procedimiento a seguir para la verificación de este aspecto en el caso concreto, consiste en suprimir mentalmente del hecho acreditado en el debate, el núcleo esencial del contenido de la acusación. Si a pesar de ello aquel comportamiento subsiste, se está realmente ante un hecho diverso (Cámara de Acusación de Córdoba A.I. 25/VIII/82 N° 235, p. 263. Cámara Octava Criminal, Chávez 2/VIII/82)”

“Sintentizando: creo que la “diversidad” del hecho acreditado en el debate se puede verificar a través del control de su “no identidad” con el descrito en la acusación desde la

²⁷ En sentido similar, Leone, Giovanni. op. cit. pág. 382.

óptica del principio “non bis in ídem” (Constitución Provincial art. 7º y C.P.P., art. 1º). Sólo cuando la nueva persecución penal que pudiera originarse por aquél (el acreditado en el debate) fuera capaz de salir indemne frente a una excepción de tal naturaleza, fundada en la pendencia o conclusión del procedimiento motivado por este último (el contenido de la acusación), sería de aplicación el art. 414, in fine, C.P.P.”

Por otra parte, si se supeditara –también- a la conformidad de la defensa la aplicación del supuesto de ampliación identificado como 3), nos encontraríamos con una interpretación que le quita cualquier sentido a este tramo del precepto.

Es que, conforme la letra de la ley, considero que “... el hecho distinto...” se refiere al mismo acontecimiento histórico respecto del cual, en el debate, se ha desmentido alguno de los extremos de la acusación penalmente relevantes y –paralelamente- han surgido otras contingencias con relevancia penal²⁸. (ej: figuras penales “secantes”). Entiendo que interpretar “... el hecho distinto...” como un supuesto autónomo previsto en el código procesal para adecuar la hipótesis fiscal a tales contingencias probatorias emergentes del debate, no restringe en modo alguno el derecho de defensa, siempre que se anuncie de esta variación de conformidad con el procedimiento previsto en el art. 359 del rito, brindándoles así, la oportunidad procesal para resistir con amplitud, tanto probatoria como técnicamente, (por vía de la suspensión del debate que se confiere como facultad para ofrecer nueva prueba y preparar la defensa), la acusación así reformulada.

En definitiva, estimo que si consideramos al debate como el pilar fundamental del sistema instituido en el Código Procesal vigente, las variaciones que la hipótesis fiscal pudiera sufrir como resultado de la prueba producida encuentran en el supuesto de “... el hecho distinto...” una vía para que el órgano jurisdiccional pueda expedirse al respecto sin menoscabar el derecho de defensa en juicio y el debido proceso ni renunciando a una fidedigna reconstrucción histórica del hecho atribuido al imputado. Aparece, tal vez, una tensión entre el modelo acusatorio y la “búsqueda de la verdad real” (propia de los modelos inquisitivos), pero esta interpretación que se propone, entiendo que concilia ambos objetivos, pues es el Fiscal, en última instancia quien define si la reformulación de su hipótesis debe o no producirse, con efectos vinculantes respecto la habilitación de la jurisdicción del Tribunal.²⁹

Por no advertir la diferencia entre los dos supuestos del art. 374 del C.P.P. se ha sostenido que “... al supeditar el tratamiento del hecho diverso a la conformidad de la defensa, en realidad, está dejando la puerta abierta para la clausura de la investigación por la regla que prohíbe la múltiple persecución penal. En todo caso, el apartamiento de la

²⁸ De lo contrario, no se explicaría que el Código se refiera, como supuestos distintos a “hechos que integren el delito continuado” a las “circunstancias agravantes, de calificación”, a “el hecho distinto del enumerado en la acusación” y a “la configuración de un hecho diverso”.

normativa cordobesa implica un notable desacierto, no violándose en nuestro concepto la imparcialidad del tribunal. La decisión del enjuiciamiento del hecho diverso debe quedar en poder del fiscal.”³⁰

Los mismos autores agregan: “Es que resultando indisponible la pena estatal, siempre habrá de reconocerse al tribunal el ejercicio de determinadas facultades que le permitan formar convicción sobre el hecho enjuiciado... **Los jueces no son en el juicio convidados de piedra**: entenderlo así puede llevar al absurdo de condenar por lesiones graves al autor de un homicidio, sólo porque el fiscal no requirió se remitiera al debate la partida de defunción, como lo resolviera la Cámara Criminal y Correccional de Cruz del Eje (Córdoba)...” (lo destacado me pertenece y evidencia –en mi criterio y respetuosamente– que subsiste aún una cultura inquisitiva que se resiste a que cada uno de los actores del proceso asuma la función que le corresponde).

Sólo agregaré que el efectista ejemplo mencionado deriva, seguramente, de un excesivo rigor formal, que olvidó el principio de la libre apreciación de la prueba –sana crítica racional– propio de todos los códigos procesales modernos (y el de Córdoba es el primero que inauguró esa línea) desde que, si el resultado mortal estaba incluido –como hecho– en la acusación, no resultaba indispensable³¹ la partida de defunción como único modo de acreditar la muerte (aunque, a priori, sea la que brinde mayor certeza), pues bien pudo acudir a otros elementos de convicción para probar tal extremo.

Asimismo, luego de esta breve digresión, para reforzar lo que hasta aquí vengo exponiendo, advierto que ante la hipótesis de que el hecho fuera distinto del enumerado en la acusación (con el alcance que le he asignado a esta fórmula), ninguna ventaja reportaría para la Defensa dar su conformidad –habilitando así la jurisdicción del tribunal para expedirse respecto a alguna circunstancia con relevancia penal novedosa que – paralelamente– implicaría que la acusación fiscal tal como venía formulada no se ha verificado–, desde que –simplemente negándose a ello– tendría casi garantizado un pronunciamiento absolutorio³², al quedar constreñido el Juez a pronunciarse “... respecto de los hechos contenidos en la acusación...”, que el propio órgano jurisdiccional ha advertido – al menos hipotéticamente– como no corroborados conforme la prueba rendida en el debate. Y “*ne bis in idem*” mediante, el imputado se encontraría protegido contra cualquier intento de renovar la persecución por el mismo acontecimiento histórico. Es por ello que, en estos casos de “hecho distinto”, postulo que la variación de la acusación no necesita de la

²⁹ Tal la formulación del Código Cordobés, art. 389.

³⁰ Falcone, Roberto Atilio y Madina, Marcelo Augusto “El nuevo proceso penal en la Provincia de Buenos Aires”. Ed. Ad-Hoc. Bs. As. págs. 175/176.

³¹ ¿Una rémora, tal vez, del sistema de la prueba legal o tasada?

³² O, en el peor de los casos, más favorable.

conformidad de la Defensa, pues basta para la debida tutela de las garantías constitucionales con el procedimiento previsto en el art. 359 al que se remite.

El Proyecto de 1989 establecía una regulación de esta problemática que, en mi criterio, se ajusta a la interpretación que propicio para los arts. 359 y 374 del rito vigente.

En efecto, el art. 434 del Proyecto disponía que: **“Si del debate resultare una circunstancia que modificase la calificación legal o la pena del mismo hecho del debate, o la inclusión de un nuevo hecho o la continuación del hecho punible atribuido, que no hubiera formado parte de la acusación, el fiscal podrá ampliar o modificar la acusación.** En tal caso, con relación a los nuevos hechos y circunstancias atribuidos, el presidente procederá a recibir nueva declaración al acusado, bajo pena de nulidad y conforme a lo dispuesto en los artículos 57, 71 y concordantes e informará al defensor que tiene derecho a pedir la suspensión del debate para ofrecer nuevas pruebas o preparar la defensa.” (lo resaltado me pertenece. Destaco que, en mi modo de ver, el precepto proyectado receptaba con corrección que la acusación podía ser tanto “ampliada” como “modificada”).

“Cuando este derecho sea ejercido, el tribunal suspenderá el debate por un término que fijará prudencialmente, según la naturaleza de los hechos y la necesidad de la defensa rigiendo los artículos 418, 419 y 420”.

“Los nuevos hechos o circunstancias sobre los cuales verse dicha ampliación o filiación quedarán comprendidos en la imputación y el juicio”.

Sólo agregaré que, por las razones ya expuestas, resulta criticable en este proyecto que en el supuesto de ampliación por “un nuevo hecho” no se requiriera la conformidad de la defensa técnica del imputado, puesto que –como ya vimos- nada impediría –de no mediar el acuerdo- la sustanciación de un nuevo proceso que transitara por todas sus etapas procesales.

SEGUNDA PARTE

Análisis de Casos.

Efectuaré ahora algunas reflexiones en torno a la tarea del Tribunal de Casación de la Provincia de Bs. As. frente a supuestos de violación al principio de congruencia, en cuenta del texto ritual que hoy nos rige (en particular, los arts. 359 y 374 del C.P.P.), ejemplificando con pronunciamientos de ese Tribunal para cada uno de los supuestos señalados en la primera parte, respetando la numeración allí establecida. .

Desde el punto de vista del Tribunal de Casación, la relación entre el principio de congruencia y la garantía del “*ne bis in ídem*” adquiere relevancia, en los casos en los que este Tribunal de Alzada detecta una indebida dilatación del objeto procesal. En tales supuesto, el Juez Casador se encuentra ante un dilema para determinar el temperamento

decisorio que debe adoptar: ¿declarar la nulidad y reenviar a los efectos de que se sustancie un nuevo debate? o bien, ¿asumir competencia positiva y dictar una resolución definitiva?

Liminarmente, cabe señalar que "... la aspiración del litigante –en cualquier clase de juicio- es que cuando interviene el superior tribunal, el conflicto quede resuelto definitivamente..."³³. Asimismo, y como principio rector, el dictado de la sentencia final por el tribunal de casación es el remedio más adecuado cuando no es necesario revivir los hechos del juicio. En lo que aquí interesa, la rectificación del tribunal de casación derivada de advertir la violación al principio de congruencia, habilitaría al ejercicio de competencia positiva para asignarle significación jurídica, si así correspondiera, a la hipótesis fiscal originaria, si es que tal "*factum*" llega –también- acreditado en la sentencia del tribunal de mérito.³⁴

Conforme lo expuesto en la primera parte, los supuestos de ampliación y variación de la acusación (requerimiento fiscal) en el debate oral están previstos en dos preceptos del rito: los arts. 359 y 374. En todos los casos, y para proteger el derecho de defensa en juicio y debido proceso garantizado por las normas de grado superior ya analizadas, se establece el procedimiento que debe seguirse, bajo sanción de nulidad (explicación al imputado de los nuevos hechos o circunstancias que se le atribuyen y posibilidad de suspender el debate para ofrecer nuevas pruebas o preparar la defensa)³⁵.

1) Respecto a la ampliación de la acusación por "delito continuado", la Sala II del Tribunal de Casación Bonaerense tuvo oportunidad de señalar³⁶, por unanimidad, en causa 6526 "Ungurian y Palmas", en que un Juzgado Correccional condenó a los imputados –en lo que aquí interesa- como autora penalmente responsable del delito previsto en el art. 1º 2da. parte de la ley 24.270, impedimento u obstrucción de contacto de menor con padre no conviviente (extendido en autos a los abuelos, como derecho habientes), y a Víctor Javier Palmas, como tercero responsable de la misma conducta, que "... surge claramente la transgresión del principio de congruencia, o de correlación entre acusación y sentencia en que ha incurrido el sentenciante."

³³ Pandolfi, Oscar R. "Recurso de Casación Penal". Ed. La Rocca. Bs. As. 2001. Pág. 505.

³⁴ Con. Leone, Giovanni. op. cit. págs. 395/396. Nota 16.

³⁵ Conforme lo dispuesto en el art. 344, in fine, la suspensión no podría exceder los diez días, pues si superase ese plazo "... el juicio quedará anulado y se dispondrá uno nuevo...", que atiende –entre otras motivaciones ajenas al objeto de este trabajo- a la intermediación entre el Juez y la prueba y al deterioro que una suspensión más prolongada ocasionaría en la memoria de los llamados a ponderar ese plexo probatorio. Empero, ello no impediría que –atendiendo las particularidades del instituto que analizamos y las necesidades del caso en concreto- se dispusieran suspensiones sucesivas que no excedan ese plazo, intercaladas con la continuación del debate (ej: recepción de la prueba ya admitida) para evitar la invalidez del juicio.

³⁶ Ante un planteo que denunciaba violación al principio de congruencia en virtud de que en la requisitoria de elevación a juicio se incluyó en la imputación delictiva el período que va desde dos semanas antes de la fecha de la denuncia del 6 de noviembre de 1998 hasta la finalización de la investigación penal preparatoria, y que respecto de igual período se intimó a los imputados en ocasión de la declaración dispuesta por el art. 308 del rito; en tanto que, sin que medie ampliación de la acusación en los términos del art. 359 del C.P.P., el fallo extendió la imputación delictiva no sólo hasta la muerte del denunciante, sino también al accionar posterior consistente en impedir u obstruir el contacto del menor con los abuelos.

“Dicha transgresión consiste en haberse apartado del hecho contenido en la acusación, puesto que, sin que medie el procedimiento previsto específicamente por el rito en el art. 359 para el supuesto que nos ocupa, añadió a la materialidad descrita en las declaraciones del art. 308 y en la requisitoria de elevación a juicio, hechos posteriores que en su criterio integraban el delito continuado atribuido.”

“Tal proceder resulta en mi criterio violatorio del mencionado art. 359 del rito, como así también del 374 –sexto párrafo- del mismo ordenamiento procesal, ambos reglamentarios de la garantía de inviolabilidad de defensa en juicio prevista en los arts. 18 de la Constitución Nacional y 15 de la provincial.”

“Lo expuesto determina que, en lo que hace a la conducta tipificada en el art. 1º de la ley 24.270, la condena impugnada deba mantenerse, para ambos imputados, sólo respecto de aquellos hechos contenidos en la requisitoria de elevación a juicio, esto es, el impedimento de contacto de Luca Ian Blinder Ungurian con el padre no conviviente Alejandro Blinder Baliosian, desde dos semanas antes de la fecha de denuncia del día 6 de noviembre y hasta el requerimiento de elevación a juicio que determina la conclusión de la investigación penal preparatoria.”

Este pronunciamiento se inscribe en la línea interpretativa aquí postulada, desde que el Tribunal de Casación extirpó el período indebidamente integrado al fallo y asumió competencia positiva en relación a la hipótesis fiscal originaria y verificada por el Juez de mérito.

2) En los casos en los que la transgresión a la congruencia del tribunal “a quo” se traduce en la inclusión indebida de circunstancias agravantes, sin petición fiscal sobre el punto³⁷, no hay inconveniente en que el Tribunal de Casación, en cuenta de lo dispuesto en el art. 374, penúltimo párrafo³⁸, extirpe las circunstancias sorpresivamente integradas al fallo y, de conformidad con lo establecido por el art. 460 del C.P.P., en ejercicio de competencia positiva, resuelva el caso “... con arreglo a la ley y doctrina cuya aplicación declare...”, aplicando la ley sustantiva que corresponda a la hipótesis fiscal verificada, dejando a un lado los aditamentos erróneamente incorporados³⁹ por el “a quo” al objeto del proceso. En tales supuestos, el reenvío, a todo evento, sólo se justificaría a los efectos de la individualización de la pena correspondiente si se considerara que su fijación por el tribunal de alzada restringe indebidamente el derecho al recurso del imputado.⁴⁰

³⁷ Hipótesis previstas en el art. 359 del rito que habilitan la ampliación de la acusación, si los hechos que sustentan tal ampliación surgieron del debate.

³⁸ “...Al dictar pronunciamiento el tribunal no podrá apartarse del hecho contenido en la acusación o sus ampliaciones...”

³⁹ El error de la incorporación se sustenta en la violación a la defensa en juicio y debido proceso al no encarrilarse por la vía de los institutos previstos a tal fin.

⁴⁰ Esta problemática, que también se presenta en los restantes casos a los que haré referencia excede, en mucho, el objeto de este trabajo y sólo la menciono a los efectos de señalar que la competencia positiva del

En este sentido se pronunció la Sala II del Tribunal de Casación de la Provincia en la ya mencionada causa 10.019 rechazando el agravio fiscal sustentado en la invocada transgresión de los arts. 166 inc. 2do. del C.P., 17 y 18 de la C.N. en que se habría incurrido al rechazar el planteo relativo a la utilización impropia de un elemento con apariencia de arma de fuego.

El Tribunal, por unanimidad⁴¹, rechazó el agravio por considerar que resultaba "... acertada la decisión del a quo de no introducirse en el análisis del hecho surgido en el debate relativo a la utilización del arma a modo de porra, toda vez que al no encontrarse incluido en la materialidad infraccionaria propuesta por el acusador en su requerimiento, la ponderación del mismo por parte del órgano jurisdiccional sin antes otorgarle a la defensa la posibilidad de contradecirlo habría resultado, en virtud del principio de congruencia consagrado en el art. 374 del C.P.P. y de lo normado en el art. 359 del mismo ordenamiento, totalmente improcedente por menoscabar el derecho de defensa en juicio".

"Si bien en el caso de autos la novedosa circunstancia surgida del debate, consistente en que el imputado G. además de intimidar a las víctimas con un arma de fuego le pegó a una de ellas con la misma a la altura del estómago (ver fs. 20 vta.), presentaba la particularidad de encuadrarse en la agravante del art. 166 inc. 2º del C.P.P. ya contenida en el requerimiento por la circunstancia de la intimidación con el arma, ello no obstaba a la aplicación del art. 359 del ritual, toda vez que el hecho de que ambas circunstancias coincidieran en la norma en la cual hubiesen fundado el juicio de reproche, no permitía soslayar que la surgida en el debate no era sino un acontecimiento histórico, hasta ese momento desconocido para el imputado, que vinculado al hecho central tenía capacidad para atribuir responsabilidad con independencia de la ya confrontada."

"Cuando el artículo 359 establece la posibilidad de ampliar el requerimiento en el caso de que surjan del debate circunstancias agravantes no contenidas en el requerimiento fiscal, no toma como parámetro decisivo la identidad o no la calificación legal, sino que, por el contrario, teniendo siempre como norte la conservación de la congruencia en los hechos, lo que considera relevante es la aparición de circunstancias fácticas vinculadas al hecho principal hasta ese momento no imputadas, es decir, lo que debe verificarse como no

Tribunal de Casación es, también, susceptible de grados. En ese sentido, la fijación de pena por el tribunal de alzada tiene la ventaja de proporcionar una resolución completa al conflicto penal y la desventaja de privar de una instancia al justiciable. El reenvío, en ese punto –fijación de pena- otorga la posibilidad de recurrir el monto de pena ante la Casación pero –en términos prácticos- alarga la duración del proceso y coloca al imputado en una situación de incerteza pues, aún a riesgo de simplificar, lo deja –en los casos en que se encuentra sometido a una medida de coerción privativa de libertad- sin pena. Un análisis específico de la cuestión vinculada al alcance de la sentencia casatoria efectuó, en coautoría con el Dr. Manuel Bouchoux en "Sobre el delito imposible y el alcance de la sentencia casatoria" publicado en la Revista *Intercambios* N° 8. (<http://www.jursoc.unlp.edu.ar/intercambios/intercambios/intercambios8/index.htm>).

⁴¹ Las discrepancias entre los Sres. Jueces surgieron en orden a la tesis subjetiva y la tesis objetiva respecto del art. 166 inc. 2º del C.P. en su texto anterior a la reforma de la ley 25.882. Por mayoría, prevaleció la segunda de las posiciones mencionadas, por lo que se rechazó el recurso fiscal en su integridad. Sólo menciono este aspecto del fallo a título ilustrativo, pues excede el objeto de este trabajo.

contenido en el requerimiento para la viabilidad de la ampliación no es ya la cita legal correspondiente a una determinada agravante, sino la descripción fáctica de la circunstancia real que la sustenta...”

“...Así las cosas, aún cuando el imputado y su defensor técnico pudieron apreciar y controlar las pruebas producidas en el debate de las cuales surgió la nueva circunstancia agravante, no puede con ello admitirse que se abastezca el ejercicio del derecho de defensa, puesto que éste no sólo se sustenta en la posibilidad de controlar la producción de la prueba de cargo, sino fundamentalmente, con la de contradecir la imputación mediante el ofrecimiento de pruebas de descargo...”

“...El propio artículo 359 prevé específicamente en la última parte del segundo párrafo que en caso de darse uno de los supuestos en que se permite la ampliación, el Defensor tendrá el derecho de pedir la suspensión del debate para ofrecer nuevas pruebas, y aún inclusive para que simplemente prepare la estrategia defensiva, de manera que, no habiendo tenido el encartado... la posibilidad de contradecir la imputación y defenderse, resulta improcedente, tal como lo consideró el a quo, el juzgamiento de la circunstancia agravante revelada en el debate...”.

En sentido análogo se pronunció la misma Sala en causa 2828 “Breden”. El imputado de marras fue condenado por un Tribunal en lo Criminal de la Provincia de Bs. As. a la pena de reclusión perpetua, accesorias legales y costas del proceso, como autor penalmente responsable de los delitos de Homicidio, Homicidio “crimínis causa” y Homicidio “crimínis causa” en grado de Tentativa, todos en concurso real, en los términos de los arts. 42, 55, 79, 80 inc. 7º del Código Penal.

La Defensa de Casación, en la audiencia prevista en el art. 458 del rito, denunció la violación del principio de congruencia y la defensa en juicio pues, el Tribunal de mérito, al determinar la calificación legal de los hechos en trato, incorporó una calificante específica (art. 80 inc. 7º del C.P.) que, argumentó, no se encontraba contenida en la descripción del episodio, ni fue objeto de debate, por lo que pidió que se declare la nulidad del fallo, en razón de haberse violado garantías constitucionales (art. 203 del C.P.P.).

El Tribunal hizo lugar al planteo⁴², en los siguientes términos: “...El Sentenciante, al insertar sorpresivamente la agravante, dejó a la defensa sin oportunidad de formular los

⁴²Previamente se había declarado procedente, también, uno de los agravios originarios del casacionista vinculado a la ponderación de la prueba de la materialidad ilícita, declarando que mediaba absurdo en la fijación de los hechos, en los siguientes términos: “...El “A quo” valoró el supuesto silencio por parte de D. (el hecho de que ésta no haya efectuado pedidos de auxilio) como circunstancia indicativa de que su muerte fue anterior a los restantes hechos, sin que se exprese de donde surge demostrado tal silencio, puesto que si S. nada refiere al respecto, no significa de por sí que ello haya sucedido como pretende el Sentenciante... si no puede establecerse que la muerte de D. fue precedente a los restantes sucesos endilgados a B. (por ausencia de prueba que así lo demuestre), menos aún puede decirse que los hechos que afectaran a M. y S. estuvieran dirigidos a lograr la impunidad de un delito antes realizado (homicidio de D.)...”.

descargos que pudiera haber considerado pertinentes y sin posibilidad de ofrecer las pruebas que hacían a su derecho.”

“En definitiva se ha condenado por un hecho diverso⁴³ del que fuera objeto de imputación, pues al agregar el fallo una circunstancia ajena a las contenidas en el suceso debatido y descrito en el requerimiento fiscal, se termina modificando el hecho en su propia esencia.”

“No es este el caso en el que, sobre una misma plataforma fáctica, se sostiene una calificación distinta a la que fuera propiciada por el Ministerio Público Fiscal. Aquí se ha introducido una circunstancia agravante que no estaba comprendida en el hecho materia de imputación, violándose el principio de congruencia, en cuanto este exige identidad fáctica entre el hecho enunciado en la acusación y el afirmado en la sentencia”.

“Esta lesión al principio de congruencia constituye una causal de nulidad absoluta, que debe ser declarada de oficio, en cualquier estado y grado del proceso, ya que se vincula con la intervención del imputado en el proceso, a la vez que implica una violación de la garantía constitucional que consagra la inviolabilidad de la defensa. (arts. 201 “in fine”, 202 inc. 3º, 203 segundo párrafo, 374 penúltimo párrafo, y ccdtes. del C.P.P.).”

“La declaración de nulidad que propicio beneficia al imputado en la medida en que permite modificar el encuadre legal acordado a los hechos que damnificaran a M. y S., los que considero que, así las cosas, deben calificarse como delitos de Homicidio (art. 79 del C.P.) y Homicidio en grado de Tentativa (arts. 42 y 79 del C.P.) respectivamente, pues si la figura agravada del art. 80 inc. 7º del C.P., comprende el tipo base del art. 79 del mismo cuerpo legal, al descartarse el delito agravado subsisten, claro está, los hechos punibles básicos, es decir, una muerte consumada y otra tentada que como tales, y en su totalidad, fueron materia del juicio. Rige el art. 461 y el penúltimo párrafo del art. 374 del Código de Procedimiento Penal.”

Como se observa, en este caso, el Tribunal de Casación asumió competencia positiva, extirpó de la materialidad ilícita las circunstancias indebidamente insertadas, y aplicó la ley sustantiva en relación con el hecho penalmente relevante que fuera acreditado

“De tal modo, se ha configurado en este caso el vicio de arbitrariedad en la motivación de la sentencia, pues se observa una desviación notoria de los resultados de la prueba, conteniendo el fallo, en el aspecto señalado, meras afirmaciones dogmáticas.”

“En efecto, tanto la finalidad de procurar la impunidad de un delito previamente cometido, como la existencia de ese delito previo, que se afirman, desordenadamente, al tratar la cuestión relativa a la autoría, no encuentran correlación con los elementos probatorios ponderados en el fallo, como tampoco se encuentran correctamente integrados a los hechos descritos al analizar el cuerpo de delito.”

“Tales defectos, impiden la aplicación del art. 80 inc. 7º del Código Penal, para subsumir las conductas que afectaran a M. y S.”

⁴³ En rigor, tal vez no hubiera sido necesario aludir –en estos términos– al modo en que se conculcó la congruencia, pues hubiese bastado con señalar, como en la causa 10.019, que no había operado el instituto previsto en el art. 359 del rito, vinculado con la ampliación de la acusación por haber surgido, en el transcurso del debate, una circunstancia agravante de calificación vinculada al hecho penalmente relevante que fuera materia de acusación.

por el Tribunal de mérito y que subsistía a pesar de la anulación parcial, condenando al imputado Breden a la pena de 22 años de reclusión⁴⁴, accesorias legales y costas por los delitos de Homicidio en concurso real con Homicidio en grado de Tentativa.

Por su parte, la Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal en causa “Bruzzone, Jorge A. y otros”⁴⁵ dispuso la anulación parcial de la sentencia en crisis y dispuso el reenvío.

Se trataba de un caso en que, en lo que aquí resulta relevante, el “a quo” calificó el hecho como constitutivo del delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización (el fiscal lo había calificado como tenencia simple de estupefacientes y suministro de estupefacientes a título gratuito) pese a que dicho propósito no se expuso ni en la indagatoria ni en la acusación fiscal.

El Tribunal de Casación Nacional señaló que, pese a que el art. 401 del rito nacional reconoce al tribunal sentenciante la facultad de “... dar al hecho una calificación jurídica distinta de la contenida en el auto de remisión a juicio o en el requerimiento fiscal, o que deba aplicar penas más graves o medidas de seguridad...” siempre que el hecho fuese el mismo, tal facultad se encuentra sometida a condicionamientos (la sujeción al procedimiento previsto en el art. 381 del C.P.P.) si es que surgen del debate circunstancias agravantes. Entendió que un supuesto tal debía descartarse en el caso, por no haberse incorporado en el debate ningún elemento nuevo⁴⁶.

Se agregó que al imputado, en las oportunidades procesales pertinentes se le endilgó “... una tenencia de estupefacientes para consumo personal y el suministro gratuito de marihuana a su consorte de causa, y ninguna pregunta se le formuló en torno al pretendido ánimo de comercialización; nada dijo el fiscal que requirió la elevación a juicio sobre la mencionada ultra intención, así como tampoco hizo alusión a ella el fiscal de juicio quien, no obstante modificar la calificación, la ciñó a la primera parte del art. 14 de la ley 23.737...”

A lo expuesto se adunó que “... las circunstancias modales del hecho atribuido no revestían, la momento del interrogatorio o del debate, características que manifiestamente pudieran ser consideradas “per se” como demostrativas del fin comercial de la tenencia, con lo que ni siquiera es dable exigir que se hubieran desarrollado argumentos defensivos “*ad eventum*”, máxime si el suministro gratuito también afirmado pareciera contradecir el ánimo de comercialización, y si la calificación de inicio elegida hizo lo propio respecto de la seleccionada por el tribunal sentenciante...”

⁴⁴ Valorando a esos efectos las pautas que en los términos de los arts. 40 y 41 del C.P. se tuvieron por concurrentes a su respecto en el fallo del Tribunal de mérito.

⁴⁵ L.L. T. 2000-E. Págs. 805/807.

⁴⁶ Que fueron definidos como nuevos elementos de carácter objetivo o subjetivo que al ser agregados a los que contiene el requerimiento originario, dilatan el ámbito fáctico del objeto del juicio y modifiquen la calificación legal

Un breve comentario merece este fallo de la Casación Nacional. Estimo que, si se considerara que “los fines de comercialización” (art. 5 inc. c de la ley 23.737) constituyen una circunstancia agravante de la simple tenencia de estupefacientes (art. 14, primer párrafo del mismo texto legal), el Tribunal de Alzada bien pudo extirpar el tramo indebidamente integrado al fallo y, asumiendo competencia positiva, pronunciarse sobre el fondo, sin reenvío.

En el sentido aquí propiciado, en la causa “Funes”, la Sala IV de la Casación Nacional, anuló la sentencia del Tribunal Oral Federal de Córdoba por considerar que se aplicó erróneamente el supuesto de “hecho diverso”, parte segunda del art. 401 del C.P.P. Nacional porque el “a quo” resolvió remitir el proceso al juez de turno para que entienda en la investigación de la presunta comisión por parte de la imputada Funes del delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización. Es menester señalar que Funes fue imputada, en el requerimiento de elevación a juicio, como autora de tenencia de estupefacientes distribuidos en distintos sectores de su domicilio, y se había mencionado el secuestro de elementos aptos para su fraccionamiento, encuadrándose su conducta en el delito previsto en el primer párrafo del art. 14 de la ley 23.737. Durante el transcurso del debate el fiscal solicitó la ampliación del objeto fáctico de la acusación (art. 381 del C.P.P.N.) y el “a quo” rechazó su petición por considerar que no encuadraba en ninguno de los supuestos contemplados en tal precepto, aplicando –en definitiva- la segunda parte del art. 401 por entender que, al surgir del debate la “posible finalidad de comercialización” se trataba de un hecho diverso al contenido en el requerimiento de elevación y, que, entonces, se encontraba impedido de resolver en relación a él. La Sala IV de la Casación Nacional consideró que **el tribunal debió haber fallado sobre la base fáctica descrita en el requerimiento de elevación –tenencia simple- ya que el “plus” de los elementos subjetivos que hacían a la intención de por qué se tenía la droga no habían sido incluidos en el *factum* fijado por el acusador, ni tampoco se había ampliado esa imputación durante el debate porque el tribunal había rechazado el pedido del fiscal de juicio en ese sentido.** (lo destacado me pertenece).

Un precedente de interés es el de la causa 184 “López” (Sent. 25/11/99) de la Sala I del Tribunal de Casación Bonaerense.

En dicho proceso, en lo que aquí resulta relevante, tres imputados fueron condenados por el delito de Homicidio Criminis Causa, en los términos del art. 80 inc. 7º del C.P. En el recurso casatorio, la defensa planteó la violación del principio de congruencia, señalando que en la acusación originaria (que solicitaba la condena en los términos del art. 165 del C.P.) no estaba incluido el elemento subjetivo específico de la figura penal aplicada por el “a quo” y que su ingreso al objeto del proceso en la oportunidad prevista en el art. 368 del rito, tomaba incongruente la postura de la fiscalía. Se señaló, también, que no se había

cumplido con el procedimiento previsto en el art. 359 para proceder a la ampliación, postulándose –en definitiva- la nulidad del juicio.

El voto minoritario del Dr. Sal Llargués, sostuvo la procedencia de este agravio. En lo esencial, fundamentó su postura en “... las profusas diferencias existentes entre las figuras de los arts. 80 inc. 7º y 165 del C.P...” destacando “... una de las más evidentes: el elemento subjetivo distinto del dolo que reclama el primero... Ese elemento subjetivo del tipo no estuvo siquiera connotado en la indagatoria que se le recibiera a C... donde –por aplicación de las normas hoy derogadas- se le comunicó que se lo indagaba por suponerlo autor del delito de “homicidio en ocasión de robo”. Tampoco al tiempo de dictársele la prisión preventiva por ese hecho... resolutorio que –como es sabido- tenía la virtualidad –entre otras- de fijar el trámite a imprimir conforme la norma del derogado art. 224. Tampoco en la acusación fiscal original de la misma causa...”

Previa reseña de las disposiciones contenidas en los arts. 312, 338, 354, 357, 359 y 374, el Dr. Sal Llargués, señalando el error del “a quo”, advirtió que “... la explicación que da la Cámara a su resolución...resulta inatingente. En efecto, que tras el debate se alegue de bien probado por las partes y estas formulen sus pedidos no permite tener a ese acto final para la parte por el que se fije(n) los hechos sobre los que versa... no es el nombre de un acto el que determina que se garantice efectivamente la congruencia. Como se ha señalado en el recorrido de las normas citadas, el anoticiamiento de los hechos por los que deberá responder el imputado comienza en el informe del art. 312 en el contexto de su declaración, verdadero acto de la defensa material. El requerimiento del art. 335 fija los hechos que han de llevarse al juicio (por los que ha debido ser intimado) y –si hubieran variaciones en las instancias posteriores- las únicas vías son la ampliación de la requisitoria... o la sujeción a los inicialmente traídos a juicio y la remisión de los nuevos al Ministerio Público. Todas estas disposiciones carecerían de sentido si –como ha ocurrido en el caso de autos- el Fiscal llegara al debate y no tuviera ninguna ligazón con los anteriores actos de anoticiamiento e intimación...”

Respecto a la posición de este magistrado, entiendo que se acerca a la interpretación postulada en este trabajo de los arts. 359 y 374 del rito. Empero, entiendo que no se distinguen adecuadamente los distintos supuestos que tales preceptos prevén y se postula la nulidad sin advertir que era posible asumir competencia positiva en los términos del art. 460 del rito, extirpando la circunstancia agravante indebidamente incorporada por el “a quo”.

Al discrepar con el magistrado preopinante, el Dr. Natiello consideró que “... en el sub-lite, **medió acuerdo tácito** a la incorporación de dicha ampliación al requerimiento fiscal, al inicio del debate, pues la defensa no hizo uso del derecho a manifestarse en desacuerdo –arg. “a contrario” del art. 374 4º apartado del ritual- ni solicitó la suspensión del

debate para ofrecer nuevas pruebas o preparar la defensa –arg. art. 359 2º apartado “in fine” del C.P.P.- por lo tanto no puede aceptarse una alegación relativa a que no se le había reprochado con anterioridad, los hechos ahora así comprendidos en la imputación... Tal circunstancia en modo alguno significa un desmedro de la exigencia normativa superior relativa a que toda persona sometida a proceso sepa, desde el inicio del mismo, cuál es el hecho que se le imputa pues, como se dijo, el hecho no ha variado sino por el contrario se le incorporaron sólo circunstancias que agravaron la calificación no contenidas en el requerimiento fiscal inicial o en el acto de elevación, pero vinculadas al delito que las motivó, consentidas por las partes... no advierto alteraciones en la relación procesal, emboscada procesal, ni ruptura del principio de congruencia, ni variación de los hechos, por lo tanto no puede predicarse la condigna nulidad del debate..” (lo destacado me pertenece).

Entiendo que la posición de este magistrado consagra supuestos “paralelos” (por llamarlos de alguna forma) de ampliación de la acusación por fuera del procedimiento previsto en la ley ritual. Doy los fundamentos de esta respetuosa crítica: derivar de la pasividad de la defensa, la conformidad con la ampliación implica asignarle a los preceptos rituales mencionados efectos que no resisten la semántica de los términos empleados por las normas que prevén requisitos de procedencia (que los hechos que la sustentan emerjan del debate) y un procedimiento específico (anoticiamiento y posibilidad de suspender el debate para producir pruebas y preparar la defensa) y consagrar un requisito que la ley no impone. En tal sentido, sin que se cumpliera el procedimiento de ampliación que, bajo pena de nulidad, viene impuesto por la ley, considero excesivas las consecuencias que se extraen al silencio de la defensa técnica ante la incorporación –en los lineamientos preliminares y en el alegato final del fiscal- de la ultrafinalidad aludida en el inc. 7º del art. 80 del C.P.

Respecto a la pretendida convalidación derivada de la pasividad de la defensa, el Tribunal Superior de Justicia de Neuquén ha sostenido en causa “Alarcón” que: “...La ampliación de acusación se efectuó en la audiencia de debate, en la oportunidad en que el fiscal de Cámara calificara la conducta de la procesada como configurativa del delito de homicidio simple en grado de partícipe primario, y no surge del acta correspondiente que se haya dado cumplimiento a la disposición contenida en el 2º párrafo del art. 346 del C.P.P., toda vez que al prestar declaración indagatoria se introdujeran al debate circunstancias relativas al hecho que no habían sido consideradas en la acusación originaria. Tal omisión, no puede considerarse convalidada por no haberlo advertido la defensa, toda vez que el propio rito sanciona a la omisión con la nulidad absoluta (arts. 346 y 149, respectivamente)”⁴⁷

⁴⁷ Pandolfi, op. cit. págs. 470/471.

Asimismo, si se respeta la línea argumental expuesta por el magistrado de la casación bonaerense aludido, debe notarse –en primer término- que la circunstancia agravante no surgió –en rigor- del debate, pues los lineamientos son anteriores a que se comience a producir la prueba y, por otro lado, si se lo considerara como configurativo del supuesto previsto en el art. 359 del rito (circunstancia agravante), ninguna pertinencia tiene la referencia a la conformidad de la defensa técnica, pues esa ampliación es una facultad del fiscal, sujeta a las condiciones allí establecidas a las que ya he hecho reiteradas referencias

Por último, advierto que este sufragio incurre en contradicción desde que, pese a reconocer que se “... **incorporaron** sólo circunstancias que agravaron la calificación...” (lo destacado me pertenece) se sostiene –en seguida- que existía “... identidad fáctica entre la imputación que desliza la requisitoria y la que en definitiva mereció reproche penal...”.

Distinto que el distinguido magistrado, estimo que se advierte “emboscada procesal” en el caso, pues –sin respetarse el procedimiento previsto para la incorporación- se integraron al objeto del proceso hechos con relevancia penal (los configurantes de la ultrafinalidad del inc. 7º del art. 80 del C.P.).

Por su parte, el Señor Juez Dr. Piombo discrepó con el Dr. Sal Llargués con fundamentos propios, lo cual podría suscitar que la sentencia casatoria no haya alcanzado, en este punto, mayoría de fundamentos en violación a lo dispuesto en el art. 168 de la Constitución Provincial⁴⁸

Comenzó por delinear las características del principio de congruencia en términos similares a los desarrollados en este trabajo y señaló que en el caso, “... la identidad fáctica se mantuvo desde el inicio de los procedimientos. A través de los sucesivos actos procesales las partes sabían que se juzgaba un robo a mano armada en cuyo proceso ejecutivo una persona fue muerta por los atracadores... Dentro del círculo marcado por las conductas por juzgar quedaban dos acciones: la de matar y la de desapoderar bienes ajenos. Entre una y otra, los diferentes vínculos que éstas pudieran guardar, es decir si el hecho fue mero fruto del acaso, o si hubo voluntad y conciencia de producir el resultado letal y si la muerte fue cometida para facilitar la comisión del hecho o procurar la impunidad. En la especie, la apreciación jurídica mutó precisamente en este aspecto, dado que mientras en la etapa preparatoria del debate el encuadramiento se centró en la relación causal entre ambos acontecimientos, en el debate plenario la acusación y luego la sentencia colocaron el acento en la vinculación teleológica del homicidio con el robo...”

Hasta aquí, parecería que la posición de este magistrado transitó por el sendero de considerar que el acontecimiento histórico intimado y el reconstruido en el fallo en crisis era

⁴⁸ Este aspecto colateral al objeto de este trabajo haría menester un cuidadoso análisis de la compatibilidad argumental de los votos de la mayoría conformada por los Dres. Natiello y Piombo.

el mismo y que sólo había variado la subsunción jurídica, sosteniendo –aunque implícitamente- que la intimación inicial ya contenía suficientes contornos fácticos para abastecer los requisitos típicos de la figura penal escogida por el Sentenciante de grado.

Sin embargo, la argumentación no se limitó a este extremo. A ello se agregó que “... la formulación de la acusación es de muy distinta factura en el marco de un trámite inquisitivo –donde el centro de gravedad está fijado en la etapa sumarial, siendo la faz plenaria mera revisión de lo precedentemente colectado muchas veces por el mismo magistrado que juzga-, si se compara con integración en el marco de un procedimiento acusatorio, cuyo centro de gravedad finca en el debate, y donde la instrucción tiene mero carácter preparatorio de un complejo acreditante que, salvo medidas irreproducibles, recién adquirirá contornos definitivos en el curso de la audiencia de debate...”.

Nada tengo que objetar a esta esclarecedora distinción entre los caracteres configurantes de los modelos teóricos de los procesos “inquisitivos” y “acusatorios”. Empero, no advierto la relación que tales diferencias guardan con la delimitación que la acusación efectúa del objeto del proceso. Más aún si advertimos que, ora mediante las acusaciones “alternativas” recomendadas por Maier, ora mediante los mecanismos expresamente previstos por la ley ritual (arts. 359 y 374 del rito vigente), la incidencia que la prueba del debate pudiera tener en la hipótesis fiscal cuenta con mecanismos para adecuarse a esas contingencias.

Seguidamente, el Dr. Piombo, haciendo pie en la distinción anterior, sostiene –en primer término- que la requisitoria de elevación a juicio no perfila definitivamente los hechos –en contraste con el dictamen del pretensor público en el Código Jofré- desde que –afirmando tanto los lineamientos preliminares de la acusación, la permisión de nuevas pruebas en los términos del art. 363 y la discusión final que brindaría a la parte actora “... la posibilidad de reformular la acusación, previendo como correlato las condignas réplicas...” constituyen oportunidades procesales para que se produzcan “... cambios en el ataque...”, añadiendo – en una versión de aquella idea de que “quien puede lo más puede lo menos”- que “... lo de poder cambiar es congruente con la prerrogativa del ministerio público, de mayor fuste por cierto, de desistir de la acusación planteada...”

De lo expuesto, el Dr. Piombo concluye en que la acusación actual “... es un acto complejo que se integra con el requerimiento de elevación a juicio y el alegato producido por el fiscal en el debate...”

Me permitiré, ahora, efectuar algunas reflexiones en torno a esta idea. Estimo que, de la caracterización de la acusación como acto complejo, no se sigue que los cambios en la hipótesis fáctica sostenida por el fiscal puedan producirse en cualquier etapa del debate. En concreto, estimo que tal posibilidad está vedada en la discusión final puesto que -como antes lo señalé- ello supone que ya se ha terminado con la recepción de las pruebas (art.

368 del rito de nuestra provincia). Entonces, una reformulación de la acusación en tal etapa sólo permitiría a la defensa y al imputado una réplica “discursiva” o “argumentativa” pero que no abarcaría aspectos que también están cubiertos por la garantía de la defensa en juicio tales como indudablemente lo son, la posibilidad de producir prueba de descargo y la de controlar la de cargo teniendo en cuenta la hipótesis acusatoria a refutar. Si se permite una reformulación de la hipótesis⁴⁹ fiscal en ese estadio procesal, considero que la actividad defensiva se restringiría indebidamente, reducida a intentar una mera refutación argumental.

En mi criterio, la postura de este magistrado podría compartirse, únicamente, si se pensara en una congruencia que abarcara hechos y derecho y se señalara que la discusión final es la última oportunidad para que el Fiscal varíe el encuadre jurídico del acontecimiento histórico que constituyó el objeto del proceso.

Sólo agregaré, en una reflexión pertinente para todos los precedentes jurisprudenciales analizados, que las coincidencias al momento de definir la congruencia y las divergencias en su aplicación, demuestran las “dificultades operativas” del principio en cada caso concreto.

3) Otras aristas presentan los casos en los que el hecho que constituye la hipótesis fiscal y el que emerge del debate, fundamente la aplicación de figuras penales “secantes”. Así, si en el curso del debate surgieran elementos que modifican la hipótesis fiscal y que provocan que una parte de la acusación no se verifique y –paralelamente- surgieran otras circunstancias fácticas y/o normativas que permitirían la subsunción en otra figura penal cuyos fundamentos fácticos compartieran sólo algunos elementos de la acusación originaria, la problemática que se presenta es más compleja. Ello así por cuanto, sin que se hayan operativizado ninguno de los institutos previstos en el rito para ampliar la acusación, entiendo que –en rigor- el tribunal de juicio no se hallaría habilitado para expedirse sobre las circunstancias que indebidamente incluye en su veredicto y que le permiten –pese a descartar un tramo de la acusación- reconstruir un suceso penalmente relevante y darle significación jurídica. Entiendo que, en tales casos, el Tribunal de Casación debe aplicar el art. 374, penúltimo párrafo y absolver al imputado, dado que la acusación, tal como se formuló, no se ha verificado⁵⁰. En este punto, agrego que podría discutirse si corresponde o no, que el Tribunal de Casación dé vista al Fiscal en turno para investigar las nuevas circunstancias resultantes del debate, en cuenta de que –habiendo asumido competencia positiva al absolver- jugaría en plenitud la garantía del “*ne bis in ídem*”. Sin que puedan señalarse cánones rígidos, pues cada caso concreto podría presentar particularidades, en

⁴⁹ Entendida como vinculada a los hechos penalmente relevantes.

principio no correspondería la vista al Ministerio Público Fiscal puesto que la absolución cancelaría toda posibilidad de renovar el proceso en torno al mismo acontecimiento histórico⁵¹.

Un fallo sumamente interesante en relación con este grupo de supuestos es el que pronunciara la Sala II del Tribunal de Casación de Bs. As. en causa 5264 “Romero”. Me permitiré citar, in extenso, la posición que la minoría sostuvo en este precedente, desde que –en mi modo de ver- se acerca en mucho a la propuesta interpretativa esbozada en la primera parte de este trabajo.

Un Tribunal Criminal condenó a S. N. R. a la pena de diecinueve años de prisión, accesorias legales y costas, por resultar autora penalmente responsable del delito de Abandono de Persona, agravado por la ocurrencia de muertes y por el parentesco, en los términos de los arts. 106 primer y tercer párrafo, en función del art. 107 del C.P.

Contra ese pronunciamiento, la Defensa interpuso recurso de casación y denunció la transgresión del principio de congruencia y el derecho de defensa en juicio, argumentando que el hecho por el que fuera intimada y acusada (al que se subsumió en las distintas etapas del proceso en el ámbito de los homicidios dolosos) importaba un hacer, un conocer y querer el resultado típico muerte y que la figura por la que se la condenó importa un comportamiento contrario (no realización de lo debido). Señaló que no pudo intercambiarse una imputación por otra, sin modificar la descripción del hecho intimado y por el que se pretendió ejercer la defensa y que tal mutación de la plataforma fáctica ocasionó que a la imputada R. le fuera imposible defenderse de las circunstancias novedosas incluidas en el fallo, dado que la prueba rendida en el debate se produjo para rebatir la hipótesis fiscalista que le atribuía un hacer positivo (matar a otro), impidiéndosele ensayar descargo alguno respecto al supuesto “abandono” y “desamparo” que el Sentenciante le achacó, privándose a la Defensa la posibilidad de contrarrestar esa hipótesis fáctica (como por ejemplo que, para la imputada, el encierro significaba cuidado del exterior mas no abandono, rebatir el dolo directo que exige el abandono y su desconocimiento del peligro para sus hijos, etc.).

En definitiva, la Defensa solicitó la absolución, haciendo pie en que la sentencia recurrida había descartado la hipótesis fiscal que, en todo el transcurso del proceso y hasta en el mismo alegato final, atribuyó a la imputada un comportamiento activo doloso, que había provocado la muerte de sus hijos, tal como se lo había propuesto la encartada.

La minoría consideró que el agravio era procedente. El Dr. Mancini, en su voto, comenzó señalando –minuciosamente- las “sucesivas muestras” del hecho atribuido que a

⁵⁰ Sin que para llegar a esta conclusión sea necesaria ponderación probatoria alguna, materia extraña a la tarea del Tribunal de Casación, puesto que el “fracaso” de la acusación viene establecida por el propio Tribunal de mérito.

⁵¹ Es que las “nuevas circunstancias” emergentes del debate –no integradas al “objeto procesal” por ninguna de las vías previstas en el ritual a esos fines- no permiten quitarle el carácter de acontecimiento histórico singular.

la imputada R. se le había efectuado en el transcurso del proceso. Así, se destacó que tanto la fiscalía en la oportunidad prevista en el art. 308 del C.P.P., como al requerirse la elevación a juicio y en los lineamientos de la acusación, al inicio del debate le atribuyó **haber dado muerte a sus tres hijos menores de edad provocando intencionalmente un incendio en la habitación de su vivienda, dejando encerrados a los menores, pereciendo los mismos a consecuencia de su accionar**, en tanto que –al producir su alegato final- reiteró –en términos generales- idéntica hipótesis, especificando que el incendio intencional fue provocado, **mediante la colocación de un papel al que prendió fuego debajo de uno de los colchones** (todos los destacados me pertenecen).

Hasta aquí, la hipótesis del Acusador.

Seguidamente, la postura minoritaria en el fallo del Tribunal de Casación advirtió que en el veredicto, **el Tribunal de mérito tuvo por acreditado que una persona de sexo femenino, colocando en situación de desamparo y abandonando a su suerte a sus tres hijos menores de edad, los encerró en una habitación precaria de su vivienda, sin posibilidad de apertura de la puerta desde su interior por mecanismo de accionamiento exterior accionado, dejando ante la ausencia momentánea de corriente eléctrica, como único factor de luminosidad, una vela sobre una madera, sin el debido resguardo que reportaba un ambiente signado por su fácil combustibilidad, al tratarse de una casilla de madera revestida para evitar las inclemencias del tiempo, por cartones y bolsas de residuos color negro, amén del mobiliario consistente en dos camas con sus respectivos colchones de poliuretano y unas tablas amuradas, que hacían las veces de repisa y techo de zinc. Como consecuencia de todos esos factores coadyuvantes –material sumamente inflamable, niños de temprana edad incapacitados para valerse por sí mismos, ambiente de reducidas dimensiones, ventana clausurada y puerta cerrada desde el exterior- se desencadena un foco ígneo que se tradujo en un posterior incendio en la habitación, como resultado de aquello, ocurrió el óbito de toda la prole a consecuencia de la carbonización de sus respectivos cuerpos, en ubicación geográfica diferenciada.**

Y dando favorable acogida al agravio del impugnante se sostuvo que: “...Tal como lo apunta la Defensa, de la simple lectura de los términos en que se describió el suceso histórico que le fuera atribuido a la imputada R en las distintas etapas por las que transitó el proceso (declaración en los términos del art. 308 del C.P.P., requisitoria de elevación a juicio (ver fs. 7/16), lineamientos de la acusación y alegato final de la Srta. Representante del Ministerio Público Fiscal, fs. 17/32) y su comparación con el hecho que se tuvo por acreditado en la primera cuestión del veredicto, se aprecia –sin esfuerzo- que **el Tribunal de mérito ha mutado en su esencialidad el suceso que se le imputara a la encartada R.**” (lo destacado me pertenece).

“Y ello es así desde que, como con acierto lo destaca el recurrente, no puede sostenerse que, en el caso, la descripción del suceso histórico y las conductas que se le atribuyen a la encartada R vinculadas con un accionar encaminado a provocar la muerte de sus tres hijos, mediante un incendio intencional, contenga, a su vez, contornos fácticos que permitan la subsunción de su accionar en la figura del art. 106 del C.P., en función del art. 107 del C.P., salvo que medie, como a mi entender se verifica en este proceso, un indebido corrimiento de su objeto por parte del Juzgador...” (lo destacado me pertenece).

“...A mi modo de ver, el fallo en crisis viola el principio de congruencia pues el Tribunal de mérito introduce una serie de conductas de la encartada (el haber colocado en situación de desamparo y abandonado a su suerte a sus tres hijos menores); hechos (consistentes en que, ante la falta momentánea de suministro eléctrico, colocó una vela sobre una madera) y actitudes de la imputada (el no haber advertido que el ambiente en que colocaba la vela era fácilmente combustible, lo que potenciaba el peligro, ante el encierro en que dejaba a sus hijos), todos ellos penalmente relevantes, amén del pronunciamiento que en definitiva recayó, que no se encontraban contenidos en el hecho materia de acusación. De las constancias obrantes en el acta de debate surge con claridad, que la hipótesis fiscal era muy diversa, a punto tal que en el alegato final –una vez producido el debate- (art. 368 del C.P.P.) la Srta. Representante del Ministerio Público Fiscal llegó a especificar el modo en que R inició el incendio, manteniendo, en su esencia, la misma imputación que se le reprochara a la encartada durante el trámite del proceso anterior al debate oral.” (lo destacado me pertenece).

“Los novedosos aditamentos integrados por el Sentenciante, que he enunciado más arriba, impidieron que la defensa rebatiera tales extremos, ofreciendo las pruebas que hacían a su derecho, al tiempo que se vio privada de ejercer el control de las restantes probanzas teniendo en cuenta las conductas, actitudes subjetivas de la imputada R y circunstancias penalmente relevantes que, en definitiva, el Tribunal de mérito integró al hecho.”

“Similar cortapisa sufrió la imputada R quien no pudo formular los descargos que pudiera considerar pertinentes en tiempo procesal oportuno. Y, peor aún, las explicaciones que la imputada brindó en el debate, negando toda intención matadora de su parte, fueron utilizadas por el “a quo” como elementos que, entre otros, permitían tener por acreditados los sorprendivos extremos a los que antes hiciera referencia.” (todos los destacados me pertenecen)

Señalo, por mi parte, que las “explicaciones” constituyeron, conforme el modo en que el “a quo” estableció la materialidad ilícita una suerte de “confesión en el vacío” desde que

admitió hechos con relevancia penal –conforme se valoraron en el pronunciamiento en crisis- sin saberlo y sin que le fueran intimados, con esa significación, en ningún momento procesal oportuno. No podría exigírsele a su defensa técnica que interviniera y/o impidiera esa declaración, desde que en tren de refutar la hipótesis de su contradictor natural (el fiscal), tal exposición era pertinente y útil y sólo con “capacidades adivinatorias” podía imaginarse que sus dichos habrían de integrar el plexo probatorio utilizado por el Tribunal de mérito para recrear el episodio del modo en que lo hizo.

Seguidamente, el Dr. Mancini mencionó los mecanismos procesales que permiten dilatar regularmente el “*factum*” (arts. 359 y 374 del C.P.P.) y señaló que “... sin que se haya puesto en funcionamiento este instituto⁵², el cual pudo ser operativizado por el propio Sentenciante al momento en que la producción de la prueba en la audiencia demostraba que el hecho materia de acusación era diverso⁵³ al que le fuera oportunamente intimado a la imputada R, no quedaba otra alternativa válida que la de condenar o absolver a S N R por el accionar que se le reprochaba y del cual había sido oportunamente intimada y acusada, sin perjuicio de remitir los correspondientes antecedentes para investigar las nuevas circunstancias emergentes del debate, si lo consideraba pertinente.”

“El Tribunal de mérito escogió otro camino. Descartó que la reconstrucción histórica del hecho y las conductas atribuidas a R., que efectuara en la primera cuestión del veredicto, importara un corrimiento del objeto procesal, argumentando que los componentes y circunstancias que se integraron a la exteriorización del hecho surgieron de la “esgrima dialéctica” representada por las partes en el contradictorio, quedando en el camino ciertos segmentos por ausencia probatoria a su respecto”, recalcando que a criterio del “a quo” el thema decidendum del debate fue y es “...La muerte violenta acaecida en hecho único, con pluralidad de víctimas, a través del fuego desencadenado en la casilla que los albergaba...Quién lo ocasionó, por qué medios, por acción u omisión, en forma dolosa, culposa o preterintencional, son variables directamente condicionadas a las probanzas reeditas en autos, como recreación del acontecer fenomenológico pretérito”.

“El amparo de la garantía de defensa en juicio y la del principio del “non bis in ídem”, se han respetado, aún cuando el Tribunal, ha dado al hecho, una calificación jurídica distinta al requerimiento fiscal”.

“Entiendo que el Juez sigue siendo soberano en la facultad de decir el derecho, pues admitir la hipótesis inversa no sólo lo convertiría en un convidado de piedra, sino que además, daría por tierra con el principio de raigambre constitucional, que coloca en cabeza del Poder Judicial la atribución de resolución de conflictos.”

⁵² En alusión al del art. 374 del rito.

⁵³ Rectius “distinto”.

El Dr. Mancini señaló, en este punto que "... no resulta admisible pretender que la única circunstancia amparada bajo el principio de congruencia era aquella vinculada con la producción de una "muerte violenta, acaecida en hecho único, con pluralidad de víctimas, a través del fuego desencadenado en la casilla que los albergaba". Las propias argumentaciones del "a quo" vienen a demostrar el corrimiento de la plataforma fáctica respecto de la cual la imputada R. fuera intimada y acusada, pues sólo bajo ese ceñido concepto de hechos y acciones penalmente relevantes pudo sostenerse –indebidamente y con tanta convicción- que no se incurría en una indebida dilatación del "*factum*".

En el mismo sentido, el Dr. Mancini consideró: "En mi criterio, sí resultaban relevantes, desde el punto de vista jurídico penal –y en cuenta del derecho de defensa en juicio, una de cuyas derivaciones es el principio de congruencia- extremos tales como quién ocasionó el fuego y bajo qué circunstancias fácticas, fundantes de una responsabilidad a título de dolo, culpa o preterintención, desde que esos hechos y acciones "esenciales" son los que deben ponerse en conocimiento del imputado y su Defensa para que puedan ejercer sus derechos".

"Lo hasta aquí expuesto evidencia, en mi criterio, que el decisorio en crisis violó el principio de congruencia, por lo que se impone la declaración de nulidad del veredicto en lo atinente a la existencia del hecho en su exteriorización material que allí se fijó y la autoría de la imputada en el mismo, sin que la invalidez alcance a la merituación de la prueba que condujo al Tribunal de mérito a descartar que la encartada haya provocado intencionalmente el incendio como medio para dar muerte a su prole, pues ello no guarda vinculación con lo invalidado y, en particular, con la causal que produjo esa nulidad."

Seguidamente, la minoría abordó la problemática vinculada a la decisión a adoptar, esto es, si correspondía asumir competencia positiva en los términos del art. 460 del C.P.P.

Dando respuesta afirmativa al interrogante planteado se sostuvo que: **"...el corrimiento del objeto procesal en el que incurrió el Juzgador impidió que se dictara respecto de la imputada R un veredicto absolutorio desde que, de la lectura íntegra del fallo en crisis, resulta evidente que –previa mutación indebida del objeto del proceso sin que se hayan operativizado ninguno de los institutos procesales vigentes que habilitan tal dilatación del "*factum*", en particular el previsto en el art. 374 del ritual- se le atribuyó un accionar diverso⁵⁴, descártandose la hipótesis acusatoria que, desde el punto de vista fáctico, el Ministerio Público Fiscal había mantenido en todo el trámite de la causa en torno a que la imputada R había dado muerte a sus hijos, valiéndose para ello, de un incendio intencional"**. (lo destacado me pertenece).

⁵⁴ Rectius "distinto".

“Si de las pruebas producidas en el debate, tal como el propio Sentenciante meritó, surge que el accionar por el que venía acusada la imputada R no se había acreditado no quedaba otra alternativa decisoria que disponer su absolución, sin que el quiebre lógico que importó la sorpresiva integración al “*factum*” de hechos que no fueron materia de acusación, pueda imponer a esta Alzada una postura decisoria diversa, tal como lo sería disponer el reenvío para la sustanciación de un nuevo debate. (art. 461 del C.P.P.)” (lo destacado me pertenece)

“...Adviértase que, para arribar a tal conclusión, no resulta menester ninguna ponderación probatoria (tarea que, en general, resulta ajena a este Tribunal), desde que la absolución emerge de la propia ponderación que de la prueba efectuara el Tribunal de mérito en cuanto a que no se había acreditado que R provocara intencionalmente el incendio que terminó con la vida de sus hijos.”

“La postura decisoria que propicio encuentra sustento, además, en principios generales del derecho procesal penal vinculados con que, de no acreditarse la hipótesis acusatoria, corresponde la absolución del imputado, principio éste que se encuentra implícitamente receptado en el ritual en el art. 367 del C.P.P.”

Seguidamente, se agregó que “... en cuenta de que, tal como surge del decisorio en crisis, la muerte de los menores producida en virtud del incendio de la casilla en la que se encontraban, podría tener alguna vinculación con la conducta de la imputada R. (en lo que resulte diversa del accionar por la que aquí se la absuelve) y ante la posible comisión de un delito de acción pública, considero que corresponde dar vista al Ministerio Público Fiscal a los efectos que se estimen correspondientes.”

Este tramo de la decisión podría ser criticable, desde que, la absolución propiciada – si se acude a la fórmula de Cafferata Nores- impedía –por imperio del “*ne bis in ídem*”- la hipotética tramitación de otra causa, pues la absolución abarcaba el acontecimiento histórico en su integridad. De todos modos, y en definitiva, no se ordenaba la iniciación del nuevo proceso, sino que sólo se ponía la cuestión a consideración del Ministerio Público Fiscal.

La mayoría de la Sala II, en cambio, desestimó la queja, esencialmente por considerar que “... Tanto las situaciones de desamparo y de abandono, la colocación de una vela sobre madera con la falta... del debido resguardo ante un ambiente signado por su fácil combustibilidad...” como la potenciación del peligro ante el encierro de sus hijos que afirmara el sentenciante en la cuestión primera del veredicto, si bien no fueron objeto de una descripción tan pormenorizada en la requisitoria fiscal ni en las alegaciones que el Ministerio Público ofreciera durante el debate, lo cierto es que no trascienden los lineamientos de la acusación ni generan una situación de sorpresa para la defensa sobre la cual no se pudiera expedir, haciendo uso del derecho a defenderse.”

“En tal sentido, creo que si el objeto de la plataforma fáctica consistió en que, ante la creación intencional de un foco de peligro, la madre abandonó a sus hijos dejándolos encerrados sin poder salir, situación de la cual se derivó la muerte de los menores, dicha circunstancia no aparece como contrapuesta (ni por exceso ni por defecto) con lo sostenido por el acusador cuando afirmó en la requisitoria que la “... imputada dio muerte a sus hijos...”, “...provocando intencionalmente un incendio en la habitación de la vivienda, dejando encerrados a los menores y pereciendo los mismos a consecuencia de dicho accionar...”.

“Así pues, estimo que no provoca sorpresa para la defensa la posibilidad de una comisión por omisión cuando en la requisitoria se expresó claramente que el resultado disvalioso sobrevino por haber “dejado encerrado a sus hijos”, ni se trata tampoco, en otro sentido, de figuras secantes –en tanto una omisión siempre implica una menor cuantía de injusto que una acción- que se excluyan dado que la posibilidad de imputar una norma de determinación (deber hacer) no quedó excluida de la descripción original que de los hechos hizo el Ministerio Fiscal.”

En definitiva, la postura que prevaleció, concluyó su análisis señalando que “... la imputación que aquí se cuestiona no deviene entonces de la novedosa inclusión del abandono, situación ya prevista en la estructura fáctica contenida en la acusación, sino en la insuficiente acreditación del dolo de matar”.

“No se advierte un relevante desplazamiento del elemento subjetivo, en tanto la figura aplicada, desechado el dolo homicida a favor del inculpado, aparece contenida en la descripción originaria sin excederla, ni aún en la valoración de la posición de garante de la autora derivada de la ley y su condición de madre de las víctimas.”

“No se viola el principio procesal de congruencia ni se afecta la defensa en juicio si sólo media la consideración dogmática de un supuesto impedimento de la contradicción en el plano formalizado del agravio y no se verifica una diferencia esencial entre el hecho descrito en la acusación y el que sustenta la condena, ni cuando las mismas circunstancias fácticas son objeto de una distinta subsunción jurídica que, por otra parte, resulta menos gravosa para el imputado.”⁵⁵

“Las precisiones contenidas en la sentencia que se derivan de la apreciación final de las pruebas rendidas no importan por sí solas detrimento a garantía alguna, vinculada con la congruencia entre la acusación y la sentencia y su consecuencia, la sujeción del juez al objeto procesal del juicio, si no se excede la extensión del hecho contenido en la imputación fiscal y sólo redundan en la supresión de alguna de sus aspectos por insuficiencia probatoria, motivando por consiguiente una variación en su significación jurídica”⁵⁶

⁵⁵ Ya he señalado que esto no resulta de ningún modo dirimente para definir la cuestión

⁵⁶ En definitiva, y también por mayoría (en minoría el Dr. Mancini, postuló hacer lugar al restante motivo de agravio y calificar el episodio como homicidio culposo), la Sala II confirmó el fallo condenatorio en su integridad.

Si recordamos los criterios propuestos por Giovanni Leone, en la primera parte de este trabajo, para detectar modificaciones indebidas del *factum*, surge –con evidencia- que la postura mayoritaria no supera ese test, sin que sobre señalar que el “... encierro de los hijos...” no constituía en la hipótesis fiscal un aspecto especialmente relevante –como en definitiva resultó en el veredicto-, sino que venía a completar la descripción del episodio que se centraba, indudablemente, en el incendio intencional provocado para dar muerte a los niños. Y sin perjuicio de ello, los restantes elementos señalados por el voto en minoría, que también fueron jurídico-penalmente relevantes en el veredicto y sentencia, no venían ni explícita ni implícitamente integrados a la acusación⁵⁷

Por último, el magistrado que votó en segundo término, señaló⁵⁸ que: “Para el caso en que mi opinión no haga mayoría, adelanto que tampoco concuerdo con el Dr. Mancini en cuanto a que correspondería absolver a la inculpada en los delitos por los que fuera acusada, desde que si bien en el caso de la eventual casación del fallo por violación del principio de congruencia, no podría por la vía de la nulidad desmejorarse la situación de la imputada por la prohibición de la non reformatio in pejus, lo cierto es que la nulidad de la condena amerita el reenvío para la realización de un nuevo juicio, y no habiendo pronunciamiento sentencial sino una mera consideración probatoria que desestima el dolo, no se advierte por qué razón el tribunal a quien se reenvían las actuaciones debería, más allá de aquella limitación, ver acotada su intervención por aplicación del principio “*non bis in ídem*”, que podría surgir como derivación de la adopción de una resolución definitiva”.

Ya he señalado, al afirmar que resulta más apropiado que la Casación asuma competencia positiva cuando ello fuera posible, las razones que justifican mi respetuosa discrepancia con esta postura.

Conforme a la propuesta interpretativa enunciada en la primera parte de este trabajo, la vía adecuada para variar la acusación y ajustarla a los hechos dilucidados en el debate, sería la prevista en el tercer párrafo del art. 374 (hecho distinto del enumerado en la acusación), sin que para su procedencia se requiriera la conformidad de la defensa, aunque sí –claro está- el cumplimiento del procedimiento previsto en el art. 359 del rito al que se remite.

Una última reflexión, pertinente para el caso y –en general- para todos los supuestos análogos. Supongamos que –en un debate oral-, ante por ejemplo, la imputación de un hecho constitutivo de homicidio simple, la defensa sostiene –como tesis principal- que no

⁵⁷ Aludo a las contingencias señaladas en el voto minoritario en cuanto a acciones; al “... haber colocado en situación de desamparo y abandonado a su suerte a sus tres hijos menores); hechos (consistentes en que, ante la falta momentánea de suministro eléctrico, colocó una vela sobre una madera) y actitudes de la imputada (el no haber advertido que el ambiente en que colocaba la vela era fácilmente combustible, lo que potenciaba el peligro, ante el encierro en que dejaba a sus hijos).

⁵⁸ En un *obiter dictum*, conforme el sentido del magistrado que definió la controversia, al adherir a la postura que rechazaba el agravio vinculado al principio de congruencia.

existe la prueba de la materialidad y –como tesis subsidiaria- que se trata de un homicidio culposo. Pues bien, inadvertidamente o no, este defensor habrá habilitado la jurisdicción del tribunal para que se expida acerca de una hipótesis alternativa a la formulada por el Fiscal. Un agravio casatorio que pretenda que –en tal caso- una condena por homicidio culposo viola la congruencia, sería palmariamente improcedente, sencillamente porque no existiría ninguna sorpresa que lastime el derecho de defensa en juicio. De ahí, que, en mi criterio y si la interpretación postulada en este trabajo se compartiera, la defensa debe actuar con cautela al momento de efectuar planteos subsidiarios o, al menos, hacerlo previendo que de tal modo torna en inviable un cuestionamiento por congruencia ante los tribunales superiores, que de no haber mediado tal planteo subsidiario, y ausente la oportuna variación de la hipótesis fiscal –conforme el tercer párrafo del art. 374 del C.P.P.-, podría tener mayor probabilidad de éxito.

En el sentido indicado, en la causa 7954 “Ferreyra” (Sent. 30/09/03), la misma Sala II, rechazó un planteo de la defensa que –tangencialmente- aludía a la violación al principio de congruencia. En ese precedente se consideró que “... Por fuera de las consideraciones que pudieran formularse, en el caso, en relación con el principio de congruencia, lo cierto es que el propio recurrente admite que la calificación escogida por el Juzgador, en lo pertinente⁵⁹, respondió a la propia alegación defensiva producida en el debate, lo que descarta que el encuadre jurídico de marras resultara sorpresivo y que –en definitiva- se haya producido lesión o perjuicio alguno que pueda vincularse con una afectación al derecho de defensa en juicio...”

Otro caso interesante se planteó en causa 9864 “Quevedo” de la Sala II de la Casación Bonaerense (Sent. 05/12/02). En este proceso, un Juzgador Correccional condenó al imputado –en juicio abreviado- a la pena de un año y siete meses de prisión en suspenso y cinco años de inhabilitación para conducir vehículos automotores por los delitos de Homicidio Culposo y Lesiones Culposas en concurso real.

La defensa recurrió el pronunciamiento por vía del recurso casatorio y, en lo que aquí interesa, planteó que se había vulnerado el derecho de defensa en juicio –por no haberse determinado en qué consistió la infracción al deber de cuidado ni en la intimación al imputado en la oportunidad prevista en el art. 308 del C.P.P. ni en la requisitoria de elevación a juicio, y el principio de congruencia en virtud de que el Juzgador había incorporado al hecho descrito en la acusación la circunstancia relativa a que las víctimas “... tenían prioridad de paso...”.

La Sala II, por unanimidad, desechó el planteo vinculado a los defectos en la intimación del hecho por considerar que la queja era extemporánea y que el momento

⁵⁹ El Tribunal de la instancia hizo lugar a dos de los planteos de la defensa y por ello modificó la calificación del Robo Agravado consumado por Robo Agravado en tentativa, y la de abuso de armas por lesiones culposas.

procesal oportuno para introducirla era la etapa de oposición prevista en el art. 336, destacando –además– que el agraviado había requerido la tramitación del juicio abreviado, conformándose con la calificación legal de la reparatoria y con la pena a imponer. Agregó, asimismo, que el encartado y su defensa técnica “... conocieron el hecho imputado, pudiendo realizar todas las defensas que consideraran oportunas y asimismo han podido defenderse respecto de la calificación legal, toda vez que se le informó la norma penal en la que el señor Fiscal enmarcó su conducta. En consecuencia, la defensa en juicio pudo ejercerse plenamente...”

Cabe efectuar breves consideraciones en relación con la respuesta obtenida por el recurrente a este tramo de su agravio.

En primer término corresponde señalar que “... La característica esencial del tipo culposo finca en su peculiar forma de individualización de la acción prohibida: a diferencia del tipo doloso activo, en que ésta se individualiza mediante su descripción, en el tipo culposo permanece prima facie indefinida y sólo es posible particularizar en cada caso, luego de determinar la conducta que origina el resultado relevado penalmente. Esto obedece a que los tipos culposos no criminalizan acciones como tales, sino que las acciones se prohíben en razón de que el resultado se produce por una particular forma de realización de la acción... el tipo culposo no castiga al autor por la forma en que un fin es perseguido, sino porque el resultado distinto al final presupone del parte del causante un peligro prohibido previsible y evitable... **Los tipos culposos son tipos abiertos, es decir, necesitados de la búsqueda de una norma de cuidado que los complete o cierre...** porque es imposible prever las innumerables formas en que la realización de una acción puede violar un deber de cuidado y crear un peligro...”⁶⁰ (lo destacado me pertenece y evidencia –en mi modo de ver– que una imputación que no establezca –en el caso concreto– cuál fue la conducta infractora del deber de cuidado pertinente imposibilita una defensa eficaz –por “vacío fáctico”–, desde que la genérica atribución de imprudencia, negligencia, inobservancia de los reglamentos, etc., sólo permite sostener “no fui imprudente, no fui negligente”, etc.)

En este proceso, tanto en la oportunidad prevista en el art. 308 como en la reparatoria de elevación a juicio, el Acusador atribuyó a Q. –esencialmente– que con su vehículo había embestido a un ciclomotor en la intersección de dos calles, ocasionando la muerte a uno de sus tripulantes y lesiones al restante. Omitió señalar en qué había consistido –desde el punto de vista fáctico– la concreta “imprudencia”, “negligencia”, “inobservancia de los reglamentos”, etc. a la que aluden los art. 84 del y 94 del C.P. Tal indeterminación, conforme los conceptos desarrollados por Maier a los que hiciera

⁶⁰ Zaffaroni. Op. cit. pág. 523.

referencia en la primera parte de este trabajo, configurarían un supuesto de nulidad absoluta. Empero, en el caso, el tardío planteo del agravio y la conformidad prestada por la Defensa y el imputado al trámite del juicio abreviado proporcionó argumentos para que, bien o mal, la Casación rechazara el planteo⁶¹.

Asimismo, considero que el presente caso constituye un ejemplo que permite destacar la importancia que reviste la facultad que se le asigna al órgano jurisdiccional en el art. 398 del rito para aceptar o desestimar el acuerdo de juicio abreviado al que arriben las partes. En concreto, la deficiencia en la formulación de la acusación en el requerimiento fiscal de elevación a juicio podría haber permitido al tribunal fundar la desestimación en la necesidad de un mejor conocimiento de los hechos.

En cuanto a la violación al principio de congruencia, la Sala II –por mayoría- rechazó la queja, señalando que no existe tal transgresión “... si no se verifica una diferencia esencial entre el hecho descrito en la acusación y el que sustenta la condena...”, aludiendo a que las variaciones del “*factum*” (que reconoció como existentes) eran sólo graduales y respondían al diverso grado de conocimiento y certeza adquirido durante el proceso. En tal sentido, la postura mayoritaria consideró que la referencia que en el veredicto se efectúa a la “prioridad de paso” de las víctimas, individualizó “... un aspecto fáctico que, si bien sólo genéricamente, estaba ya contenido en la acusación en cuanto reprochaba un hecho imprudente...”

El voto del Dr. Mancini, en minoría, discrepó con este temperamento decisorio, fundado en que en ninguna de las intimaciones anteriores, se hizo referencia a la mentada “prioridad de paso” y consideró que tal extremo resultaba una circunstancia de hecho esencial, a la luz de la significación jurídica que –en definitiva- el “a quo” asignó al episodio.

Asimismo, en relación a las limitaciones emergentes del instituto del juicio abreviado a los efectos de aplicar los arts. 359 y 374 del C.P.P., la opinión minoritaria destacó que –en ese escenario- “... el “a quo” debió ceñirse a los hechos intimados en la requisitoria...”, ponderando –además- que la esencialidad de la “prioridad de paso” indebidamente integrada al *factum* emergía del mismo pronunciamiento en crisis al sostenerse que el choque entre los rodados se debió a que el vehículo embistente no la respetó.

Por último, se consideró que el trámite del juicio abreviado acordado por las partes no subsanaba la afectación al derecho de defensa en juicio, haciendo pie en que el art. 399 establece, expresamente que la sentencia dictada en el marco de tal instituto “... se atendrá al hecho materia de acusación... Regirán en lo pertinente, las reglas del veredicto y sentencia...”. En cuenta de que el magistrado que votó en disidencia lo hizo en tercer

⁶¹ Ya he destacado que tal vicio no es subsanable por la vía de la “pasividad” del imputado y su defensa técnica en el comentario a la causa “López”.

término, cuando ya se había alcanzado mayoría, no expresó la solución que –en definitiva- correspondería..

Si se aplicara a este caso, la interpretación propiciada en este trabajo, estimo que el “a quo” debió expedirse ciñéndose al hecho materia de acusación y que la Casación, ante el vicio constatado, extirpara la circunstancia indebidamente integrada al fallo y asumiera competencia positiva (art. 460 del C.P.P.). Arriesgo que, en ese escenario, debió haberse dictado la absolución, desde que el déficit en la descripción del episodio impedía –por atipicidad- que se subsumiera el hecho en las figuras previstas en los arts. 84 y 94 del C.P., en ausencia de dato fáctico alguno que fundara el elemento “imprudencia”, “negligencia”, “inobservancia de los reglamentos”, etc.

En el mismo grupo de casos podríamos incluir el supuesto que se presenta en la causa seguida a A y B, aunque sus peculiaridades impedirían que la Alzada asumiera competencia positiva. Veamos por qué.

Los imputados A y B fueron condenados a la a la pena de prisión perpetua, accesorias legales y costas, como autores penalmente responsables del delito de Homicidio Calificado por el vínculo, en los términos de los arts.80 inc. 1º y 48 del C.P.⁶²

En lo que aquí interesa, A y B fueron acusados (art. 270 del C.P.P. según ley 3589, aunque el debate se rigió por el nuevo Código) de haber sometido a un menor de edad (hijo de A.) **a brutales castigos físicos**, sin brindarle inmediata asistencia médica, ingresando sin vida a un nosocomio, al que fuera conducido por otra persona, horas más tarde. Se señaló que la muerte de la víctima se produjo **por hemorragia digestiva y traumatismo de cráneo, como consecuencia de las múltiples lesiones ocasionadas por golpes con objeto duro y con aristas con filo, animado de violencia sobre las distintas partes de la superficie corporal del menor** (lo destacado me pertenece y viene a evidenciar el rol activo que a ambos sujetos se les endilgaba respecto a la golpiza y la atribución del resultado muerte –también para ambos encartados- en virtud de las lesiones ocasionadas por ese hacer agresivo contra la integridad física del menor fallecido, sin que las referencias que esa pieza procesal contiene en torno a que los imputados no le brindaron asistencia médica oportuna a la víctima trasciendan de contingencias que permitirían, a lo sumo, confirmar la activa vocación homicida atribuida a los reos en relación al resultado producido).

El tribunal de mérito tuvo por cierto que el suceso tuvo lugar, en las mismas circunstancias de tiempo y lugar relevadas en la acusación fiscal. Empero, al determinar la intervención de los imputados en ese episodio sostuvo – sin establecer, en lo fáctico, si la

⁶² La circunstancia agravante se comunicó a la imputada B. que no estaba vinculada del modo previsto en la figura agravada. Quien reunía dicha condición era el imputado A.

mentada golpiza fue emprendida en conjunto, tal como lo sostenía la acusación fiscal a la que antes aludiera-, que por la relación existente entre los protagonistas del hecho, en nada incidía para tener por coautores a los procesados, si el rol de cada uno de ellos pudo haber sido pasivo o activo, incluso si estaban o no presentes ambos al momento de comenzar la ejecución del delito, señalando –en definitiva- que la responsabilidad se fundaba no sólo por un acto de comisión sino que –por ocupar, cada uno de ellos, posición de garante- lo eran también por comisión por omisión.

Entiendo que, también en este caso, el “a quo” adicionó circunstancias penalmente relevantes, sin transitar ninguno de los mecanismos previstos por el rito para que tal proceder resulte válido, impidiendo que la defensa rebatiera tales extremos, ofreciendo las pruebas que hacían a su derecho, al tiempo que se vio privada de ejercer el control de las restantes probanzas teniendo en cuenta la sorpresiva hipótesis incriminatoria vinculada a la mentada comisión por omisión, los hechos que fundaban la posición de garante de cada uno de los imputados, y las actitudes subjetivas inherentes a la particular modalidad ínsita a la omisión impropia.

Similar cortapisa sufrieron los encartados quienes no pudieron formular los descargos que pudieran considerar pertinentes en tiempo procesal oportuno, falencia ésta que, en el caso, se evidenció al tiempo en que declararon en el debate –oportunidad- en la que negaron haber golpeado a la víctima. Peor aún, las explicaciones que brindaron en el debate, fueron utilizadas por el “a quo” como elementos que, entre otros, permitían tener por acreditados los sorpresivos extremos a los que antes hiciera referencia⁶³.

Como tema colateral, vale señalar que en este proceso, en el alegato final, el fiscal introdujo una acusación “alternativa” –por comisión por omisión- en relación al imputado A. Por fuera de lo que pudiera señalarse en relación a las cortapisas que al derecho de defensa sufre de tan postrera hipótesis fiscal alternativa⁶⁴-, siquiera puede estimarse que el Juzgador receptó esa postura, desde que la atribución a título de coautoría por comisión por omisión se extendió a ambos encartados, en la particular atribución alternativa de responsabilidad que el fallo parece consagrar.

Ahora bien, las dificultades que se presentan para la solución de este caso, si se comparte que existe violación al principio de congruencia son múltiples.

En primer lugar, la extirpación de las circunstancias fácticas indebidamente integradas al fallo que permitieron al “a quo” atribuir responsabilidad a ambos por comisión por omisión no habilitarían la competencia positiva de la Casación desde que un pronunciamiento sobre el “*factum*” por el que acusara el fiscal que viene –también- integrado al fallo como hecho acreditado, partiría de una suposición hipotética indemostrable relativa a

⁶³ “Confesión en el vacío”, similar a la que apuntara en el caso “Romero”.

⁶⁴ A las que ya he hecho mención al comentar la causa “López”.

que el Juzgador habría arribado a la misma conclusión, con independencia de un tramo de su razonamiento (el vinculado a la comisión por omisión).

Tales peculiaridades recomendarían el ejercicio de competencia negativa (art. 461 del rito) y el reenvío para la realización de un nuevo debate.

Sin embargo, las dificultades no terminan aquí. La intervención tuitiva del derecho de defensa en juicio que podría efectuar el Tribunal de Casación, desplazaría el tratamiento de hipotéticos agravios traídos por hipotéticos recurrentes vinculados a la inadecuación –en términos procesales- de la alternativa que el fallo establece entre roles activos y/o pasivos de los imputados atribuidos simultáneamente a ambos, como también de una queja casatoria que discuta, –desde la óptica de la dogmática penal- la admisibilidad de supuestos de coautoría en tipos activos dolosos en los que uno de los autores, lo sea por comisión y el otro por comisión por omisión.

Es cierto que el abordaje de tales agravios tendría como premisa que la plataforma fáctica a analizar no presentara defectos invalidantes a la luz del principio de congruencia. Pero, a todo evento, podría sostenerse que si el Tribunal de Alzada compartiera tales críticas, la nulidad del fallo por violación de la congruencia no lo sería en beneficio del imputado, al privarlo de una resolución favorable que cancele o aminore su responsabilidad penal y en el nuevo proceso emergente del eventual reenvío, la incidencia del principio de “*non refomatio in pejus*” resultaría muy limitada si se advierte que la condena lo fue por la hipótesis más gravosa de las imaginables.⁶⁵

4) Otro grupo de casos se presenta cuando se incorpora indebidamente un acontecimiento histórico autónomo⁶⁶ del que fuera objeto de acusación, sin que medie la conformidad del Fiscal y la Defensa. En tales supuestos, considero que corresponde que el Tribunal de Casación, anule el tramo del pronunciamiento que se expidió sobre tal episodio sin jurisdicción debidamente habilitada, y dar vista al Ministerio Público Fiscal en los términos del art. 374, quinto párrafo, última parte del C.P.P.

En ese sentido, se pronunció la Sala II del Tribunal de Casación Bonaerense en causa 7172 “Loyola” y otro. (Sent. 12/06/03). En lo que aquí interesa, los imputados L. y A. fueron condenados como autores del delito de violación de domicilio

La Defensa alegó violación al principio de congruencia y el derecho de defensa en juicio, destacando que sus asistidos venían acusados por la presunta comisión de los delitos de tentativa de homicidio simple en concurso real con portación de arma de fuego de uso civil condicional y que, entonces, el ejercicio de su defensa fue realizado en orden a dicha

⁶⁵ La prohibición de reformar en perjuicio sólo tendría repercusión en la especie de pena impuesta, desde que en el nuevo pronunciamiento resultante del reenvío no podría imponerse la pena de reclusión perpetua (prevista en el art. 80 inc. 1º del C.P.) pues en la primer condena se impuso la de prisión perpetua.

⁶⁶ Para establecer la “autonomía” del hecho estimo que resulta de utilidad acudir al concepto de concurso real previsto en el art. 55 del Código Penal al aludir a “... hechos independientes...”.

imputación. Señaló que, una vez terminada la recepción de las pruebas, en la oportunidad prevista en el art. 368 del C.P.P., el Acusador –antes de alegar- amplió el requerimiento de elevación a juicio en los términos del art. 359 del C.P.P.. Recordó que, en esa oportunidad, la defensa sostuvo que dicha disposición no podía ser aplicada una vez concluida la etapa de recepción de las pruebas y que no abarcaba la supuesta imputación de nuevos hechos, sino sólo de aquellas circunstancias agravantes de calificación o integrativas del delito continuado y que –frente a la posible configuración de un hecho diverso al descrito en la acusación originaria- expresó su disconformidad para que el mismo sea decidido en esa instancia, por lo que –ante la falta de acuerdo- el órgano jurisdiccional debía sujetarse al hecho contenido en la intimación.

La Sala II del Tribunal de Casación, por unanimidad, hizo lugar al planteo, circunscribiendo el análisis al art. 359 del rito, que declaró erróneamente aplicado, señalando, previa transcripción de este precepto y del art. 374 del C.P.P. que: “...La simple letra de la ley viene a darnos la respuesta al interrogante que planteara con anterioridad, pues aún dejando a un lado los déficits que presentan las sucesivas descripciones del hecho efectuadas en el transcurso del trámite de la causa (a título ejemplificativo, las contenidas en las declaraciones de los imputados L. y A. y en la requisitoria de elevación a juicio, en las que ningún contorno fáctico permite deducir, sin esfuerzo, una referencia a la acción prohibida (“entrare”) y al requisito típico del art. 150 del C.P. vinculado a que esa entrada al domicilio ajeno lo sea, “contra la voluntad expresa o presunta de quien tenga derecho a excluirlo” lo que resulta, en sí mismo, una seria falencia que lastima el derecho de defensa en juicio), **lo cierto es que la vía intentada por el Acusador para ampliar su requerimiento resultaba inadecuada pues no se trataba de ninguno de los casos a los que alude el art. 359 del C.P.P. para poner en funcionamiento tal instituto, con lo que la decisión del Tribunal de mérito que la convalidó resulta de una errónea aplicación de la norma adjetiva en cuestión.**” (lo destacado me pertenece).

“...Es evidente que la acusación que se intentó enderezar contra los imputados L. y A. vinculada con su ingreso al domicilio de la finca ubicada en la calle Azul N° 610 de la villa “Azul” de la localidad de Wilde, se fundó en hechos que surgieron en el transcurso del debate, que ninguna relación guardan con la originaria hipótesis fiscal...” (lo destacado me pertenece).

“...Y entonces, ante la falta de conformidad de la Defensa exigida en el cuarto párrafo de tal precepto, que fuera expresada en el debate (según surge de la respectiva acta, cuyas copias certificadas obran a fs. 5/11 y vta. de este legajo), para que ese hecho diverso fuera juzgado en esa instancia, el Tribunal de mérito no se encontraba habilitado para expedirse sobre el punto, sin perjuicio de que pudiera disponerse la

remisión de los antecedentes al fiscal de turno a la que se alude en el quinto párrafo del art. 374 del C.P.P...” (lo destacado me pertenece).

“...Para despejar cualquier duda en cuanto a que el hecho atribuido a los imputados L. y A. (entrada al domicilio de la calle Azul N° 610 en contra de la voluntad de quien tenía derecho a excluirlos) es distinto⁶⁷ al enumerado en la acusación originaria, creo que tal diversidad es implícitamente reconocida y confirmada por el Sentenciante, pues el concurso real, en los términos del art. 55 del C.P., que se afirma respecto de todas las figuras que se aplicaron, viene a evidenciar la “independencia” entre todos los hechos que fundamentaron tales calificaciones legales, **lo que resulta un certero indicador de que se trataba de hechos distintos⁶⁸...**” (lo destacado me pertenece)

“...Lo expuesto conduce a declarar la nulidad parcial del fallo por inobservancia de los arts. 359 y 374 del C.P.P. y por violación del derecho de defensa en juicio y debido proceso (art. 18 de la C.N.), que alcanza todos los aspectos vinculados con la condena recaída en autos, respecto del delito de Violación de Domicilio que se atribuyera a los imputados L. y A. en calidad de autores, debiéndose dar vista al Ministerio Público Fiscal a los efectos que estime correspondientes, en orden a la posible comisión de un delito de acción pública vinculada con la supuesta entrada de dos personas, contra la voluntad de sus moradores, al domicilio ubicado en la calle Azul N° 610 de la villa “Azul” de la localidad de Wilde, hecho presuntamente ocurrido el día 28 de agosto de 1999...” (lo destacado me pertenece).

Efectuaré ahora unas breves reflexiones sobre este precedente, que se compadece con la interpretación propuesta en este trabajo a los arts. 359 y 374 del C.P.P. Si aplicamos a este caso la fórmula propuesta por Cafferata Nores en “Fernández” emerge, con evidencia, que una hipotética absolución por los hechos por los que venían acusados los imputados L. y A. no obstaría –desde la óptica del “*ne bis in ídem*”- a la sustanciación de un nuevo proceso por violación de domicilio, pues no se verifica “identidad objetiva” entre ambos acontecimientos.

CONCLUSIONES

Como colofón, corresponde delinear las principales consecuencias que se extraen de la interpretación que propicio de los arts. 359 y 374 del rito bonaerense, cuya fundamentación fue expuesta en el curso del presente trabajo.

1. El principio de congruencia resulta una derivación del derecho de defensa en juicio y debido proceso consagrados en la Constitución Nacional, los Tratados Internacionales incorporados a ella con su misma jerarquía y en las Leyes Fundamentales de cada

⁶⁷ Recetius “un hecho diverso”.

⁶⁸ Rectius “diversos”.

provincia.

2. Circunscribir su operatividad a los hechos no supone agravio constitucional, sin perjuicio de lo cual podría considerarse aconsejable que nuestro Código Ritual, adopte una fórmula similar a la de la Ordenanza Procesal Alemana o a la del Proyecto de 1989 que aventaría toda sorpresa (tanto fáctica como de subsunción jurídica).

3. Si se ciñe el principio de congruencia al campo fáctico, el principio *iuria novit curia* (*de mihi factum dabo tibi ius*) adquiere plena vigencia, pero se limita con nitidez a que –sin ningún corrimiento indebido de la plataforma fáctica- prevalezca la significación jurídica del órgano jurisdiccional por sobre el que sustenten las partes. De ello se sigue que el fundamento de un agravio que pretenda argumentar violación a la defensa en juicio y al debido proceso por la sorpresa derivada de un brusco cambio de calificación jurídica, encontrará dificultades para tener éxito, desde que deberá evidenciarse que tal modificación en el encuadre jurídico era imposible de prever. Existen altas probabilidades de que una queja con este fundamento encuentre como respuesta la exigencia de defensas “*ad eventum*”.

4. Los arts. 359 y 374 del C.P.P.B.A, por fuera de los errores de técnica legislativa que se han señalado, prevén cuatro supuestos de ampliación o modificación de la hipótesis fiscal, sujetas a requisitos comunes (que los hechos que la funden surjan en el debate y que se cumpla un procedimiento específicamente previsto, bajo sanción de nulidad, en el que debe anoticiarse al imputado de las nuevas circunstancias, ampliaciones o modificaciones de la hipótesis acusatoria, brindando –además- a la defensa técnica, la posibilidad de solicitar la suspensión del debate para producir nuevas pruebas y/o para preparar la defensa). Debe distinguirse, entonces, la ampliación de la acusación vinculada al 1) delito continuado y a 2) las circunstancias agravantes (art. 359), de 3) la modificación de la hipótesis fiscal del art. 374, tercer párrafo ante “el hecho distinto” y 4) la ampliación –por adición de “un hecho diverso”, del cuarto párrafo-. Una hipotética reforma debería tener en cuenta el texto propuesto en el Proyecto de 1989 (art. 434).

5. La conformidad de la Fiscalía y la Defensa técnica sólo es exigible en 4) y, ante la falta de acuerdo, debe procederse a la remisión de los antecedentes al Agente Fiscal para la pertinente investigación. En tal caso, el órgano judicial debe dictar sentencia respecto de los hechos contenidos en la acusación originaria.

6. El principio *ne procedat iudex ex officio* (receptado en el art. 6 del rito bonaerense) y la necesidad de preservar la imparcialidad del órgano jurisdiccional imponen que la decisión –la última palabra- relativa a si se amplía o modifica la hipótesis de cargo, debe quedar en cabeza del Acusador, sin perjuicio de las responsabilidades funcionales que pudieran corresponderle por una temeraria conducta procesal –esencialmente por defecto, aunque también por exceso- en la utilización de esas facultades. Asignarle una inteligencia

contraria –en este punto- importaría reducir la “intensidad acusatoria” de nuestro Código Procesal a la mínima expresión.

7. La interpretación que propicio de los arts. 359 y 374 del C.P.P. da cuenta de la dinámica propia del debate oral, al permitir ampliaciones y modificaciones de la hipótesis fiscal emergentes de la producción de la prueba en esa fundamental instancia del código vigente, balanceando estas excepciones a una inmutabilidad estricta con la exigencia de respetar el procedimiento previsto en el rito y asignando consecuencias prácticas –en la instancia recursiva- a su transgresión. Colateralmente, jerarquiza al Fiscal puesto que es quien define los perfiles del *factum* (conflicto penal) sobre el que el órgano jurisdiccional debe expedirse.

Creo que la significación asignada concilia adecuadamente los roles del Juez, Fiscal y Defensor en el rito vigente y, pese a posibilitar mutaciones en la hipótesis fáctica del Fiscal en el debate, las somete a requisitos que aventan “emboscadas procesales”, “sorpresas” y “juegos de adivinanzas”, respetando el derecho de defensa en juicio y el debido proceso.

Si la inteligencia asignada a tales preceptos se compartiera, debe advertirse que las alegaciones subsidiarias de la Defensa, en el curso del debate, desplazan –por regla general- la posibilidad de articular un agravio casatorio que se funde en la violación al principio de congruencia en los casos en que el Juez de mérito considere adecuada la hipótesis alternativa planteada, puesto que –evidentemente- ninguna sorpresa puede alegarse en tales supuestos, desde que –expresamente- la Defensa la incorporó –aunque *ad eventum*- al objeto del proceso. De ello se sigue que, tales planteos subsidiarios deben utilizarse con cautela o bien conociendo las consecuencias de su postulación.

7. El instituto del juicio abreviado en modo alguno supone una excepción al principio de congruencia.

8. El Tribunal de Casación de la Pcia., si verifica una transgresión al principio de congruencia debe –en la medida de la posible- asumir competencia positiva previa extirpación de los hechos –en sentido amplio- sobre los que el “a quo” se ha expedido sin jurisdicción debidamente habilitada, evitando reenvíos que recuerdan el “*non liquet*” del procedimiento acusatorio romano. De este modo, además, la garantía del “*ne bis in ídem*” –interpretada en su auténtico sentido de evitar indebidos riesgos de condena- se ve revalorizada.

Así, la asunción de competencia negativa y el consecuente reenvío que retrograda el proceso a etapas ya superadas, es la excepción y se fundamenta –esencialmente- en los casos en que –por diversos motivos- el “a quo” no tenga competencia para pronunciarse o existan obstáculos insalvables al ejercicio de la acción penal, con lo que –en rigor- el riesgo de condena no se renueva porque nunca existió. En igual sentido ha de entenderse la

remisión al Agente Fiscal para investigar “un hecho diverso” emergente del debate, el cual debe supeditarse a que supere el test del “*ne bis in ídem*”.

9. De la extensa reseña jurisprudencial efectuada surgen datos que indican las “dificultades operativas” del principio de congruencia en los casos concretos, tanto en la etapa del juicio como así también en la etapa recursiva.

Para finalizar, reiteraré el principio fundamental que inspiró los lineamientos de este trabajo:

“La idea fundamental, una que está profundamente arraigada al menos en el sistema jurisprudencial anglo-americano, es que no se debe permitir al Estado, que con todos sus recursos y poder, haga repetidos intentos para condenar a un individuo por un invocado delito, sometiéndolo a perturbaciones, gastos y sufrimientos y obligándolo a vivir en un continuo estado de ansiedad e inseguridad, aumentando la posibilidad de que, aún siendo inocente, sea hallado culpable”⁶⁹

⁶⁹ Green vs. United States (355 U.S. 184, 1957).