

LA ACUSACIÓN EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL DE LA NACIÓN

Federico José Iuspa

SUMARIO: **I-** Introducción. **II-** El concepto de acusación. Su finalidad e importancia. **III-** Su relación con la intimación del hecho al imputado. **IV-** Contenido. **V-** El artículo 241 de la 27.063: Los datos personales (inc. a) - Los hechos (inc. b) - Los fundamentos (inc. c) - Las disposiciones legales (inc. d) - La determinación del daño (inc. e) - El ofrecimiento de prueba (inc. f) - El requerimiento de pena, y las circunstancias para su determinación con indicación de los medios de prueba para verificarla en el juicio sobre la pena (incs. g y h). **VI-** La acusación alternativa: Concepto - Su importancia - Las principales críticas que se le formulan - Jurisprudencia que le otorga validez - La acusación alternativa y el hecho no probado - La acusación alternativa respecto de hechos sobre los que no ha sido formalizada la investigación. **VII-** Palabras finales.

I.- INTRODUCCIÓN

El nuevo Código Procesal Penal de la Nación aprobado por la ley 27.063¹ presenta cambios que lo distinguen estructuralmente de su antecesor regulado en la ley 23.984.

Muchas de estas diferencias aparecen diagramadas de modo general en los principios procesales enunciados ya desde su comienzo. Entre ellos encontramos que se ha suplantado el anterior sistema mixto que para el ejercicio de la acción se establecía en la ley 23.984, por un sistema netamente acusatorio en el que deberán observarse a lo largo de todo el proceso los principios de igualdad entre las partes, oralidad, publicidad, contradicción, concentración, inmediación, simplicidad, celeridad y desformalización². Todo esto en sintonía con las modernas legislaciones de forma, en donde el Ministerio Público Fiscal y el querellante si lo hubiere, tienen la carga de comprobar la hipótesis acusatoria y el juez resolverla sobre la base de las pruebas que le presentan y acercan las partes, garantizándose de esa forma su imparcialidad³ y receptándose así lo estatuido por los tratados

¹ Promulgada por Decreto 2321/2014 del 9 de diciembre de 2014.

² Art. 2 Ley 27.063.

³ Tal como establece el art. 8 Ley 27.063 al especificar que los jueces deben actuar con imparcialidad en la toma de sus decisiones, y el art. 9 Ley 27.063 al señalar la separación de funciones e indicar que los representantes del Ministerio Público no pueden realizar actos

internacionales que tienen jerarquía constitucional por imperio del inciso 22 del art. 75 de nuestra Constitución Nacional.

En este contexto, uno de los tantos aspectos que han sido objeto de modificación tiene lugar al término de la denominada investigación preparatoria⁴, fase en la que puntualmente se valora el mérito de la prueba que se incorporó y que es conocida también en doctrina como procedimiento intermedio, como crítica instructoria⁵ o como etapa crítica de la investigación preparatoria.

Allí aparece regulado el objeto de este trabajo, que es la acusación⁶, instituto así llamado en la Ley 27.063 pero al que ya se individualiza de ese modo en otros códigos procesales de corte acusatorio. Ésta consiste, en esencia, en la opinión que las partes acusadoras efectúan sobre la prueba reunida solicitando la realización del debate oral y público, y estas líneas tienen por finalidad una breve reflexión sobre su contenido, su alcance, y las diferencias que posee con la que podríamos de alguna manera denominar su antecesora, conocida como la “elevación a juicio” prevista por el art. 347 inc. 2º de la Ley 23.984.

II.- EL CONCEPTO DE ACUSACIÓN. SU FINALIDAD E IMPORTANCIA

Según el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia, por “acusación” se entiende, en sus tres acepciones respectivamente, a la “acción de acusar”, al “escrito o discurso en que se acusa”, y a la “persona o personas encargadas en un pleito de demostrar la culpabilidad del procesado mediante pruebas acusatorias”, mientras que bajo el vocablo “acusar” encontramos, bajo las

propriadamente jurisdiccionales y los jueces no pueden realizar actos de investigación o que impliquen el impulso de la persecución penal.

⁴ Que el nuevo código procesal llama “Conclusión de la investigación preparatoria” y se encuentra regulada a partir del artículo 232, en el Capítulo Sexto ubicado en el Título Primero de la Investigación Preparatoria, dentro a su vez del Libro Primero inherente a los procedimientos ordinarios, de la Segunda parte correspondiente a los procedimientos en general. La llamada investigación preparatoria o investigación penal preparatoria, conocida también como “investigación preliminar” por otros códigos de procedimiento como el de la provincia de Buenos Aires, ocupa, aunque con otras características propias de los códigos acusatorios, el lugar de la conocida “instrucción” del Código Procesal Penal según Ley 23.984.

⁵ Ver al respecto Claría Olmedo, Jorge A., *Tratado de derecho procesal penal*, Editorial Ediar, 1960/1968, Tº VI, págs. 109 y ss.; y D’albora, Francisco J., *Código Procesal Penal de la Nación. Anotado. Comentado. Concordado*, LexisNexis Abeledo Perrot, sexta edición corregida, ampliada y actualizada, 2003, Tomo 2, pág. 736.

⁶ Ubicada dentro del Título Segundo relativo al control de la acusación, comprensivo del Libro Primero inherente a los procedimientos ordinarios, de la Segunda parte correspondiente a los procedimientos en general.

acepciones pertinentes, el “*imputar a alguien algún delito, culpa, vicio o cualquier cosa vituperable*” y “*exponer definitivamente en juicio los cargos contra el acusado y las pruebas de los mismos*”⁷.

Se ha señalado que la acusación constituye el eje fundamental de todo proceso penal por cuanto a partir de ella el imputado conoce los motivos y hechos por los que se lo acusa, lo que le permite preparar adecuadamente su defensa para el juicio, y por su parte el Ministerio Público Fiscal enfoca el destino que pretende darle al caso.

Es decir, sobre la hipótesis fáctica de la acusación se guía todo el proceso, desde la defensa del acusado y el examen de la prueba hasta la discusión en el debate y la decisión final del juzgador; de manera que los sujetos procesales no pueden rebasar sus límites⁸.

Por medio de la acusación el Ministerio Público Fiscal y el querellante concretan su pretensión punitiva, describiendo el hecho por el cual piden el debate, indicando quién es la persona o personas a las que se lo atribuyen, cuáles son las pruebas que poseen y que los motivan a solicitar el juicio, la calificación legal que corresponde al suceso, y la clase y monto de pena que corresponde imponer. Será el momento también para el ofrecimiento de la prueba para el juicio⁹, tanto para la demostración del hecho como para el juicio sobre la pena, y la determinación precisa del daño cuya reparación se reclama.

Y deberá ser autosuficiente, en tanto resulta sin dudas una síntesis del acusador acerca de su visión sobre la investigación preparatoria.

Sobre su importancia y finalidad, Raúl Washington Ábalos ha dicho que “*La acusación formal, solemne, circunstanciada en los hechos y en el derecho, es la que da lugar a una adecuada defensa que ejerce el imputado conforme a los*

⁷ Por ambos, *Diccionario de la Lengua Española*, Real Academia Española, Vigésimo Primera Edición, 1992, Editorial Espasa Calpe S.A., año 2000, Tomo I, pág. 37.

⁸ Cfr. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Exp.No.3781-M-96. No.3773-96, del 23/7/1996 (Consulta judicial preceptiva de constitucionalidad, formulada por la Sala tercera de la Corte Suprema de Justicia, dentro del recurso de revisión promovido a favor de Walter Abarca Ramírez, contra la sentencia número 135-94 del Tribunal Superior Tercero Penal de San José, Sección Segunda), publicado en <http://www.ijj.derecho.ucr.ac.cr/archivos/documentación/sala%constitucional/jurisprudencia>.

⁹ Art. 206 2º párrafo Ley 2303/07 del Código Procesal Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, o incluso la propia ley 27.063 en su art. 241 como se verá.

hechos y derecho que el ministerio público le reclama en su requisitoria” y “Cuando la acusación describe el hecho que da motivo a su requisitoria, ha determinado el objeto procesal, circunscribiendo a ese hecho de tal manera que limita al órgano jurisdiccional y al propio imputado a referirse a él, como tema de juzgamiento o de defensa respectivamente...”¹⁰.

III.- SU RELACIÓN CON LA INTIMACIÓN DEL HECHO AL IMPUTADO

Resulta claro entonces que el concepto de acusación se encuentra íntimamente vinculado con la intimación del hecho que deberá ineludiblemente realizársele a la persona sometida a un proceso penal, pues en definitiva ambas tratan sobre el debido conocimiento que todo individuo debe tener sobre aquellas circunstancias por las cuales se lo acusa.

Vélez Mariconde ha dicho sobre la intimación que *“Para que sea eficaz y cumpla sus fines, la intimación debe ser concreta, expresa, clara y precisa, circunstanciada, integral y oportuna”¹¹.*

Estas características que menciona permiten ejercitar en plenitud el derecho de defensa, pues todas ellas contribuyen a un conocimiento detallado y completo acerca de la imputación formulada por el acusador, ya sea público o particular, mencionando acertadamente la palabra “integral”, que implica la información de las múltiples aristas que la situación pueda comprender, para que el proceso pueda cumplir así con todos sus parámetros de legalidad.

Acerca de que la intimación que se realiza a la persona imputada debe ser efectuada de una manera detallada se pronuncian específicamente además la Convención Americana sobre Derechos humanos en su artículo 8º - garantías judiciales-, segundo párrafo apartado “b”, y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 14, tercer párrafo, apartado “a”. El primero expresa *“2.-...Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:...b) Comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada;...”*; mientras que el segundo dice *“...3.- Durante*

¹⁰ Washington Abalos, Raúl, *Derecho Procesal Penal*, editado por la Cooperadora de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Cuyo, 1992, Tomo I, pág. 188.

¹¹ Vélez Mariconde, Alfredo, *Derecho Procesal Penal*, 3ª Edición (actualizada por Manuel Ayán y José Cafferata Nores), Marcos Lerner Editora, Córdoba, 1981, Tomo II, pág. 222.

el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a) A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causa de la acusación formulada contra ella...".

IV.- CONTENIDO

Washington Ábalos expresa sobre su contenido y citando a Carnelutti, *"el contenido de la acusación no puede ser otra cosa sino la descripción del delito que constituye materia de sospecha...exactamente tal contenido se escinde en tres partes: a) afirmación de un hecho; b) afirmación de un supuesto penal; c) afirmación de confirmación del hecho con el supuesto penal. La afirmación del hecho implica la indicación de los caracteres que ...establecen su identidad. La afirmación del supuesto penal se resuelve a su vez ...en la indicación de uno o más artículos de la ley penal en los cuales el supuesto está contenido. Finalmente, en la misma conformación de la imputación se encuentra implícita la afirmación de confirmación del hecho supuesto..."* (*"Lecciones sobre el proceso penal", TºIV, págs. 9/10*)¹².

Ferrajoli sostiene por su parte que la acusación deberá cumplir con ciertos requisitos de modo que pueda garantizarse un proceso legal: deberá ser hecha en términos precisos y claros de modo que pueda circunscribirse el objeto del proceso y de la sentencia; deberá contar con indicios de culpabilidad, al menos con un grado de probabilidad; deberá estar integrada por todos los indicios que la justifican para que el imputado tenga posibilidad de refutarlos; deberá ser oportuna de modo que el acusado tenga el tiempo necesario para organizar su defensa; y deberá ser expresa y formalmente notificada al imputado¹³.

V.- EL ARTÍCULO 241 DE LA LEY 27.063

La acusación en la Ley 27.063 aparece reglada en su art. 241, y sólo podrá referirse a hechos y personas incluidas en la formalización de la

¹² Washington Abalos, Raúl, *Derecho Procesal Penal*, editado por la Cooperadora de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Cuyo, 1992, Tomo I, págs. 188/189.

¹³ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Editorial Trotta, Madrid, año 1997, pág. 606.

investigación¹⁴ aunque se invoque una calificación jurídica diversa de la asignada en esa oportunidad.

La ley 23.984 requería como presupuesto ineludible para poder efectuar el requerimiento de elevación a juicio la existencia del conocido auto de procesamiento. La reforma ha prescindido de la necesidad de una resolución de esa naturaleza, que directamente ya no es contemplada, esperándose así otorgarle un mayor dinamismo a la investigación preparatoria y por ende una mayor celeridad.

Será realizada de manera escrita y deberá contener¹⁵ los datos para la correcta individualización de la persona sometida a proceso y el nombre y domicilio de su abogado defensor; una relación clara, precisa y circunstanciada del hecho que se le imputa, detallados de manera independiente en caso de ser más de un suceso el atribuido o de optar por presentarse una acusación alternativa¹⁶; los fundamentos de la imputación y la prueba en la que ésta se sustenta; las disposiciones legales aplicables y su relación puntual con los hechos y con la intervención del imputado; la determinación precisa del daño cuya reparación se reclama; el ofrecimiento de la prueba que se propone para el juicio; las circunstancias de utilidad para la determinación de la pena o la medida curativa o educativa y la indicación de la prueba para verificarla; y un requerimiento de pena estimado, a los efectos de poder determinar cuál habrá de ser el juez, tribunal o jurado al que le corresponderá intervenir.

¹⁴ La formalización de la investigación, prevista en el art. 221 Ley 27.063, es el acto por el cual el representante del Ministerio Público Fiscal comunica en audiencia al imputado, en presencia del Juez de Garantías, el hecho que se le atribuye, su calificación jurídica, su grado de participación y los elementos de prueba con que cuenta; y la llevará a cabo en la medida en que entienda que existen elementos suficientes para suponer que se ha cometido un hecho delictivo y se ha podido individualizar a sus responsables según dispone también el art. 222 ley 27.063. Esta audiencia es similar en su esencia a la declaración indagatoria prevista por el art. 294 de la ley 23.984, aunque puesta ahora en cabeza del Ministerio Público Fiscal como sucede, por citar un caso, en el Código de Procedimientos de la provincia de Buenos Aires. En definitiva, esto no resulta novedoso tampoco en el orden nacional pues audiencias de esta naturaleza son llevadas a cabo por una fiscalía desde hace bastantes años en el marco de lo establecido por el artículo 212 Bis agregado por la Ley 25.760.

¹⁵ Puede verse, en un sentido prácticamente idéntico, el art. 291 del Código Procesal Penal de la provincia de Chubut.

¹⁶ Que es algo que, como veremos más adelante, ahora se prevé expresamente.

Los datos personales (inc. a)

Muy importante es la correcta mención de los datos de la persona respecto de quien se va a realizar la acusación porque será aquella contra la que se llevará adelante el juicio y se ejercitará la acción penal, y sobre la que, una vez sustanciado el debate y sentencia firme mediante, se generará un estado de cosa juzgada.

Resulta de estilo consignar su nombre y apellido completos, su número de documento y fecha de nacimiento, su domicilio, teléfono y/o dirección de correo electrónico, su profesión u ocupación, el nombre y apellido de su padre y/o su madre, la numeración del legajo que pueda tener en el Registro Nacional de Reincidencia, así como cualquier otro dato que sirva para su individualización fehaciente. Estas últimas palabras son el puntal sobre el cual la cuestión debe gravitar, pues no podrá existir duda sobre quién es la persona contra la que se dirige la acusación¹⁷.

Más también se ha incorporado como exigencia que se encuentren presentes puntualmente el nombre y el domicilio del letrado que ejerce su defensa.

Los hechos (inc. b)

La relación clara, precisa y circunstanciada del hecho, y una correcta y prolija distinción de cada uno de ellos si acaso fueren varios redundan directamente en un mejor ejercicio del derecho de defensa, debido a una mejor y más sencilla comprensión de aquellas circunstancias que son objeto de atribución. Incluso, buscando lograr esa claridad expresamente se menciona que en el supuesto en que existan varios hechos independientes, cada uno de ellos deberá ser detallado por separado.

Esto nos lleva al planteo acerca de cuál es el concreto y correcto alcance del término “hecho”, esto es, cuándo nos encontraremos ante una

¹⁷ Cabe preguntarse cuál puede llegar a ser la consecuencia de una incompleta mención de los datos personales, sea por qué se desconocen o bien por simple omisión. Como indicativo puede señalarse que la jurisprudencia, interpretando los requisitos fijados al respecto por la ley 23.984, consideró correctamente individualizada a una persona si pese a la omisión de consignarse sus datos personales, su identidad no podía ser puesta en duda (C.C.C., Sala VI, C/Nº 2.016 “Kozak, H.” del 27/9/94, cit. en Navarro, Guillermo y Daray, Roberto, *Código Procesal Penal de la Nación. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Editorial Hammurabi, 4ª edición actualizada y ampliada, 2010, Tº II pág. 664).

enunciación clara, precisa y circunstanciada de éste que satisfaga adecuadamente el desarrollo de un juicio oral. Una descripción acotada puede a veces no ser suficiente y perjudicar la defensa del acusado, mientras que un relato extenso de los hechos puede en ciertos casos, paradójicamente, producir el mismo efecto al tornarse difuso o impreciso.

Tradicionalmente se concebía al hecho según la “tesis normativa” que construía la noción del hecho en torno a su tipicidad penal, y la “tesis naturalista” que implica que su significado constituye una noción que abarca todas las modalidades de la conducta. Esta última relata una conducta humana, ya sucedida, mientras que la primera lo evalúa y clasifica según la ley penal. Langevin expresa que existe también la denominada “tesis del cambio sorpresivo” que se aparta del binomio tradicional hecho-derecho y hace hincapié en el derecho de defensa en juicio al cual sirve el principio de congruencia, consistiendo en todo aquello que en la sentencia signifique una sorpresa para quien se defiende, en el sentido de un dato con trascendencia en ella sobre el cual el imputado no se pudo expedir. Será entonces la sorpresa para la defensa el criterio rector, aun cuando la diferencia sea exclusivamente sobre cuestiones jurídicas sin modificación alguna de los hechos, y dentro de estos cambios no se incluye solamente la faz objetiva, sino también la subjetiva¹⁸.

Bruno señala que el criterio para interpretar cuándo un hecho es distinto al enunciado en la requisitoria de elevación a juicio, debería ser si está resguardado el derecho de defensa, “*y si el cambio de circunstancias que surge del debate es tan significativo como para cambiar la imputación originaria*”, siendo prácticamente imposible fijar un criterio único de determinación ante la infinidad de matices que la cuestión presenta¹⁹.

Por otro lado, la Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha pronunciado sobre la diferencia entre hecho y derecho haciendo alusión a que se

¹⁸ Por todo, ver Langevin, Julián Horacio, *Nuevas formulaciones al principio de congruencia: Correlación entre acusación, defensa y sentencia*, Fabián Di Plácido Editor, Buenos Aires, 2008, págs. 77/88 y especialmente pág. 85, con citas de Maier y Binder en sus notas al pie N° 94 y 95, pág. 86, y pág. 122, donde cita a su vez a Sarmiento, María C., quien puntualiza que los componentes subjetivos son elementos que deben ser objeto de imputación concreta para que puedan ser abarcados en una sentencia.

¹⁹ Bruno, Silvina, *Hecho diverso, non bis in idem y limitaciones recursivas del fiscal en casación*, en La Ley-2000-E, pág. 802.

trata de una cuestión problemática y de extrema dificultad²⁰, y en opinión de algunos, hecho y derecho resultan inescindibles a la hora de determinar el objeto procesal²¹. En este sentido Maier ha dicho que *“El concepto hecho punible, o su similar, más utilizado cuando se trata del proceso penal, imputación penal, no es determinable sólo fácticamente, sino por el contrario, también valorativamente, a través de definiciones normativas, para el caso, específicamente jurídicas.....el punto de vista jurídico posee importancia fundamental para conocer, positivamente, cuándo estamos en presencia de un hecho único y cuándo en presencia de hechos diversos”*²².

Debemos destacar también que según la doctrina desarrollada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el principio de congruencia, calificación jurídica y derecho de defensa²³, no basta en un juicio, para oponer la mejor defensa posible, con conocer los hechos, pues éstos, desprendidos de la calificación jurídica que se pretende aplicar, pueden no resultar suficientes para desarrollar una defensa efectiva. Debe efectuarse un análisis en conjunto porque si no puede suceder que determinada circunstancia fáctica resulte casi intrascendente cuando se trata de cierta calificación jurídica, y en cambio ser determinante en el supuesto de una calificación diferente (por ejemplo, el móvil o la ultraintención en el homicidio simple sólo es una circunstancia de corroboración ajena al hecho imputado, pero no sucede lo mismo en algunos supuestos de los homicidios calificados del art. 80 del C.P.), y por eso el enfoque que proporciona la calificación es un dato fundamental para el ejercicio de una defensa realmente efectiva²⁴.

Podemos ver con lo dicho que el tradicional concepto del término “hecho” ligado a descripciones eminentemente fácticas ha ido variando

²⁰ C.S.J.N., fallo “Casal, M.E.” del 20/9/05.

²¹ Ledesma, Ángela, *¿Es constitucional la aplicación del brocardo Iura novit curia?*, en AA.VV., *Estudios sobre justicia penal. Homenaje al profesor Julio B.J. Maier*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005, pág. 357.

²² Maier, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal*, Tomo I *Fundamentos*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2ª Edición, año 2004, págs. 610 y 612.

²³ Fallo C.I.D.H. “Fermín Ramírez C/ Guatemala” del 20/6/05.

²⁴ Bovino, Alberto, *Principio de congruencia, derecho de defensa y calificación jurídica. Doctrina de la Corte Interamericana*, en *Revista de Derecho Procesal Penal*, Director Donna, Edgardo Alberto, *La Injerencia en los derechos fundamentales del imputado - I*, Rubinzal Culzoni Editores, año 2006-1, pág. 518.

paulatinamente. Incluye en la actualidad cuestiones jurídicas y también aquellas que hacen al derecho de defensa. Delinearlo en forma correcta requiere análisis y reflexión, y su construcción no puede ser única, ni absoluta, ni obedecer a fórmulas preconcebidas o inmutables, pues debe ser adecuado a cada situación.

Langevin sostiene que *“Debe partirse de la base de que no existe descripción del hecho que pueda considerarse adecuada a priori y para todos los casos, por lo cual reviste la calidad de relativa en función de los distintos contextos jurídicos que puedan presentarse, los cuales requieren a su vez la individualización de distintas secciones de la realidad y distintos niveles de precisión”*²⁵.

De esta manera, una interpretación moderna e integral del término “hecho” tendrá que ser dinámica en función de la puntual situación y deberá considerar a toda aquella circunstancia que pueda influir en el proceso penal, de modo que la persona sometida a éste pueda ejercer adecuadamente su derecho a la defensa en juicio.

Los fundamentos (inc. c)

Los fundamentos de la imputación con expresión de los medios de prueba que la motivan es otra consecuencia del derecho de defensa en juicio: el representante del Ministerio Público Fiscal y el querellante si lo hubiere deberán explicar los motivos que los llevan a formular acusación contra una persona, cuál es la prueba que la sustenta, y la valoración que de ésta se hace para llegar a la conclusión de que debe realizarse un juicio oral.

Este análisis que se haga para fundar el pedido tendrá su base en esa prueba colectada en la investigación preparatoria, conforme a las pautas de libertad probatoria²⁶, a las reglas sobre recolección y admisibilidad de la prueba²⁷, según los preceptos de objetividad y buena fe²⁸, y acorde a los principios de oralidad, publicidad, contradicción, concentración, inmediación, simplicidad,

²⁵ Langevin, Julián Horacio, *Nuevas formulaciones al principio de congruencia: Correlación entre acusación, defensa y sentencia*, Fabián Di Plácido Editor, Buenos Aires, 2008, págs. 100/101.

²⁶ Art. 127 Ley 27.063, que señala que los hechos y circunstancias podrán ser probados por cualquier medio de prueba, salvo los vedados expresamente por la ley que son aquellos que vulneren garantías o derechos constitucionales, y en la medida en que no obstaculicen el control de la prueba por las otras partes del proceso.

²⁷ Art. 128 Ley 27.063.

²⁸ Art. 128 inc. a) Ley 27.063, por los que el Ministerio Público Fiscal debe regirse.

celeridad y desformalización²⁹, importando estos últimos un notable cambio respecto del sumario escrito de la Ley 23.984 y la tradicional concepción que se tiene del expediente.

El Ministerio Público Fiscal en su rol de parte tiene que lograr el convencimiento de los magistrados con sus peticiones. Y ese convencimiento se genera, las más de las veces, con claridad. Los fundamentos que se expresen deben ser claros, con razonamientos prolijos, ordenados, y volcados en un lenguaje que permita a las otras partes y a la magistratura su más rápida y fácil comprensión, porque de ese modo puede lograrse de mejor manera ese convencimiento de la postura por la que el acusador está abogando.

La acusación no puede escapar entonces a estos preceptos básicos.

Las disposiciones legales (inc. d)

Deberán indicarse también cuáles son las disposiciones legales aplicables: aquellas vinculadas a la calificación legal de la conducta, al grado de intervención criminal del imputado por su concreta actuación, al desarrollo del delito (iter criminis), y a las relaciones concursales si las hubiere; todo con la debida correlación con cada uno de los hechos que la acusación abarque para el supuesto en que éstos fueren varios, y suficientemente fundada para que las otras partes puedan conocer los motivos por los cuales se ha optado por tales encuadres.

La determinación del daño (inc. e)

Otro de los elementos que la acusación deberá contener es la determinación precisa del daño cuya reparación se reclama, aspecto novedoso respecto del requerimiento de elevación a juicio de la Ley 23.984. Una conducta clasificada como delito puede producir daños que afectan a las personas, lo que puede ser reparado restituyendo las cosas al estado en que se encontraban antes de su comisión o bien a través de una indemnización.

Esa determinación precisa del daño tiene por fin poder estimar la eventual condena pecuniaria en función de la trascendencia económica que pueda

²⁹ Art. 2 Ley 27.063.

generar el delito. Para eso deberá tenerse especialmente en cuenta no solamente el perjuicio real generado, sino también el lucro cesante, el agravio moral si lo hubiere y las costas del proceso³⁰ (las que se ha entendido que están conformadas por el pago de la tasa de justicia³¹, los honorarios³² devengados por los abogados³³, procuradores y peritos, y los demás gastos que se hubieran originado por la tramitación de la causa³⁴).

El ofrecimiento de prueba (inc. f)

El ofrecimiento de la prueba que se propone para el juicio es otro de los aspectos que se incorpora a la acusación a diferencia del requerimiento de elevación a juicio de la Ley 23.984 en donde sólo debía hacerse mención a la prueba que servía para su base, dejándose en cabeza del fiscal de la instancia de debate el ofrecimiento de aquella prueba que consideraba de utilidad³⁵.

Se trata aquí de señalar, de la forma que establece el art. 245³⁶ y bajo los parámetros, reglas y límites que establece la ley procesal³⁷, no ya esos elementos que sirvieron para fundamentar el pedido de juicio, sino aquella prueba que se estima que será de utilidad para que el acusador pueda sostener su

³⁰ Sobre el alcance de la pena pecuniaria se ha expedido la jurisprudencia al sostener que comprende no sólo a ésta sino también a las costas del proceso y la eventual acción civil por indemnización que pudiera solicitarse (C.C.C., Sala V, causa nro. 15.673 caratulada: “Rodríguez, R.” del 24/4/2001). Ver en este sentido, también, el contenido y alcance del art. 186 Ley 27.063.

³¹ Pesos sesenta y nueve con sesenta y siete centavos (\$ 69,67), conforme lo dispone el art. 6 de la ley 23.898 y Resolución 498/91 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

³² Cada uno según las leyes que los reglamentan, ponderando su actividad en la tramitación del expediente (tipo y cantidad de asistencias, complejidad de su labor o intervención, peticiones hechas al tribunal o al Ministerio Público Fiscal, el tenor de éstas, etcétera) y la posible actuación en el futuro.

³³ En el caso de los abogados rigen esencialmente los arts. 6, 8, 10, 45, 47 y ccetes. de la Ley 21.839, modificada por Ley 24.432.

³⁴ C.C.C., Sala I, C/Nº 25.404 “Vario, C.” del 16/03/05.

³⁵ En los términos del art. 355 de la Ley 23.984.

³⁶ El art. 245 Ley 27.063 dispone “Ofrecimiento de prueba para el juicio. Al ofrecerse la prueba para el juicio, las partes presentarán la lista de testigos, peritos e intérpretes que deben ser convocados al debate y al juicio sobre la pena. Deberá indicarse el nombre, profesión, domicilio, y se indicará dónde se encuentra la prueba documental para que los jueces, en tal caso, la requieran o autoricen a la parte para su obtención”. La Ley 27.063 establece como modalidad que la prueba para el juicio deberá ser ofrecida tanto al momento de presentarse la acusación, como en la oportunidad de la audiencia de control de acusación una vez resueltas las cuestiones preliminares si las hubiere, para que las partes puedan realizar las peticiones y observaciones que se estimen relevantes en relación a ésta (art. 246 tercer párrafo Ley 27.063).

³⁷ Líneas más arriba someramente mencionados, al tratarse el punto relativo a “los fundamentos”, y contenidos en el Libro Cuarto dedicado a los “medios de prueba”, dentro de la Primera Parte “Parte General” de la Ley 27.063.

hipótesis durante el debate oral y público, pues puede darse el caso en que no siempre la totalidad de la prueba colectada en la investigación preparatoria sea necesaria para el juicio³⁸. Este es un aspecto que también resulta esencial para un pleno ejercicio del derecho del imputado y su defensa ya que así tendrá un detalle de cuáles son esos elementos a los que deberá hacer frente que el acusador, ya sea el público en cabeza del Ministerio Público Fiscal o el privado a través de la querrela, quiere tener en cuenta para el desarrollo del juicio.

La prueba deberá versar sobre todo aquello que sirva para acreditar la existencia del hecho, la intervención de la persona sometida a proceso, su grado de participación y su responsabilidad, la calificación legal, y las relaciones concursales, como así también todas aquellas cuestiones inherentes a la imposición de la sanción, esto es tipo y monto de pena, y en su caso modalidad de cumplimiento.

Resulta claro, aunque no se lo diga expresamente a diferencia de otros códigos que sí lo señalan³⁹, que no podrá ocultársele al imputado o a su defensa la existencia de ninguna clase de pruebas, y que toda aquella que no sea ofrecida en término no podrá por regla general ser incorporada para su utilización en el debate⁴⁰.

El requerimiento de pena, y las circunstancias para su determinación con indicación de los medios de prueba para verificarla en el juicio sobre la pena (incs. g y h)

Finalmente, la acusación abarca otros dos aspectos no incluidos en la elevación a juicio prevista por la Ley 23.984: el requerimiento de pena estimado

³⁸ Pensemos tan solo en el siguiente caso a modo de ejemplo: a lo largo de la investigación preparatoria del juicio se ha colectado el testimonio de cincuenta personas, de las que no se sabía específicamente, al momento de su convocatoria, cuán detallado podía ser el aporte que cada una brindaría. Algunos de estos testigos han aportado más datos, y otros menos. Sin perjuicio de mencionarlos a todos ellos en la acusación porque en mayor o menor medida sus versiones confluyen a comprobar el caso, puede suceder que el acusador decida convocar a juicio únicamente a treinta, puntualmente a los treinta que entiende que tienen un conocimiento más acabado de la situación y por ende pueden sustentar de una manera más sólida su hipótesis acusatoria.

³⁹ Art. 206 último párrafo Ley 2.303/07 del Código de Procedimiento de la Justicia Contravencional y de Faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

⁴⁰ Queda exceptuado de este principio aquella que no hubiera sido conocida al momento del ofrecimiento de la prueba (art. 267 Ley 27.063).

para que pueda determinarse el juez o tribunal que deberá intervenir, y las circunstancias de interés para establecerla (o para determinar la medida curativa o educativa si es aplicable⁴¹), con la mención de los medios de prueba para verificarlas en el juicio sobre la pena.

El pedido de pena deberá ser solamente estimado y con el fin de que pueda establecerse el juez, tribunal o jurado que habrá de intervenir en el debate. Sin embargo, el hecho de que únicamente se trate de una estimación no exime de la exigencia de que ésta deba ser fundada para que puedan conocerse los motivos que llevan a los acusadores a solicitar esa clase y monto de sanción. Y esto es así porque para que una decisión pueda ser calificada como racional deberá ser explícita y de ese modo poder ser controlada, y esto debe ser aplicado también en lo que hace a la graduación de la escala penal, fundamentada de un modo claro y con criterio jurídico.

Tal circunstancia podrá ser además de utilidad para el representante del Ministerio Público Fiscal que lleve adelante el debate, máxime cuando el tribunal se encuentra vedado de imponer una pena superior a la solicitada por el acusador porque si así se lo hiciera implicaría una afectación al debido proceso legal y al derecho de defensa en juicio, tal como surge de la reiterada jurisprudencia que siguió a los precedentes del superior tribunal de justicia de la Nación "*Amodio*" (Fallos CSJN 330:2658), "*Fagundez*" (CSJN F.452.XLIII), "*Frías*" (CSJN F.127.XLIII), y "*Trinidad Noguera*" (CSJN T.502.XLIII), y porque ahora también de este modo lo establece expresamente el nuevo procedimiento⁴².

La determinación de la pena es el acto por el cual el juez selecciona la clase y el monto de la pena, y su modo de ejecución. Para ponderarla deberán tenerse en cuenta las pautas mensurativas previstas a modo enunciativo por los artículos 40 y 41 del Código Penal: las primeras vinculadas a cuestiones relacionadas con la naturaleza de la acción, los medios que se emplearon para llevarla a cabo, y la extensión del daño y el peligro causados; y los segundos referidos a la edad, educación, la conducta precedente, los motivos que llevaron a

⁴¹ Por ejemplo en los supuestos previstos por los arts. 16, 17, y 18 de la Ley 23.737 de estupefacientes.

⁴² Art. 273 Ley 27.063, 2º párrafo.

la persona sometida a proceso a realizar el hecho, y su grado de participación criminal. Ziffer conceptúa al proceso de determinación de la pena como la valoración de un hecho determinado conforme a un proceso ordenado según puntos de vista jurídicos⁴³.

Pueden ser elementos indicadores la edad de la víctima, la tendencia del imputado a resolver conflictos por vías violentas, la escasa edad del acusado, que se encuentre contenido por su grupo familiar, que se carezca de antecedentes condenatorios, la impresión que éste ha causado, el relativo o escaso peligro de la conducta, la dificultad para ganarse el sustento, el hecho de tener un gran núcleo familiar a cargo, su historia social, el rol más o menos activo que se tuvo en el hecho, o la conducta negligente de la víctima, por citar sólo algunos ejemplos entre muchísimos otros.

Deberá tenerse en cuenta por otra parte que todos aquellos aspectos que ya han sido tomados en cuenta por el legislador al establecer el tipo penal no podrán ser considerados nuevamente al momento de fijar la pena por un hecho concreto, porque si así se hace se corre el riesgo de incurrir en una doble valoración de circunstancias que es cuestión que no puede ser realizada⁴⁴.

También podrá ser útil expedirse sobre la modalidad de cumplimiento que esa pena conlleva, vale decir si será de cumplimiento efectivo o de ejecución suspensiva, y fundamentar los motivos por los cuales se escoge uno u otro modo⁴⁵, y sobre la potencial declaración de reincidencia si ha cumplido pena en forma total o parcial por otro hecho.

De manera novedosa en el orden procesal nacional se incorpora el juicio sobre la pena. Se ha optado por escindir al juicio en dos fases, lo que es conocido como cesura del juicio o del debate. Durante la primera parte se discutirán todas aquellas cuestiones inherentes a la materialidad y a la autoría del

⁴³ Ziffer, Patricia, *Lineamientos de la determinación de la pena*, Editorial Ad-Hoc, año 1999, 2ª Edición, impresa en 2005, pág. 93.

⁴⁴ Para un completo detalle sobre el proceso de determinación de la pena, los criterios para lograrla, y la prohibición de la doble valoración, entre otros aspectos relativos a la temática, puede consultarse Ziffer, Patricia *Lineamientos de la determinación de la pena*, Editorial Ad-Hoc, año 1999, 2ª Edición, impresa en 2005, y Maier, Julio (compilador) *Determinación judicial de la pena*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1993.

⁴⁵ Ver Hairabedian, Maximiliano, *La fundamentación de la condena condicional y de la efectiva*, Suplemento La Ley de Penal y Procesal Penal, del 16/6/2010, págs. 26/29.

hecho, etapa conocida también como interlocutoria de culpabilidad. En la segunda, ya comprobados definitivamente los hechos y la intervención del autor, se realiza el debate sobre la pena a imponer y su modalidad de cumplimiento, lo que importa una más correcta manera de establecer la pena y un más amplio ejercicio del derecho de defensa, al poder debatir en un verdadero proceso contradictorio los motivos por los cuales se decide una determinada clase y monto de sanción⁴⁶.

Por una cuestión metodológica resultará de buena práctica que la prueba sobre este aspecto puntual sea enunciada de manera diferenciada de aquella destinada a comprobar la materialidad del hecho y la responsabilidad del imputado, incluso en el supuesto en que, como podría suceder, algún elemento sirva para evaluar tanto uno como otro aspecto. Dada esta situación será útil enunciarlo reiteradamente, aunque más no sea en forma somera, y deberá destacarse, en cada ocasión, cómo sirve a uno u otro fin.

VI.- LA ACUSACIÓN ALTERNATIVA

En consonancia con otros códigos procesales⁴⁷, la Ley 27.063 faculta al representante del Ministerio Público Fiscal y a la querrela a acusar

⁴⁶ Luego del debate y en la misma oportunidad en que se da a conocer la declaración de culpabilidad si la hubiere, el juez o tribunal deberán fijar, dentro de las cuarenta y ocho horas, una audiencia de debate sobre la pena y su modalidad de cumplimiento (art. 270 Ley 27.063).

⁴⁷ La acusación alternativa o subsidiaria se encuentra prevista en numerosos códigos procesales provinciales y también del exterior. En esas provincias y en esos países en la que se la utiliza, recibe casi iguales objeciones y éstas son replicadas de manera similar a nuestro país. En lo que concierne específicamente a nuestros códigos procesales, vemos que algunos, sobre todo aquellos de más reciente elaboración, prevén específicamente la posibilidad de llevar a cabo acusaciones alternativas o subsidiarias, y puntualmente al momento de formularse la requisitoria de elevación a juicio. Otros no la establecen concretamente pero igual se hace uso del instituto bajo ciertos recaudos que garanticen un adecuado ejercicio del derecho de defensa. Muchos códigos de forma extranjeros también la prevén expresamente, lo que no resulta extraño pues en definitiva las garantías que aparecen en juego son receptadas de manera específica por los tratados internacionales a los que estos países han ido adhiriendo a lo largo de los años. El artículo 335 del Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires (Ley 13.260) hace expresa referencia a la posibilidad de acusar alternativamente; en el de la provincia de La Pampa aparece específicamente por medio de la Ley 2287 al tratar el contenido de la acusación en su artículo 295; en el de la provincia de Catamarca se encuentra regulada en el artículo 395; el Código Procesal Penal de la provincia de Tucumán (Ley 6.203) la prevé en su artículo 398 referido a los hechos diversos resultantes del debate; el Código Procesal Penal de la provincia de Santiago del Estero, según Ley 5.941, establece la posibilidad en su artículo 362; el nuevo Código Procesal Penal de la provincia de Santa Fe, que tuvo su origen en la Ley 12.734 y que ha reemplazado al antiguo sistema inquisitivo y escrito por un sistema acusatorio oral, la establece en el artículo 295; y el Código Procesal Penal de la Provincia de Chubut en su artículo 291. En el orden sudamericano y de Centroamérica, el Código Procesal Penal de la República de Chile prevé la posibilidad de acusar por circunstancias que

alternativamente⁴⁸, lo que debe ser realizado de modo claro y diferenciado del hecho principal⁴⁹.

Concepto

Maier ha dicho que la acusación alternativa, o subsidiaria “...supone que el acusador pondrá en juego las hipótesis posibles, cuidando de describir todas las circunstancias necesarias para que puedan ser verificadas en la sentencia, sin perjuicio de ordenar el escrito de manera que permita entender cuál es la tesis principal y cuál o cuáles las subsidiarias o alternativas...”. El autor sostiene asimismo que es correcto utilizar los dos nombres con los que se las conoce, esto es “Acusación alternativa” que se refiere a declarar cumplida una conducta de las dos o ambas a la vez, y “acusación subsidiaria”, para cuando uno de los supuestos de hecho excluye al otro⁵⁰.

Al definir a las acusaciones alternativas o subsidiarias Quinteros señala que “Una acusación alternativa o subsidiaria existe cuando el agente fiscal acusa con respecto a una base fáctica determinada, un único hecho, pero con la singularidad de indicar más de una calificación jurídica en la cual tal supuesto encuadraría. Debe determinar con claridad, cuál de ellas será la tesis principal y cuál la alternativa o subsidiaria. La condena respecto de una u otra imputación, dependerá de aquello que en definitiva sea probado al finalizar el debate, por lo tanto, el acusar alternativamente no implica condenar por ambas acusaciones, sino

puedan considerarse subsidiarias en su artículo 259; el Código Orgánico Procesal Penal de la República Bolivariana de Venezuela la autoriza en el artículo 329; en Perú, por su parte, el Código Procesal Penal del año 2004, en donde se implementa un sistema acusatorio “adversativo”, la incorporó en su artículo 349 en su inciso 1º; el Código Procesal Penal de Guatemala la recepta en el artículo 333; el Código Procesal Penal de Costa Rica en su artículo 305; el Código Procesal Penal de la República de El Salvador la contempla en su artículo 314; y lo mismo el de la República Dominicana en su artículo 295.

⁴⁸ Art. 242 Ley 27.063.

⁴⁹ Tal como lo dispone el artículo 241 en su inciso b), cuando señala que en caso de contener la acusación varios hechos independientes, cada uno de ellos deberá ser detallado por separado.

⁵⁰ Cfr. Maier, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal*, Tomo I *Fundamentos*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2ª Edición, año 2004, pág. 574.

*por una de ellas, la cual deberá ser plenamente demostrada al momento de sentenciar*⁵¹.

Su importancia

La importancia de este tipo de acusaciones, que en la Ley 23.984 no aparecía regulada expresamente y sólo era aceptada, cuestionamientos mediante, por vía jurisprudencial y doctrinaria, consiste en que al tratarse la acusación un pilar del sistema procesal penal, una acusación defectuosa o incompleta puede traer aparejados serios inconvenientes. Por ejemplo, podrán existir datos del hecho o detalles de éste que no sean descriptos y así se impedirá que un tribunal pueda dictar una sentencia condenatoria, pues tales defectos pueden aparejar una violación al derecho de defensa en juicio. Y esta imposibilidad de dictar un veredicto condenatorio impedirá retrotraer el proceso para solucionar dicha omisión, dado que el principio general en tal sentido es que no se podrá volver a juzgar a una persona ante errores cometidos por el estado en el desarrollo de un proceso penal bajo sanción de vulnerar los principios de preclusión y economía procesal -que se vinculan a la prohibición de doble juzgamiento y a obtener una sentencia de manera rápida o dentro de un plazo razonable-.

Para solucionar los inconvenientes aludidos es que pueden utilizarse esta clase de acusaciones, porque se entiende que resultan el sostén que permite, en lo que a las acusaciones se refiere, un pleno ejercicio del derecho de defensa.

Las principales críticas que se le formulan

Sin embargo, diferentes objeciones se alzan contra su validez, centrándose todas las críticas, a modo de común denominador, en que de esta manera se afecta el derecho de defensa de la persona sometida a proceso: puntualmente, se señala que se vulnera el principio de congruencia; que muchas veces se estaría así efectuando el desdoblamiento de un hecho que se presenta como único; que se permite de ese modo poder juzgar dos veces a la persona pues

⁵¹ Quinteros, Ivana S., *Nuevamente acerca de acusaciones alternativas y subsidiarias...y otros estudios (en "defensa" del derecho de defensa)*, Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia penal, Editorial Ad-hoc, año 6, Nº 10-C y 5, págs. 311/363, puntualmente en pág. 321.

por carencia de prueba sobre un hecho el fiscal intentará que lo condenen por otro; que se lo obliga a defenderse por más de una acusación; que al imputado se lo pone en un estado que implica, ante las diversas acusaciones, un menoscabo en su ejercicio defensivo pues no sabrá de cuál de todas ellas defenderse; y que por todo ello resulta inconstitucional.

Bonetto señala respecto a estas críticas⁵², en relación al que fuera el proyecto de reforma al Código Procesal Penal de la provincia de Santa Fe, que *“...vulnera las garantías constitucionales de defensa en juicio y debido proceso. Obliga al imputado a defenderse de dos alternativas que, no sólo se refieren a la calificación jurídica, sino que por las variaciones de los requisitos típicos, alcanzan al hecho mismo. Se altera el principio de congruencia de manera indefectible....Se brinda una nueva oportunidad de condena al estado, ante la orfandad probatoria... Si solo se refiere a circunstancias del hecho el fiscal puede ampliar la acusación... no es posible que el fiscal acuse “por si acaso” por dos calificaciones legales por si las pruebas no son suficientes para la calificación más grave...Y a esto debe agregarse que a partir de la doctrina sentada por la corte en el caso Santillán, en la actualidad el imputado se encuentra ante la posibilidad de ser acusado alternativamente no sólo por el fiscal sino también por el querellante, que si no llegasen a coincidir, pueden tornarse en la práctica, en más de dos acusaciones alternativas...Se vulnera el derecho de defensa porque se obliga a ésta a realizar una doble defensa en una etapa del proceso en el cual la investigación se encuentra agotada, siendo que el estado en aquella investigación preparatoria o instructoria, a través de sus órganos, tuvo oportunidad de llevar adelante la investigación antes de llevar la causa a juicio, siendo ello exagerado, y más cuando tal posibilidad es consecuencia de las pruebas reunidas en el debate, es decir que al momento en que debe demostrar al tribunal la certeza para condenar se le permite la posibilidad de una acusación dispersa...”*.

Finalmente indica que no será lo mismo defenderse de una calificación de homicidio que de un hecho cuya calificación jurídica es la de encubrimiento, o abuso sexual con acceso carnal y abuso sexual por aprovechamiento de la inexperiencia sexual de la víctima, pues exceden las meras

⁵² Bonetto, Jorge Eduardo, *Inconstitucionalidad de la acusación alternativa*, en XXIV Congreso Nacional de Derecho Procesal, Mar del Plata, 8 al 10 de noviembre de 2007.

circunstancias relativas a un mismo hecho, “encubriendo” entonces en realidad el instituto de la acusación alternativa no solamente la existencia de una calificación jurídica distinta, sino que su aplicación también derivaría de modo directo en el hecho que es objeto del proceso vulnerándose el principio de congruencia.

Quinteros expone⁵³ que otra de las críticas consiste en que si se sostiene que “*el fiscal posee una sola oportunidad, o como vulgarmente se dice, una sola bala o un solo disparo para ir contra un individuo, haciendo peligrar su seguridad jurídica, la actuación de éste, formulando acusaciones alternativas o subsidiarias frente a los diversos casos que llegan a su conocimiento, implicaría una vulneración de tal principio, pues el órgano acusador de este modo acusaría por todas las opciones posibles con el fin de lograr por una de ellas la efectiva condena de aquél sujeto*”; pero a ello le replica, en primer lugar que también será verdad que las posibilidades de ejercer la defensa serán mayores, y en segundo término que no deberá considerarse violada la regla del doble juzgamiento por parte del fiscal al acusar alternativamente, dado que si únicamente posee una oportunidad para lograr la condena de la persona imputada por un hecho determinado, resultará razonable que “*...se le concedan todos los mecanismos lícitos para lograrlo...*”.

Jurisprudencia que le otorga validez

Pese a los cuestionamientos, numerosa jurisprudencia ha dado validez a la acusación alternativa o subsidiaria: la Corte Suprema ha tenido oportunidad de manifestarse en el recordado fallo “*Luque, G. y otro*”⁵⁴ donde expuso que ésta, prevista por el artículo 395 del Código Procesal Penal de Catamarca no era inconstitucional, fundamentándolo en evitar que el proceso volviese a una etapa anterior en violación de los principios de preclusión y progresividad y de la garantía del *ne bis in idem*. Señaló también que no existía violación al principio de la defensa en juicio pues no había existido una condena sorpresiva sobre hechos y circunstancias de las que el procesado no hubiera podido defenderse debidamente, ni tampoco una variación brusca del objeto del

⁵³ Quinteros, Ivana S., *Nuevamente acerca de acusaciones alternativas y subsidiarias...y otros estudios (en “defensa” del derecho de defensa)*, Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia penal, Editorial Ad-hoc, año 6, Nº 10-C y 5, págs. 358/359.

⁵⁴ C.S.J.N., C/ L.223.XXXIV, “*Luque, G. D.*” del 8/5/2001, publicado en J.P.B.A. Tº 121-160.

proceso en la sentencia que había condenado, ni se había violado la garantía del doble juzgamiento pues no había existido una persecución penal múltiple por un mismo hecho sino que se había tratado de un hecho diverso, alternativo, debidamente intimado e imputado y así no se había encontrado presente la unidad esencial necesaria para la aplicación de la regla.

Otro caso en que se entendió que la acusación fiscal alternativa o subsidiaria era plenamente válida fue el decidido por el Tribunal Oral en lo Criminal N° 6 del Departamento Judicial de San Isidro, al dictar sentencia en el resonado caso "*Carrascosa*"⁵⁵, resolviendo que el imputado había tenido la posibilidad de contrarrestar tanto la imputación principal (homicidio calificado por la que fue absuelto) como la subsidiaria (encubrimiento de aquel delito, por la que fue condenado).

También se sostuvo su validez en supuestos de crímenes de lesa humanidad, en la causa N° 2005 -y su acumulada N° 2044- "*Riveros, S., García, O., Verplaetsen, F. y otros*", de agosto del año 2009 con intervención del Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 1 de San Martín⁵⁶.

Asimismo, la Cámara Nacional de Casación Penal la ha admitido como válida en las causas "*Otero, R.*"⁵⁷ y "*López, C.R.*"⁵⁸; y en el ámbito de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional pueden encontrarse los siguientes precedentes, entre otros, sobre los típicos casos de erradicación de la numeración de un arma y su encubrimiento⁵⁹, y de un robo y su encubrimiento⁶⁰.

La acusación alternativa y el hecho no probado

La decisión que habrá de adoptarse en relación al hecho que no ha sido probado, ya fuera el principal o el subsidiario, es otra de las cuestiones que

⁵⁵ De fecha 11 de julio de 2007.

⁵⁶ Publicado en <http://derechos.org/nikzor/arg/doc/riveros8.html>.

⁵⁷ C.N.C.P., Sala III, C/N° 2552 "*Otero, Rubén Anastacio S/ recurso de casación*" del 8/6/00; publicado en documento N° 000006308, disco compacto de jurisprudencia y doctrina, Editorial Lexis Nexis, Septiembre de 2005.

⁵⁸ C.N.C.P., Sala I, C/N°10.602, "*López, C.R.*", del 14/6/2007, publicada en J.P.B.A. 138-186.

⁵⁹ C.C.C., Sala V, "*Arenales, Ariel J.*", del 29/05/2003, documento N°: 12.117301212.11730, publicado en disco compacto de jurisprudencia y doctrina, Editorial Lexis Nexis, Septiembre de 2005.

⁶⁰ C.C.C., Sala VII, C/N° 39.374 "*V.V., N. S/ nulidad*", del 19/8/10, publicado en fallos penales de interés general N° 147/2010, difundido por el servicio de correo electrónico de la Secretaría de Jurisprudencia y Biblioteca de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional.

trae aparejados interrogantes, pues se discute si deberá absolverse o no por tal extremo.

Maier sostiene que el tribunal no deberá decidir dos veces, una por cada imputación, porque el hecho resulta ser el mismo, con la salvedad que se ha desarrollado de una u otra manera (por ejemplo, con dolo de homicidio o mediante imprudencia por haber infringido algún deber de cuidado). Pero en todo caso, la condena o la absolución son únicas⁶¹.

Esta misma postura ha sido sostenida por la Cámara Criminal y Correccional Federal en la causa “*Zitelli, Carlos A.*” del 5/9/91, donde al margen de admitir la validez de las acusaciones alternativas o subsidiarias, se señala que no se trataba del desdoblamiento de un hecho único y de esa manera el imputado iba eventualmente a ser absuelto o condenado por una sola acción⁶².

En los casos de concursos aparentes de leyes la aplicación de una calificación legal producirá el desplazamiento de la otra, de modo que normalmente se comenzará por una imputación que si resulta comprobada va a desplazar a la otra y, de lo contrario, se proseguirá con el examen de la otra hipótesis, esto es la subsidiaria, que de verificarse será objeto de la condena⁶³.

Por el contrario, Lombardi considera que “*Finalizado el debate, el tribunal estará habilitado para condenar al imputado respecto del hecho en que se tengan probadas su intervención y responsabilidad, y absolver por el otro...*”⁶⁴.

La primera de las soluciones resulta adecuada pues el inconveniente con esta última postura radica en que si se absuelve por una de las alternativas, como el hecho resulta ser a fin de cuentas el mismo nos encontraríamos ante dos sentencias opuestas sobre una única situación, y al ser absuelto, no podría ya ser condenado por el beneficio que la absolución conlleva. Un mismo hecho no puede tener dos soluciones que sean contradictorias.

⁶¹ Maier, Julio B.J., *Acusación alternativa o subsidiaria*, Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia penal, Editorial Ad-hoc, año 3, Nº 4 y 5, págs. 631 y 701.

⁶² Citado en el artículo mencionado de Maier, págs. 648/649.

⁶³ Citado en el artículo mencionado de Maier, pág. 701.

⁶⁴ Lombardi, Ignacio, *Encubrimiento y acusación alternativa*, en La Ley-2001-2, pág. 1172.

La acusación alternativa respecto de hechos sobre los que no ha sido formalizada la investigación

Recordemos que la formalización de la investigación⁶⁵ es el acto por el cual el representante del Ministerio Público Fiscal comunica en audiencia al imputado los hechos, su calificación legal y los elementos de prueba con que cuenta.

Uno de los interrogantes que solía plantearse era si resultaba válida una acusación alternativa que versase sobre hechos que no habían sido descriptos dentro del marco de una declaración indagatoria. Vale aclarar que esta declaración tiene en su esencia la misma finalidad que la audiencia en la que se formaliza la investigación preparatoria.

Esta discusión parece haber quedado ya zanjada pues el código menciona expresamente en su art. 241 que la acusación sólo podrá referirse a hechos y personas incluidas en la formalización de la investigación, esto es, en aquella audiencia en la que se impone de los hechos al acusado.

Si bien entonces la ley no admite en principio esta posibilidad, cabe sin embargo preguntarse qué sucedería de no estar formalizada la investigación preparatoria por el hecho alternativo, o dicho de otro modo, si eso puede llegar a violar el derecho de defensa del imputado. Esto se señala pues por aplicación de los principios de conservación y trascendencia que deben ser tomados como rectores en materia de nulidades, para declarar la invalidez de un acto debe existir, como mínimo, un perjuicio, de modo tal de no declarar la nulidad por la nulidad misma⁶⁶.

⁶⁵ Art. 221 Ley 27.063.

⁶⁶ En el sentido que las nulidades en el proceso deben ser interpretadas restrictivamente, y conforme el principio de trascendencia que debe regirlas, resulta necesario para su declaración que como consecuencia del vicio, exista un perjuicio (un interés jurídico que deba ser reparado) puede consultarse la siguiente jurisprudencia: C.C.C. Sala V, causa N° 1482 "S.H.J.", rta. el 31-5-94, pub. en J.P.B.A. 89-341 -B.I. 7° ent. Esp.-; C.C.C.F., Sala II, C/N° 10305 "Lud, B.", rta. el 8-7-94, pub. en J.P.B.A. 89-429; C.C.C.F., Sala II, C/N° 15085 "Palluca, B.", rta. el 29-12-98 -BT dic. 98-, pub. en J.P.B.A. 106-372; C.N.P.E., Sala A, C/N° 40806 "Garzón Cruz, R.", rta. el 20-10-98, pub. en J.P.B.A. 106-405; C.C.C.F., Sala II, C/N° 11157 "inc. de nulidad", rta. el 6-6-95, pub. en B.I. jun/jul/95 y en J.P.B.A. 92-378; C.C.C., Sala V, C/N° 15675 "De Rosso, Héctor", rta. el 30-3-2001; C.C.C., Sala V, C/N° 14938 "Martinioni, Pablo G.", rta. el 21-11-00, pub. en Bol. Jur. Cam. Apel. Crim. 4/2000; C.C.C., Sala IV, C/N° 16263 "Manteca de Carrizo, Carmen S.", rta. el 11-6-01, pub. en Bol. Jur. Cam. Apel. Crim. 2/2001; y *Código Procesal Penal de la Nación comentado* de Navarro y Daray, Pensamiento Jurídico Editora, Bs. As., 1996, T° 1 págs. 341 y 551.

Y esta inexistencia de perjuicio puede llegar a evaluarse ya que en definitiva una vez abierto el debate se cede la palabra a los acusadores para que expliquen el contenido de su acusación⁶⁷ y en el curso de la audiencia el imputado podrá hacer todas las declaraciones que considere oportunas⁶⁸, con lo que no se le veda en modo alguno la posibilidad de defenderse.

Por otra parte también se ha sostenido, por supuesto que en relación a la ley 23.984 pero es argumento equiparable, que la imputación quedaba materializada recién en el requerimiento de elevación a juicio y, hasta ese momento, sólo existe una investigación dirigida a dilucidar si existen elementos como para solicitar la realización del juicio y por qué hechos. Y ese debate es la verdadera etapa principal del proceso (más aún con los postulados de la ley 27.063), donde las partes frente a frente argumentan y alegan sobre la plataforma de aquél pedido acusatorio, de modo que hechos y pruebas son ampliamente tratados con su debido conocimiento.

VII.- PALABRAS FINALES

Estas líneas culminan recalcando la importancia que tiene la acusación en el proceso y en el consecuente cuidado que debe ponerse entonces en su realización.

La descripción de sus hechos deberá ser precedida de un detenido análisis; deberá ser clara; deberá ser autosuficiente; deberá ser convincente; y su lectura deberá generar interés. Este último aspecto, aun cuando parezca elemental y quizás hasta obvio, no por eso deja de ser incuestionable, porque tiene su fin práctico. Y es que en definitiva, como en todas las cosas, el interés confluye en su más fácil y rápida comprensión, y así en ese convencimiento al que la acusación debe aspirar.

Como en todo tema jurídico y máxime si se trata de una reforma procesal de esta envergadura, su interpretación y las opiniones que se viertan sobre los diversos institutos que aparecen involucrados serán vastas, prolongadas, y seguramente disímiles. Simplemente se pretende aquí acercar algunas ideas y

⁶⁷ Art. 261 Ley 27.063.

⁶⁸ Art. 261 último párrafo Ley 27.063.

ciertos argumentos y reflexiones sobre esta pieza central, no sólo de la investigación preparatoria sino también del juicio oral, en tanto trasciende la primera y reviste además la particular característica de ser un lazo entre una y otra.