

## LA APLICACIÓN DE LAS REGLAS DEL LITIGIO COMO HERRAMIENTA PARA COMPRENDER EL ALCANCE DEL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA

*Por Carolina Ahumada y Diego García Yomha*

### **I. Introducción**

El principio de congruencia constituye uno de los pilares fundamentales sobre los que se sustenta el juicio republicano y es derivación directa del derecho de defensa en juicio consagrado en los artículos 18 de la Constitución Nacional, 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 14.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

La congruencia implica que la sentencia sólo puede referirse a aquellas cuestiones que han sido introducidas en el juicio mediante la acusación y que las partes tuvieron ocasión de controvertir.

En consecuencia, todo aquello que exceda los límites fijados por el acusador, no podrá ser valorado por el poder jurisdiccional desde que implica una afectación al derecho del imputado de conocer y expedirse sobre el reproche erigido en su contra. Tal como lo explica Binder, el derecho de defensa se ve afectado si *“luego del debate, la sentencia se refiere a cualquier otro hecho, diferente de los tenidos en cuenta durante éste”*<sup>1</sup>

Si bien la formulación es sencilla, la práctica de los tribunales demuestra que la vigencia y delimitación de este principio no siempre resulta clara. Se suscitan toda clase de problemas vinculados a modificaciones jurisdiccionales de la calificación jurídica asignada al hecho, del *quantum* y tipo de pena requerida por el órgano acusador, así como también, la aplicación oficiosa de excusas absolutorias y causas de justificación, entre otros tantos ejemplos que podrían citarse.

Tal como puede apreciarse, la regla según la cual el imputado debe tener la oportunidad de ser oído en relación a todos los aspectos abordados por la sentencia, lejos se encuentra de estar resuelta en su faz práctica.

Ello responde a diversos factores, entre los que cabe mencionar la deficiente regulación de segundo grado en lo referido a este aspecto y a los cambios doctrinarios y jurisprudenciales que –en los últimos tiempos- operaron en la materia, favoreciendo un ostensible progreso en cuanto al alcance que debe asignársele al principio de congruencia pero que aún no ha sido lo suficientemente ampliado e internalizado por los actores del proceso pues en muchos casos todavía se postula la irrestricta aplicación del aforismo *iura novit curia*.

La etiología de este problema se vincula también con la forma en que se desarrolla hoy en día el juicio oral; esto es: *la ausencia de la aplicación de reglas del litigio*. Nos proponemos demostrar, entonces, que las pautas de litigación oral constituyen un instrumento idóneo que favorece la plena vigencia del principio de congruencia y, consecuentemente, de la defensa en juicio.

Para ello, deviene imprescindible efectuar un breve recorrido sobre las principales teorías articuladas en lo atinente al alcance que debe asignársele al principio en estudio para luego fijar nuestra posición.

## II. Breve reseña sobre el desarrollo jurisprudencial y doctrinario

El principio de congruencia fue inicialmente entendido tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, en forma extremadamente acotada. Según las posiciones más tradicionales, la congruencia alcanza únicamente los aspectos de hecho de la acusación, y todo aquello que no constituya una modificación de la base fáctica no implica una afectación a este principio. Esta visión restrictiva de la congruencia se explica en función del aforismo *iura novit curia*, según el cual, el tribunal tiene la facultad de modificar la calificación jurídica de los hechos puesto que *“el juez conoce el derecho”*.

En la línea de pensamiento más tradicional, Claría Olmedo asegura que el aspecto jurídico no se encuentra alcanzado por el principio de congruencia desde que el tribunal tiene la libertad para elegir las consecuencias jurídicas que estime corresponder en relación a las cuestiones de hecho introducidas por las partes al debate.<sup>2</sup>

Esta posición también ha sido sustentada repetidamente desde la jurisprudencia. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha entendido que *“el cambio de calificación no configura agravio constitucional alguno, cuando, como ocurre en el caso, la sentencia recurrida versa sobre el mismo hecho del proceso motivo de condena en primera instancia y de acusación por parte del Ministerio Público...”*<sup>3</sup>

Este fue el criterio receptado legislativamente y se encuentra, por ejemplo, en el actual Código Procesal Penal de la Nación. El artículo 401 establece que *“(e)n 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 mas 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...”*

---

1 BINDER, Alberto, "Introducción al derecho procesal penal", Editorial Ad Hoc, 2ª Edición, Buenos Aires, 2005, pág. 163.-

2 CLARÍA OLMEDO, Jorge A. "Derecho Procesal Penal", T. I, Rubinzal Culzoni Editores, pág. 244.

Si bien la fijación de límites en relación al aspecto fáctico de la acusación constituye un acierto, entendemos que este criterio sólo puede ser entendido como un punto de partida que no agota la discusión en torno del principio de congruencia. En efecto, a fin de salvaguardar el derecho de defensa y la contradicción, la congruencia necesariamente debe ser valorada con mayor amplitud.

En este sentido, la doctrina más moderna sostiene que el principio *iura novit curia* no puede ser entendido en forma absoluta y que su limitación se torna imperiosa a los fines de garantizar el derecho de defensa. Maier reconoce que, si bien la regla no se extiende a la subsunción de los hechos bajo conceptos jurídicos, todo cambio brusco de calificación puede provocar indefensión<sup>4</sup>.

Asimismo, Binder explica con toda claridad que un concepto amplio de defensa impide reconocerle al tribunal facultades absolutas para modificar la interpretación jurídica dada por el acusador, por cuanto *“el juicio no puede resultar ‘sorpresivo’ para el imputado. El tribunal debe preocuparse porque no se sorprenda al imputado en ninguna de las fases o dimensiones del juicio porque, en este caso, se estaría afectando su posibilidad de ejercer adecuadamente el derecho de defensa.”*<sup>5</sup>

Por su parte, en una tercera línea evolutiva del alcance del principio en estudio, Ledesma también postula una visión amplia del derecho de defensa y sostiene que el imputado sólo podrá defenderse en la medida en que conozca todos los elementos relevantes de la acusación, pues el objeto litigioso no puede ser considerado aisladamente toda vez que *“se integra con las proposiciones iniciales del fiscal, hechos constitutivos y conducentes, mas los hechos impeditivos y extintivos que pueda haber alegado la defensa, así como las consecuencias jurídicas atribuidas a tales hechos por las partes”*<sup>6</sup>, concluyendo que el principio *iura novit curia* reconoce un límite infranqueable en la inviolabilidad de la defensa en juicio.

Cafferata Nores señala que la congruencia resulta básica para el eficaz ejercicio de la defensa y que *“de poco serviría ser oído sobre una imputación que con posterioridad puede ser mutada en su esencia y convertirse, por tanto, en otra diferente...”*<sup>7</sup> y agrega que para que el imputado pueda defenderse de la imputación, debe conocerla en todos sus elementos relevantes, ello con el fin de evitar sorpresas.

Finalmente, Bovino explica que *“en la medida en que las reglas jurídicas que el tribunal aplica a los distintos aspectos del caso no hayan sido debatidas y no se haya permitido a la defensa alegar*

---

3 Fallos, 302:482

4 MAIER, Julio B.J. "Derecho Procesal Penal", T. I Fundamentos, Del Puerto Editores, Buenos Aires, 2004, pág. 569.-

5 Y agrega que "...si bien en principio el tribunal conserva una cierta libertad para aplicar el Derecho y para apartarse de la calificación jurídica realizada en la acusación o en el auto de apertura a juicio –según el sistema procesal de que se trate–, se debe entender como una violación del derecho de defensa el hecho de que la calificación jurídica que hace el tribunal de los mismos hechos resulta sorpresiva y no fue tenida en cuenta en ningún momento del desarrollo del juicio o los debates particulares. Esta limitación del principio *iura novit curia* deriva directamente del principio, garantizado por la Constitución, de la inviolabilidad de la defensa en juicio" BINDER, Alberto, op. cit. pág. 163.-

6 LEDESMA, Ángela Ester, ¿Es constitucional la aplicación del brocardo *iura novit curia*? en Estudios sobre Justicia Penal, Homenaje al Profesor Julio B.J. Maier, Editorial del Puerto, Buenos Aires, 2005, pág. 362.-

7 CAFFERATA NORES, José I. "Proceso Penal y derechos humanos. La influencia de la normativa supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional en el proceso penal argentino". Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000, pág. 112.-

sobre tales cuestiones, la situación de indefensión puede resultar prácticamente idéntica a la del cambio sorpresivo de calificación jurídica.”<sup>8</sup>.

Esta evolución del principio de congruencia también ha sido desarrollada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el fallo “*Ramírez, Fermín c/ Guatemala*” del 20 de junio de 2005. En dicho precedente, la Corte entendió que la sentencia no se debe apartar de los hechos descritos en la acusación y que el derecho de defensa se vulnera si, aún cuando los hechos no son alterados, se modifica la calificación jurídica sin observar las garantías procesales previstas en la ley para realizar dicha modificación. Asimismo, expuso que en el caso, el tribunal se limitó a advertir a las partes sobre un posible cambio de calificación, aunque no brindó precisiones sobre la eventual asignación jurídica del hecho, todo lo cual privó al imputado de certeza acerca de los hechos imputados y “*en consecuencia, representaron un obstáculo para preparar adecuadamente la defensa en los términos del artículo 8.2.c) de la Convención.*”<sup>9</sup>

En esa misma dirección, se ha expedido la Corte Europea de Derechos Humanos en el precedente “*Pelissier y Sássi vs. Francia*” en cuanto sostuvo que “*en cuestiones penales, el precepto concerniente a una información completa y detallada de los cargos formulados contra el imputado y, consecuentemente, a la calificación legal que el tribunal pueda adoptar al respecto, constituye un prerequisite esencial para asegurar que los procedimientos sean justos...*”<sup>10</sup>

Este criterio fue receptado también por diversos precedentes de la Cámara Nacional de Casación Penal<sup>11</sup>, que por la función y el rol que cumple, debe considerarse como un avance importante en la materia.

Más allá de los progresos enunciados, debemos reconocer que la jurisprudencia de nuestro país lejos se encuentra de alcanzar una interpretación ideal del principio analizado. Por ello, se impone la necesidad de adoptar una visión superadora de las posturas más restrictivas y de la regulación de segundo grado, a efectos de instaurar la idea de que el poder jurisdiccional no puede dictar una sentencia en la cual se introduzcan cuestiones que no fueron objeto de contradicción entre las partes.

Entendemos que en el marco de un proceso respetuoso de los derechos y principios constitucionales, no se puede admitir que el órgano juzgador exceda los límites de la acusación. Ello implica que el tribunal no sólo deberá abstenerse de introducir cuestiones de hecho no debatidas, sino

---

<sup>8</sup> BOVINO, Alberto, “Principio de Congruencia, derecho de defensa y calificación jurídica. Doctrina de la Corte Interamericana”, en Revista de Derecho Procesal Penal, 2006-1, Rubinzal Culzoni Editores, pág. 523

<sup>9</sup> BOVINO, Alberto, op. cit. Pág. 506.-

<sup>10</sup> Citado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el precedente “*Ramírez, Fermín c/ Guatemala*”.

<sup>11</sup> CNCP, Sala I, causa nro. 7142 “*Ensina, Pedro Norberto y otro s/ recurso de casación*”, rta. el 10/11/06, reg. 9759. En dicha sentencia se sostuvo que “(s)e trata, como puede apreciarse, de identidad de hechos y de posible diversidad de encuadramiento legal de esos hechos, siempre que la mutación, por sorpresiva, o porque imponía la consideración de aspectos o circunstancias particulares del delito, del autor o de la pena muy dispares, no afecte el ejercicio útil o eficaz de la defensa en juicio del acusado...” y CNCP, Sala III, causa 5117 caratulada “*Miere, Pablo Juan y otros s/ recurso de casación*”, rta. el 9 de marzo de 2007, reg. 196/07 que tomó dicho antecedente y la opinión de la CIDH.

que tampoco podrá asignarle a los sucesos significaciones jurídicas distintas a las propuestas por las partes o fijar montos y tipos de pena que superen los topes requeridos por el acusador.<sup>12</sup>

Una acabada comprensión del principio de congruencia debe partir de la noción de que son las partes quienes delimitan -a través de sus diversas exposiciones sobre el caso- el objeto del contradictorio. Toda irrupción en ese delicado equilibrio, desarticula la esencia del juicio adversarial y pone en riesgo la imparcialidad del juzgador. Ello se verifica no sólo si Fiscal o la víctima acusan por una figura y el tribunal condena por otra (abandono de persona y homicidio, por ejemplo), sino también cuando se aplican agravantes o atenuantes respecto de un tipo penal básico cuyos extremos no fueron controvertidos por las partes durante el debate.

De igual modo, también se observa que los jueces, en aplicación del aforismo *iura novit curia*, declaran inimputabilidades, aplican causas de justificación y oscilan con toda libertad de figuras culposas a dolosas en el entendimiento de que, al “no modificarse la base fáctica”, la jurisdicción no tiene límites para el dictado de la sentencia.

Ello es la derivación directa de la imposibilidad de superar el resabio del sistema inquisitivo de nuestra cultura jurídica, en donde a los jueces les cuesta identificar cuál es su verdadero rol dentro del proceso y, desde la práctica, buscan ampliar sus facultades jurisdiccionales ocupando el lugar de las partes, bajo el pretexto de procurar “la mejor solución al caso”.

Esta situación ingresa en un círculo vicioso, pues si el límite sobre el alcance del poder de los jueces –*en definitiva, éste es el concepto político del principio de congruencia*- lo establecen o controlan otros jueces de instancias “superiores”, resultará difícil que jurisprudencialmente se logre un cambio. La única manera de romper con esta lógica funcional, es que los códigos procesales fijen normas claras que delimiten sus funciones, pues cualquier margen de actuación que permita la norma será interpretada por ellos a su favor.

Ahora bien, muchos de los problemas que hoy se suscitan en torno a la correlación que debe existir entre acusación y sentencia se diluyen a la luz de los lineamientos doctrinarios establecidos en este acápite. Esto es, en la medida en que la defensa pudo conocer y controvertir los hechos, pruebas o argumentos tenidos en cuenta por el tribunal en su decisión no habrá afectación al derecho de defensa y por ende, la congruencia se mantendrá incólume.

Sin embargo, si bien los lineamientos teóricos expuestos permiten clarificar el alcance del principio de congruencia sobre cierto grupo de casos, y aún cuando aceptemos que la limitación al poder jurisdiccional debe realizarse desde la norma procesal, entendemos que la noción de juicio adversarial y

---

<sup>12</sup> En el precedente “*Amodio*” (Fallos 330:2658), los doctores Lorenzetti y Zaffaroni, entendieron que **Error! Sólo el documento principal.** la pena requerida por el acusador es el límite que tiene el órgano jurisdiccional para pronunciarse.

la aplicación de las herramientas que ofrecen las reglas en materia de litigación oral nos permitirán delimitar aún más el alcance de aquel principio.

### **III. Reglas del litigio. Estrategia. Teoría del caso. Propositiones fácticas y alegatos. Claves para el juicio contradictorio**

El juicio oral y público como manifestación del sistema republicano constituye el único modelo de enjuiciamiento compatible con nuestra Constitución Nacional. La dinámica adversarial de este tipo de sistemas se caracteriza por el enfrentamiento de dos intereses contrapuestos que presentan ante un tercero imparcial un relato o versión de los hechos.

Así, conviene recordar que el proceso adversarial es aquel en el que genuinamente se respeta la inmediación, la contradicción y la oralidad. Consecuentemente, las partes tienen el protagonismo en la presentación de sus casos. El escenario que crea un sistema de este tipo impone a los actores un cambio profundo en las prácticas de trabajo si se pretende dar cumplimiento con los valores y principios que están detrás de este sistema, pues *“la metodología del sistema adversarial supone –ante todo– contar con un esquema estratégico de análisis y preparación de casos... Así, por ejemplo, el diseño estratégico es vital para el éxito de cualquier defensa sea cual sea el sistema en donde se ejecute...La premisa detrás de este tipo de estrategia es que existen intereses antagónicos entre las partes.”* 13

A diferencia de lo que sucede en distintos países de nuestra región (tales como Chile, Guatemala o República Dominicana) la instauración del juicio oral en Argentina no fue acompañada con una capacitación profesional sobre el funcionamiento del debate, el rol que corresponde a cada uno de los actores del proceso, el modo en que se presenta un alegato de apertura o clausura, el interrogatorio de testigos, la realización de un contra examen, etc. Todo ello trajo como consecuencia, que las partes abordaran el juicio sin preparar una estrategia adecuada para presentar el caso y permitió que la actividad jurisdiccional supliera el rol de las partes –sea a favor del fiscal o de la defensa- y se considerara con facultades para entrometerse en la lógica del litigio. Una capacitación oportuna hubiese evitado que las prácticas deformen los principios de bilateralidad y contradicción del juicio oral.

De esta manera, la ausencia de pautas claras de litigación incidió notablemente en el principio de congruencia en tanto revela que aquellas intervenciones del tribunal orientadas a suplir la actividad de las partes (tal como sería, por ejemplo una advertencia sobre un posible cambio de calificación legal o la

introducción de cuestiones no debatidas por las partes) afecta severamente la estrategia de los litigantes desdibujando la naturaleza propia de la contienda y subvirtiendo el modelo acusatorio.

El juicio sólo puede ser entendido como un sistema de producción de información para la toma de decisiones que, en virtud de la contradicción y la intermediación, produce información de alta calidad. Así, el sistema adversarial se caracteriza por el pensamiento estratégico.

A este respecto, Baytelman y Duce sostienen que *“litigar juicios orales es un ejercicio profundamente estratégico...Esta es una idea incómoda para nuestra cultura jurídica tradicional, pues siempre hemos concebido al juicio penal como un ejercicio de averiguación de la verdad...Sin embargo, incluso cuando uno concuerde con que el mejor valor del juicio penal es distinguir quién es culpable de quién es inocente –descubrir la verdad, dirían algunos- lo cierto es que esa verdad se encuentra en un pasado que, lamentablemente nadie puede visitar...Lo cierto es que respecto del delito y sus circunstancias lo mejor que tenemos es un conjunto de versiones acerca de lo que ‘realmente ocurrió’...”*<sup>14</sup>

El esquema propuesto, en el que la noción de estrategia constituye un aspecto esencial, evidencia que la toma de decisiones (sentencia) que excedan el objeto y los intereses expuestos por las partes, no será legítima. Este modelo no da margen para que ello ocurra.

Ahora bien, a fin de explicar el verdadero alcance de la naturaleza estratégica y adversarial de este modelo, deviene imprescindible aludir a ciertas reglas del litigio que rigen la narración de historias durante el juicio, es decir, la forma en que los litigantes introducen sus respectivas hipótesis.

En el juicio contradictorio, la posición que las partes asumen se erige desde la adopción de una determinada teoría del caso. Según Baytelman y Duce *“la teoría del caso es, por sobre todas las cosas, un punto de vista...Es la idea básica y subyacente a toda nuestra presentación en juicio...”*<sup>15</sup> y se caracteriza como *“nuestra simple, lógica y persuasiva historia acerca de ‘lo que realmente sucedió...’”*<sup>16</sup>

Esta hipótesis del caso, está integrada por una determinada teoría jurídica y por las proposiciones fácticas que se refieren a los elementos de ésta. Las proposiciones son afirmaciones de hecho en relación a un caso concreto que tienden a satisfacer algún aspecto de la teoría jurídica<sup>17</sup>. Se trata de un componente legal reformulado en un lenguaje corriente.

---

13 COX, Francisco, “El ejercicio de la profesión en un sistema acusatorio” en Sistemas Judiciales nro. 9 “Abogacía y Educación legal”, agosto de 2005.

14 BAYTELMAN, Andrés A. y DUCE Mauricio J., “Litigación Penal. Juicio Oral y Prueba”, Universidad Diego Portales, págs. 77/78.

15 BAYTELMAN y DUCE, op. cit., págs. 90/91

16 BAYTELMAN y DUCE, op. cit. pág. 97.

17 “La proposición fáctica es quizás la clave del juicio, pues se trata de una afirmación de hecho, que de ser creída por el juzgador, tiende a satisfacer un elemento de la teoría jurídica. El núcleo del debate, no siempre pero sí generalmente, gira en torno a esta discusión fáctica.”, FARSA, Pablo, “El juicio oral adversarial: sus posibilidades de realización en los sistemas normativos” en AA.VV. “Fundamentos para la reforma procesal”, INECIP, Buenos Aires, en preparación. -

La comprobación de todo hecho ilícito requiere satisfacer determinada teoría jurídica, cuya formulación es abstracta y general. Es decir, si nos encontramos frente al delito de robo, la teoría jurídica exige la comprobación del 1) apoderamiento de una cosa, 2) mueble, 3) total o parcialmente ajena, 4) por medio de fuerza o violencia en 5) las cosas o personas, etc.

En consecuencia, la teoría del caso deberá tender a la comprobación de dichos elementos. Sin embargo, el lenguaje de los relatos que se introducen durante el debate no responde a formulaciones generales y abstractas propias de la teoría jurídica, y es por ello que el litigante debe reformular los hechos en función de aquéllas para presentarlas al juzgador. Es decir: postulará proposiciones fácticas vinculadas a cada elemento de la teoría jurídica que esté en juego a fin de ofrecer al tribunal un relato de los hechos **en función y al servicio de** una determinada figura legal y teoría jurídica como “propuesta” de sentencia.

Por ello, la narración que presentan las partes durante el juicio en el marco de un sistema adversarial regido por las reglas de la litigación se caracteriza porque –desde un principio- ese relato se corresponde con una determinada teoría jurídica. Ello demuestra que los componentes fácticos y jurídicos se encuentran unidos de manera inescindible. Sobre el particular, Ledesma sostiene que “...el objeto litigioso no es comprensible sino en su complejidad, compuesta por aspectos fácticos y jurídicos en los que se funda la pretensión del acusador...”<sup>18</sup>.

Otro de los aspectos de la litigación que interesa subrayar se refiere a los alegatos de apertura y clausura. En los primeros, la parte presenta su teoría del caso a partir de la cual pretenderá que el tribunal observe el juicio. Constituye la primera oportunidad para exhibir la hipótesis del hecho. En cuanto al alegato final, tiene una estructura que se formula **desde el delito** y se construye con la indicación de qué proposiciones fácticas resultaron probadas durante el juicio. Si el alegato es bueno, debe ser una propuesta de sentencia para el tribunal.

Estas características, revelan el acotado alcance que tendrá la labor jurisdiccional puesto que el objeto del debate lo construyen las partes para que lo evalúe el tribunal, quien no podrá valorar los hechos sino a través de las posiciones que fijen los contendientes. Bajo este esquema, se comprende por qué el órgano juzgador no puede realizar preguntas, pues estaría introduciendo su propia teoría del caso, que permanecerá desconocida para las partes hasta el dictado de la sentencia.

En nuestro sistema, lejos de alcanzarse el ideal propuesto, los jueces de todas las instancias - investigación, juicio oral y de Cámara- escuchan a las partes (muchas veces como una formalidad), y resuelven el planteo de la manera que les parece mejor introduciendo circunstancias o argumentos



nuevos, sin respetar el objeto (sea fáctico o jurídico) que fue presentado.

Cuando se dicta una sentencia como resultado del juicio oral, el disfraz que se coloca al principio de contradicción para considerar que no ha sido vulnerado, es justificar que no se alteraron los hechos traídos a debate. Sin embargo, dentro de aquél también ingresan, como vimos, si el acusador y la defensa han tenido ocasión de debatir y refutar el hecho y su calificación jurídica pero el tribunal finalmente le asigna otra calificación o considera excusas absolutorias, causas de justificación, errores de la tipicidad, impone un monto de pena mayor al solicitado, declara al imputado reincidente o aplica sanciones accesorias o conjuntas; que en ningún momento fueron introducidas por las partes.<sup>19</sup>

La teoría del caso se encuentra íntimamente vinculada no sólo al aspecto fáctico de los hechos sometidos a debate, sino también a aquellas consideraciones jurídicas que le son propias. Por ello, admitir que el tribunal se expida en función de una tercera versión, obviando las dos hipótesis ofrecidas por los contendientes constituye una respuesta propia de un sistema inquisitivo que no responde a las exigencias del juicio contradictorio y republicano que consagra nuestra Constitución Nacional.

*A este respecto, se sostiene que "(l)a teoría del caso es un ángulo desde el cual es posible ver toda la prueba; un sillón cómodo y mullido desde el cual apreciar la información que el juicio arroja, en términos tales que si el tribunal contempla el juicio desde ese sillón, llegará a las conclusiones que le estamos ofreciendo...La cultura inquisitiva ha operado tradicionalmente como si tal sillón no existiera. Como si fuera posible para los jueces observar la prueba desde ningún punto de vista. Pero esto no es posible..."<sup>20</sup>*

En consecuencia, si el tribunal prescinde de alguna de las perspectivas que se articulan, se arroga funciones que no le son propias y pone en jaque el principio de imparcialidad.

Por ello, entendemos que las reglas del litigio permiten clarificar el sentido y rendimiento del principio de congruencia desde dos dimensiones. La primera de ellas, se refiere a todo lo concerniente a la sustanciación del juicio y su desarrollo. Una visión adversarial del debate veda toda irrupción del juzgador en tanto puede desarticular las teorías del caso previamente construidas –desde lo estratégico– por las partes.

En segundo lugar, contribuyen a comprender el alcance que deberá tener la sentencia por cuanto las hipótesis que cada parte presenta, fijan de manera pétrea el objeto del litigio e impiden toda

---

<sup>18</sup> LEDESMA, Angela Ester, "El objeto procesal penal: momento en que se define" en Estudios en homenaje al Dr. Francisco J. D'Albora, Lexis Nexos, Buenos Aires 2005, pág. 327.  
<sup>19</sup> Esto se ve con más claridad en la celebración de los juicios abreviados donde, como consecuencia de la aplicación del concepto facultad jurisdiccional, la sentencia que finalmente se dicta poco tiene que ver con lo que las partes acordaron. Una posición contraria a la que aquí sostenemos puede verse en Bruzzone, Gustavo A., "Mito y realidad de la participación ciudadana en la Administración de justicia penal en Sudamérica: ¿se instaurará finalmente el juicio por jurados en Argentina como lo establece su Constitución Nacional desde 1853? en AA.VV., "Juicio por jurados en el proceso penal", Ad hoc, Buenos Aires, 2000, pág. 134 y en Martínez, Santiago, "La víctima y el juicio abreviado", colección Orden Jurídico-Penal, nro. 15, Fabián Di Plácido, Buenos Aires, 2004.  
<sup>20</sup> BAYTELMAN y DUCE, op.cit. pág. 91.

extralimitación del tribunal. Estos aspectos no responden a una mera técnica litigiosa, sino que constituyen la derivación práctica de principios tan elementales como la garantía de defensa en juicio, la imparcialidad, la bilateralidad y la contradicción.

En ese orden de ideas, abrazar una noción de juicio adversarial regido por las reglas del litigio, permitirá clarificar el verdadero alcance del rol de cada una de las partes en el proceso y consecuentemente contribuirá a una mejor comprensión del principio de congruencia (íntimamente vinculado con esa división de funciones), favoreciendo una resolución de los casos respetuosa de los principios constitucionales en juego.

#### **IV. Advertencia jurisdiccional**

Tal como lo afirmamos en los acápites anteriores, las discusiones en torno al principio de congruencia, no se limitan a posibles cambios de calificación al momento de la sentencia.

Dentro de la diversidad de temas que se vinculan con esta problemática, podemos decir que la mayoría de aquellos -que en otros países de la región fueron superadas hace tiempo (imposibilidad de dictar una pena mayor a la solicitada por la acusación, o una sanción de efectivo cumplimiento cuando se solicitó en suspenso, aplicar una pena accesoria o conjunta que no fue debatida por las partes, la declaración de reincidencia, etc.)-, en nuestro sistema es probable que, la incidencia de los trabajos doctrinarios, cierta jurisprudencia y las modificaciones que se realicen a los códigos procesales, en breve limiten la posibilidad de que los órganos jurisdiccional se arroguen facultades que claramente corresponden a las partes y que no fueron introducidas por ellas. Sostener en el tiempo la intromisión jurisdiccional oficiosa dependerá de la discusión política que se genere en torno a la resignación de la cuota de poder que hoy poseen los jueces, tal como está sucediendo con la investigación en la etapa instructiva.

Sin embargo, en las reformas procesales más avanzadas de Latinoamérica, todavía se encuentra pendiente lo que a nuestro entender constituye el último resabio de participación del juez en el debate; esto es: permitir que el juzgador advierta a las partes sobre un posible cambio de calificación, en una suerte de postura intermedia entre los extremos de modificar la calificación legal en la sentencia o ceñirse al caso presentado.

Consideramos que este tipo de advertencia jurisdiccional no logra sortear los problemas antes señalados. A la luz de las reglas de la litigación (sustentadas en la idea de estrategia y teoría del caso), quedó demostrado que si el tribunal irrumpe en el debate proponiendo otra hipótesis acusatoria, no sólo

incurre en un supuesto de adelantamiento de opinión incompatible con la imparcialidad, sino que afecta el principio acusatorio y el derecho de defensa en juicio.

Si bien la idea de incorporar una cláusula que permita al tribunal advertir al imputado ante un posible cambio de calificación, procura evitar que la defensa “sea sorprendida” en la sentencia, lo cierto es que esta solución no logra su cometido en cuanto a salvaguardar la inviolabilidad de la defensa.

Es decir, aún cuando se pretenda evitar que el imputado sea condenado por circunstancias que no se debatieron durante el debate, no puede soslayarse que una intromisión de la judicatura implica la formulación jurisdiccional de una hipótesis inculpativa que avasalla el principio acusatorio y debilita la imparcialidad judicial.

Pensémoslo de este modo. Si el órgano judicial afirma que los hechos investigados podrían eventualmente ser subsumidos bajo determinada figura legal o alude a una forma agravada del delito reprochado, ¿acaso no está introduciendo un elemento no contemplado por la acusación que perjudica al imputado? Y, si el Fiscal no lo advirtió, ¿por qué debe el juzgador suplir dicha omisión? ¿no estará adelantado debilidades del Ministerio Público Fiscal con las cuales la defensa cuenta para llegar a una solución acorde con su hipótesis del caso?

Aún cuando la advertencia implica que se dará al imputado ocasión de defenderse por esa nueva acusación (que deja ser del fiscal para ser jurisdiccional, lo que trae graves problemas constitucionales) lo cierto es que su defensa debe ahora dirigirse contra la acusación primigenia del fiscal (que potencialmente permanece vigente) y la nueva hipótesis inculpativa esgrimida por el tribunal.

Además, esa injerencia de los jueces altera las estructuras mismas del proceso. Si la investigación preparatoria es la base para la recolección de la información que se producirá como prueba durante el debate (en función de la teoría del caso que se formule desde el inicio del juicio) y, a su vez, el ofrecimiento de prueba apunta a las hipótesis de cada parte, esa advertencia del juez echa por tierra la estrategia previamente planificada.

Como vemos, el “aviso” que procura garantizar el derecho de defensa, no sólo incumple su cometido, sino que en ese afán, contraviene la lógica del proceso adversarial.

La esencia estratégica del litigio, la nítida división de funciones y el rol protagónico de los litigantes no toleran semejante intromisión por parte de quien está llamado a arbitrar la contienda en forma imparcial.

Sin embargo, muchos códigos modernos han incorporado cláusulas que permiten la intervención del tribunal a los fines de efectuar advertencias durante el juicio.

El Código Procesal de Chile que establece: **“Artículo 341.- Sentencia y acusación. La sentencia condenatoria no podrá exceder el contenido de la acusación. En consecuencia, no se podrá**

*condenar por hechos o circunstancias no contenidos en ella. Con todo, el tribunal podrá dar al hecho una calificación jurídica distinta de aquella contenida en la acusación o apreciar la concurrencia de causales modificatorias agravantes de la responsabilidad penal no incluidas en ella, siempre que hubiere advertido a los intervinientes durante la audiencia...”*

El Código Procesal de Costra Rica también prevé: **“Artículo 346.- Nueva calificación jurídica.** - Si en el curso de la audiencia el tribunal observa la posibilidad de una calificación jurídica que no ha sido considerada por ninguna de las partes, podrá advertir al imputado sobre esa posibilidad para que prepare su defensa...”<sup>21</sup>

En esta dirección, consideramos que la única opción válida para sortear el problema que presentamos, consiste en que sea el propio órgano acusador quien deba advertir al imputado sobre posibles modificaciones de la acusación. Es decir, si el cambio recae sobre el reproche mismo, sus términos, alcances, significación o consecuencias jurídicas, no cabe más que postular que sea el titular de la acción de esa imputación quien alerte a la parte y no el órgano jurisdiccional.

No es función del juez “salvar” la teoría del caso del fiscal o de la defensa advirtiéndole su postura en relación a una calificación legal o dar cuenta de que nuevos elementos hacen pensar que los hechos deben ser interpretados bajo otra perspectiva jurídica. Únicamente las partes están en condiciones de construir sus hipótesis y presentarlas ante el juez.

Las omisiones en que podrían incurrir los litigantes o las circunstancias de hecho o de derecho que no consideren (ya sea el fiscal, el querellante o la propia defensa) pueden formar parte de la estrategia de la contraparte. Es decir, la defensa puede contar con que el Fiscal no podrá demostrar su teoría del caso puesto que no está en condiciones de probar determinado hecho en función de una calificación jurídica y sabe que ello necesariamente conllevará a la absolución de su defendido. Si el tribunal interviene y advierte al Fiscal sobre ese punto y señala que podría corresponder otra subsunción legal, se evidencia que la actividad intromisiva del órgano jurisdiccional en una función persecutoria propia del Ministerio Público afecta severamente la estrategia de la defensa y compromete su teoría del caso<sup>22</sup>.

---

<sup>21</sup> El Código de El Salvador también regula: “Advertencia de Oficio y Suspensión de la Audiencia Art. 344.- El presidente del tribunal advertirá a las partes sobre la posible modificación esencial de la calificación jurídica; en este caso se podrá solicitar la suspensión de la audiencia.”, entre muchos otros.

<sup>22</sup> No es función del tribunal fijar el objeto del litigio, toda vez que asumir una postura persecutoria proponiendo durante el debate modificando en la sentencia la calificación legal constituye un adelantamiento de opinión incompatible con el principio de imparcialidad y con el modelo de enjuiciamiento contradictorio que consagra la Constitución Nacional. En efecto, “...la tajante diferenciación que el nuevo sistema constitucional nacional establece entre la acusación, de un lado y su juzgamiento o examen por un juez, por otro, permite ratificar la vigencia del modelo acusatorio de enjuiciamiento penal...La existencia de la actividad de acusación y su separación de la actividad de juzgamiento es imprescindible para salvaguardar la imparcialidad del juez, que es prenda de la igualdad entre el acusador y el acusado, y está en la base del derecho de defensa...” (CAFFERATA NORES, José I, “Proceso Penal y derechos humanos. La influencia de la normativa supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional en el proceso penal argentino.”, Del Puerto, Buenos Aires, 2000, pág. 92.

Contra esta postura, podría argüirse que si el Fiscal no efectúa la advertencia y el tribunal condena por circunstancias respecto de las cuales no se articuló el respectivo aviso, podría verse afectada la garantía de defensa en juicio.

Sin embargo, una correcta interpretación de la lógica adversarial permite refutar ese argumento en el entendimiento de que, en la medida que el órgano juzgador no tenga por demostrada la teoría del caso en los términos en que fue presentada por el Fiscal, no podrá condenar por esos hechos y, por ende, no existe riesgo alguno de que se afecte la inviolabilidad de la defensa.

El tribunal no puede decidir por fuera del objeto litigioso, el cual está delimitado por la acusación del Fiscal y las pretensiones que articulan las partes. Si durante el juicio, se presentan circunstancias que hagan pensar que la acusación merece ser modificada, sólo el Fiscal podrá emitir la respectiva advertencia y sobre ésta podrá la defensa reformular su teoría del caso. Parte de la estrategia del Ministerio Público Fiscal, consiste en conocer los criterios del tribunal y buscar la manera de convencer a sus miembros de que la postura propuesta es la que corresponde adoptar.<sup>23</sup>

De lo contrario, si se permite que los jueces se expidan sobre circunstancias (de hecho y de derecho) no debatidas durante el juicio, las partes se ven en la obligación de impugnar la sentencia al sólo efecto de que la Cámara de Casación analice cuestiones sobre las cuales la defensa no ha tenido ocasión de alegar y producir prueba. Este mecanismo -del que deben valerse en muchas ocasiones las partes frente a los excesos jurisdiccionales en que incurren nuestros tribunales-, desvirtúa la esencia del contradictorio y la naturaleza de dicha vía recursiva, pues transforma al recurso de casación en un medio para suplir la ausencia de contradicción.

Finalmente, el cambio de paradigma propuesto, va acompañado con la necesidad de identificar nuevas responsabilidades. Uno de los problemas que actualmente atraviesa el sistema judicial se refiere al hecho de que únicamente recae sobre los jueces el costo político de las decisiones que toman, no habiéndose asumido -por el momento- que en muchas ocasiones, la responsabilidad por llevar adelante en forma errónea una investigación o de realizar un "mal" juicio oral corresponde al Ministerio Público Fiscal y no al órgano jurisdiccional. Formar conciencia sobre este aspecto allanará el camino para que los jueces resignen esa cuota de poder.

## **V. Conclusiones**

---

<sup>23</sup> De ahí el protagonismo que tienen las partes en el marco de este tipo de sistemas signados por el principio de contradicción y la trascendencia de la visión estratégica, de la teoría del caso y de las proposiciones fácticas.

i. La doctrina y jurisprudencia actual han evolucionado hacia una noción de congruencia - íntimamente comprometida con el derecho de defensa- que no sólo se refiere a la base fáctica de la imputación, sino también a todas aquellas cuestiones (entre las que cabe subrayar la subsunción jurídica asignada del hecho) que sean tratadas en la sentencia.

ii. Las pautas en materia de litigación (estrategia, teoría del caso, proposiciones fácticas y alegatos) favorecen una clara comprensión del alcance del principio de congruencia y de la marcada escisión que debe existir entre las funciones de las partes y del órgano jurisdiccional.

iii. La intromisión del tribunal durante el debate advirtiendo a las partes sobre un posible cambio de calificación constituye una deliberada violación a las reglas del litigio que desequilibra las teorías del caso previamente esbozadas por las partes.

iv. Todo cambio que se produzca durante el juicio sólo puede ser anunciado por los litigantes, ello, a riesgo de desvirtuar la esencia del juicio contradictorio, el derecho de defensa y el principio de imparcialidad.

v. Sólo el órgano acusador está en condiciones de postular durante el debate un posible cambio de calificación sobre la base fáctica articulada y, en consecuencia, deberá dársele a la defensa la oportunidad y el tiempo correspondiente para que reformule también su teoría del caso adecuada a las nuevas condiciones presentadas.