

Congruencia en juicio y acusaciones alternativas

Maximiliano O. Larocca Rees¹

SUMARIO: I.-El principio de Congruencia; II.- Acusaciones Alternativas; III.- Posibilidad de su aplicación en casos concretos; IV.- Un mismo supuesto y fallos en líneas opuestas; V.- El criterio de la Corte de la provincia de Entre Ríos en la materia; VI.- El precedente Alvarez-Telechea de la provincia de Buenos Aires; VII.- El supuesto de hechos activos y omisivos; VIII.- Conclusión; IX.- Bibliografía; X.-Jurisprudencia citada

RESUMEN: En el presente trabajo se intentará destacar la importancia que reviste el principio de congruencia en juicio para todo proceso penal, y como, su no observancia provoca graves inconvenientes en su desarrollo. También se evaluará la posibilidad de que los jueces puedan variar las calificaciones jurídicas de oficio amparados bajo el principio del “iura novit curie”, y en esta senda, de qué forma su manipulación arbitraria termina ocasionando indefensión. Como un paliativo a todo ello, se desarrollará y estudiará la figura de las “imputaciones alternativas”, reconociendo su utilidad práctica, verificando la necesaria existencia de marcados requisitos para su adaptabilidad al proceso. También en casos concretos, desarrollaremos puntualmente si es posible variar la calificación o no, y en su caso como repercuten a la luz de la defensa en juicio, y observaremos como las

¹ Ex Fiscal Auxiliar interino de la ciudad de Federal, E.Ríos, ex Agente Fiscal titular de la ciudad de Chajarí, Entre Ríos, actualmente Juez de Garantías titular de la ciudad de Federal, Entre Ríos, especialista en Derecho Procesal Penal (Universidad Nacional del Litoral), especialista en Derecho Penal (Universidad Nacional de Rosario) y especialista en Derecho Penal (Universidad Nacional del Litoral).-

imputaciones alternativas sirven de un seguro salvoconducto para evitar la violación al derecho de defensa en juicio. Se expondrá además, bajo que determinados requisitos pueden admitirse esta forma de acusar, cuáles son sus ventajas y desventajas, también las críticas que se les efectúan. También estudiaremos algunos casos en donde se han variado calificaciones que han sido resuelto por la Jurisprudencia tomando postura sobre la forma que han sido abordado los mismos. El objetivo fundamental es demostrar que estas acusaciones son una herramienta muy eficaz no solo para impedir la indefensión, sino que además, evitar la impunidad que provoca el empleo errático de las imputaciones durante la litigación de los casos

PALABRAS CLAVE: Principio de Congruencia - Imputaciones Alternativas - Iura novit curiae - Modificación in Meius Alvarez-Telechea, Wagner-Pavón.

I.- El principio de Congruencia

Uno de los institutos más importantes dentro del derecho proceso penal, es de la congruencia en juicio y de la forma que a una persona se lo acusa y finalmente se lo condena en el mismo.

Este tema se encuentra íntimamente vinculado a una de las garantías constitucionales más sagradas, que es nada más ni nada menos que el de la defensa en juicio, y que como tal, debe necesariamente llamar la atención de los operadores judiciales (abogados de matrícula, funcionarios y magistrados), en razón de las consecuencias que su mala utilización en la práctica en el manejo de la litigación puede ocasionar.

Para conceptualizar el principio de congruencia podemos recurrir a autorizada doctrina que nos enseña: “...Entiéndase por principio de congruencia en el proceso penal la exigencia de que debe mediar una permanente e inmutable identidad, entre el hecho demarcado por el Ministerio Público Fiscal en el requerimiento de investigación, el que se le incrimina al imputado en su primera declaración, y aquel por el que se lo acusa y se le dicta sentencia; no pudiendo variarse ninguna de estas etapas la demarcación fáctica, teniendo el órgano jurisdiccional limitada su potestad a este respecto, debiendo resolver solo en relación con ese hecho, condenando o absolviendo por el mismo...”²

² Conf. Eduardo Jauchen, Tratado de Derecho Procesal Penal, Tomo I, Editorial Rubinzal Culzoni, pag. 129/130.-

Existen distintas formas de verificar la presencia de incongruencia, así:
1) Incongruencia subjetiva: cuando la decisión jurisdiccional condena o absuelve a quién no era parte-incongruencia subjetiva por exceso, e incongruencia subjetiva que omite condenar o absolver a uno de los sujetos (incongruencia subjetiva por defecto);
2) Incongruencia del material fáctico, cuando se resuelve una cuestión no planteada (por exceso); o no resuelve una cuestión planteada (por defecto) y
3) Incongruencia objetiva, cuando se concede más de lo reclamado (por exceso u ultra petita) o se concede algo que no ha sido reclamado (extra petita) u omite pronunciarse sobre algunas de las reclamaciones (citra petita).³

Como operador judicial, coincido plenamente en este tema con la Dra. Angela Ledesma, cuando manifiesta que: “...estoy preocupada desde siempre por el objeto procesal...”⁴, destacando con ello, la importancia que este tema tiene dentro del proceso penal.

Además de preocupar, debe merecer por parte de quienes tienen la tarea de ser fiscales, querellantes, defensores o jueces, especial atención y absoluta cautela, ya que, su incorrecta utilización en el desarrollo de un proceso, provoca un severo daño para la causa penal de que se trate.

La regla fundamental es que, si no existe una imputación clara, precisa y circunstanciada de un hecho, el sospechado no sabe en concreto de que se tiene que defender.

Además, si existe multiplicidad de intervinientes en una misma causa, se debe delimitar e individualizar la actividad concreta que le cupo a cada uno en el evento, esto lo ha dicho de manera contundente la Corte Suprema de la Nación en el precedente “Navarro”⁵, y también entre otros la Corte Suprema de Justicia de Santa Fe en el caso “S., J.L. y otro-Homicidio en Riña s/Recurso de Inconstitucionalidad.”⁶

³ Conf. Ernesto Segui, Imputación, Congruencia y Nulidad en el Proceso Penal, Editorial Nova Tesis, pag. 65.-)

⁴ Dra. Angela Ledesma, conferencia brindada para la Asociación de Magistrados de Tucumán, 4/12/2021, “El principio de Congruencia alcanza al derecho?.-

⁵ Conf. CSJN en el precedente “Navarro Rolando y otros s/Homicidio culposo” del 9 de agosto de 2001.-

⁶ En este caso se lo había acusado al imputado por homicidio doloso agravado del art. 80 del C.P., y se lo condenó por homicidio en riña art. 95, indicando que esa variación provocó

El imputado tiene derecho a conocer la acusación, y en base a la misma, tiene el derecho irrenunciable de rebatirla, sin que se experimente cambios indebidos de esa base imputativa durante todo el transcurso del juicio, de ello se trata la congruencia en juicio, también llamada coherencia o correlación.

Por otra parte, la sentencia debe mantener el correlato de la acusación, no puede variarla, sostener siempre esa “dialéctica”, que está compuesta por la acusación (tesis), la defensa (antítesis) y finalmente la sentencia (síntesis), y si existen variaciones, ellas no deben recaer en el dato fáctico objeto de la acusación.

Se trata, en definitiva, de la necesidad de mantener en forma permanente e inmutable la identidad del objeto procesal del caso.

En la provincia de Entre Ríos, la legislación ritual en varios artículos (arts. 381°, 403°, inc 2, 405° inc.1, 436°, 437° del C.P.P.), establecen dicha regla general que debe garantizarse, bajo pena de nulidad como sanción.

Para respetar esta garantía y cumplir con este objetivo, debemos preguntarnos de qué forma se debe imputar, pero más que preguntarnos por ello, debemos saber cuándo se genera indefensión a través de una acusación por quiebre de la congruencia indicada.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el conocido caso: “Fermín Ramírez vs. Guatemala”, relacionado con este tema, dio las pautas precisas de cómo se debía respetar el principio de “Coherencia” en juicio, según este máximo Tribunal Americano, constituye una referencia indispensable para el ejercicio de defensa del imputado.⁷

También se ha expedido sobre este tema el mencionado Tribunal internacional en los precedentes: “Barreto Leiva vs. Venezuela” (17/11/2009), “Palmará Iribarne vs Chile” en fecha 22 de noviembre de 2005, entre otros.

indefensión en virtud de las diferencias estructurales entre un delito y otro.-(C.S.J. de Santa Fe precedente S.J.L. y otro-Homicidio en Riña, de fecha 27 de noviembre de 2012.-)-

⁷ “...La descripción material de la conducta imputada contiene los datos fácticos recogidos en la acusación, que constituyen la referencia indispensable para el ejercicio de la defensa del imputado y la consecuente consideración del juzgador, sin que ello atente contra el derecho de defensa cuando se mantengan sin variación los hechos mismos y se observen las garantías procesales previstas en la ley para llevar a cabo la nueva calificación..(sigue)...Por constituir el principio de coherencia o correlación indispensable del derecho de defensa, la Corte considera que aquél constituye una garantía fundamental del debido proceso en materia penal...”(CIDH “Fermín Ramírez vs. Guatemala 20/06/2005).-

Nuestra Corte Suprema de Justicia, ha resuelto que los magistrados pueden variar la calificación legal atribuida por la acusación, siempre y cuando ello no genere una alteración sustancial de la base de la acusación.⁸

Por ello, existe una cuestión que a mi modo de ver resulta central a la hora de analizar el principio de coherencia procesal, esto es, su relación que tiene con el principio de la iura novit curiae (el Juez o Tribunal conoce el derecho).

Lo cierto es que, se debe tener claro, que el cambio de calificación atribuida por la acusación, y que se efectúa en la sentencia por parte de los jueces o el tribunal, casi siempre provoca mutación fáctica del acontecimiento, y ese es problema.

En esa senda, hasta qué punto, los jueces pueden aplicar el derecho modificando la calificación legal que las partes le han enrostrado al suceso ilícito, el límite sin lugar a dudas está dado cuando se genera estrépito defensivo, cuando la calificación nueva conmueve el sustrato fáctico del hecho.⁹

La disponibilidad del tribunal al respecto se encuentra claramente restringida, no solo esta nueva calificación que puede aplicar al hecho debe adaptarse al objeto procesal, sino que además debe contener los elementos normativos y descriptivos de aquel, de lo contrario no resulta válido el nuevo encuadre jurídico.

Este justo límite, es un bloqueo o dique de contención a toda posible arbitrariedad judicial, que so pretexto de no dejar de condenar, se adapta a cualquier costo la calificación jurídica de un hecho, sin importar muchas veces que, el imputado no pudo defenderse como corresponde.

Existen supuestos en que este cambio de calificación es perfectamente posible, así, una modificación “in meius” (cuando se encuadra el hecho acusado en una calificación que ostenta una pena menor) que realiza el tribunal, generalmente cuando los tipos penales son progresivos (que van de menor a mayor como lo es el

⁸ “...Que recientemente, el principio de congruencia exige que el hecho que se juzga debe ser exactamente el mismo que fue objeto de imputación y debate en el proceso, es decir, aquel sustrato fáctico sobre el cual los actores procesales desplegaron su necesaria actividad acusatoria o defensiva (fallos 329:4634).-Sin embargo, de ello no se sigue que los cambios de calificación no generan agravio constitucional alguno si versan sobre los mismos hechos que fueron objeto de debate en el juicio pues solo se ajustarán al art. 18 de la Constitución Nacional los que nos e hayan desbaratado la estrategia defensiva del acusado impidiéndole formular sus descargos...(conf. caso “Ciuffo” del 11 de diciembre de 2007, CSJN).-

⁹ Conf. CSJN en “Sircovich” fallo 329:4624

artículo 119 del C.P.P.) o cuando el delito menor calificado no resulta contradictorio o tiene características no secantes, ello no provoca perjuicio alguno.

Así por ejemplo: una acusación por tentativa de homicidio puede ser variada por el Tribunal aún de oficio por una calificación por ese mismo acontecimiento por una lesión grave, o de ésta última a una de lesión leve, o un abuso sexual que la fiscalía acusa con acceso carnal, el tribunal si se da en la especie los presupuestos para ello, puede condenar por abuso sexual sin acceso carnal, o de un delito de homicidio calificado a la figura básica, ello es permitido sin mayores problemas, porque además se trata de un cambio a favor del imputado.

Entiendo además que, el cambio de calificación que se genera en el medio del proceso, puede ser objeto de aceptación por parte del acusado, es decir, se trata de una garantía para y en beneficio de él, por lo tanto resulta claramente renunciabile.

Esta posibilidad, está expresamente prevista como lo disponen los artículos 437/438 de la ley ritual de la provincia de Entre Ríos, donde se le da la posibilidad de renuncia a oponerse a la misma.

No obstante ello, dicha facultad en la aceptación de esta variación tiene que estar motivada o verificada por motivos razonables, es decir que, si del contexto del caso se acepta algo incoherente o que afecte la defensa eficaz, se correría serio riesgo de indefensión por tal circunstancia, por lo que necesariamente se requerirá el requisito de razonabilidad de dicho acto.

II.- Acusaciones Alternativas

En este análisis, y en cuanto a las posibilidades de utilizar paliativos a fin de evitar quebrantar estos principios analizados, cabe preguntarnos si:

¿Resulta posible que dentro del mismo proceso coexista más de una acusación respetando la inviolabilidad de la defensa en juicio?:

Esto tiene que ver con las llamadas imputaciones o acusaciones alternativas y su aplicación dentro de un proceso penal.

El código procesal de la provincia de Buenos Aires, en su artículo 335° lo autoriza expresamente, indica textualmente dicha norma en su tercer párrafo que: “....El requerimiento podrá indicar alternativamente aquellas circunstancias de hecho que permitan encuadrar el comportamiento del imputado en un tipo penal distinto, para el caso de que no resulten demostrados en el debate los elementos

que componen su calificación jurídica principal, a fin de posibilitar la correcta defensa del imputado...”.

Normativamente la provincia de Buenos Aires habilita expresamente las acusaciones alternativas.¹⁰

Otras provincias también la contemplan, así: Chubut (art. 291), Santa Fe (art. 295), Tucumán (art. 397), Santiago del Estero (art. 362), Catamarca (art. 395) y La Pampa (art. 295).

También el nuevo Código a nivel Federal (ley 27.063) en su artículo 242, lo establece expresamente: “...El representante del Ministerio Público Fiscal podrá indicar alternativamente aquellas circunstancias del hecho que permiten encuadrar el comportamiento del imputado en una figura distinta de la ley penal, para el caso de que no resultare comprobado en el debate los elementos que componen su calificación jurídica principal. Misma facultad tendrá la parte querellante. La acusación alternativa será propuesta de modo claro y diferenciada, según lo que dispone el art. 241, inc. b)...”.

En la doctrina, autores de la autoridad del Dr. Maier las admiten, manifestando que una acusación alternativa o subsidiaria que cuide de precisar los hechos imputados y de señalar cuál es la tesis principal, y cuál o cuáles las subsidiarias o alternativas, permite la respuesta defensiva, la prueba y la decisión. Se observa cómo ella es pilar fundamental que permite el ejercicio idóneo del derecho de defensa.¹¹

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ya en el precedente “Luque” (del 26/11/2002), determinó que las acusaciones alternativas no afectan ni la defensa en juicio ni la garantía del non bis in ídem.

¹⁰ “...Acusaciones Alternativas.-El párr. 3º del artículo se refiere a las acusaciones eventuales en caso de no probarse la principal.-No es obligatorio sino facultativo para el fiscal indicarlas.-Su interés en hacerlo es evitar futuros planteos de violación al principio de congruencia, y permitir al imputado visualizar el abanico de conductas que pueden ser materia de debate, advirtiéndole sobre los posibles cambios en la incriminación, sin sorpresas que produzcan indefensión, ni los eventuales retrasos productos de ampliaciones del requerimiento en la audiencia oral...”(conf. Irisarri, Carlos Alberto, Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires, comentado, anotado y concordado, tomo 2, Editorial Astrea, pag. 335.-).

¹¹ “conf. Maier Julio B.J. Derecho Procesal Penal, pagina 574.-).

También el tribunal de Casación Penal de Buenos Aires, Sala 1° en el precedente “Carrascosa, Carlos A.s/Recurso de Casación, de fecha 18 de junio de 2009, entre otros tantos, las ha convalidado.

La provincia de Entre Ríos, no cuenta con una norma expresa en este sentido, pero no obstante la falta de previsión legal, considero que es posible esa forma de imputación, ajustada a determinados límites y recaudos que seguidamente los detallaré, que una vez reunidos, se permite su absoluta compatibilización con nuestro proceso penal.

Esta última provincia, las imputaciones alternativas resultan ajustadas al principio acusatorio que inspira el código adjetivo local, y esto ha sido reafirmado por la Corte Provincial de Entre Ríos, en el fallo “Wagner-Pavón-Abuso Sexual, del 31 de julio 2020”, órgano éste que, además reclama que el instituto sea regulado expresamente en una futura reforma legislativa.

No obstante ello, conforme lo veremos seguidamente, el sistema solo podría soportar una única acusación principal y solo una subsidiaria, no más de ello, porque de lo contrario se generaría un serio problema a la hora de elaborar la estrategia defensiva para los defensores, conspirando ahí si con su debida defensa.¹²

Sin perjuicio de ello, las mismas no están exentas de críticas por parte de la doctrina, se dice en su contra que, sería una forma de demostrar flaqueza o debilidad en la estrategia de la acusación para abordar un juicio, y que, denotaría además confusión, o que los fiscales si recurren a ellas, no tendrían en claro que es lo que intenta demostrar en un juicio.

Considero que las críticas al respecto no son acertadas, lo que se analizará en los párrafos que siguen.

¹² “...Imaginemos que en la audiencia de control de la acusación se presenta el acusador público y la querrela, cada uno realiza imputaciones principales y alternativas, planteándose escenarios únicos y diferenciados uno de otros, donde la defensa deba afrontar cuatro acusaciones con elementos típicos y fácticos disímiles.-Aun cuando coincidan las plataformas fácticas y calificaciones jurídicas principales, pero no las alternativas, la defensa deberá afrontar tres escenarios diferentes.-Es decir que, en estos supuestos, tendrá que analizar, ofrecer prueba y elaborar estrategias contradictorias para poder rebatir la totalidad de las imputaciones....”(conf. LEDESMA, ANGELA, El debido proceso penal, 4, La acusación alternativa en el sistema acusatorio, Julián Aristimuño, Editorial Hammurabi, pag.151.-).

Este tipo de mecanismo, empleado como corresponde y en casos puntuales, no demuestran endeblez ni tampoco oscuridad, ni mucho menos falta de estrategia de quién tiene el deber de acusar.

Lo que se debe buscar en algunos casos, es justamente lo contrario, es el máximo rendimiento del proceso con la máxima claridad, y encontrar de esta forma, una estructura ordenada de imputación, que en su caso, sería la única forma de poder resolver situaciones que se presentan en casos problemáticos, y de este modo poder sortear estos inconvenientes, logrando un fin central que es el de impedir la impunidad.

Por ello sostengo que, solamente ante un caso complejo, de difícil encuadre jurídico se puede echar mano a esta alternatividad, constituyen desde mi perspectiva un recurso necesariamente excepcional.

Para ello, debe admitirse una única posibilidad de imputar con dos opciones, no múltiples, ello por cuanto, de esta forma, se le brinda al imputado mayor transparencia sobre el objeto procesal, uno principal y otro subsidiario, permitiéndole que, desde el primer momento puede ejercer su despliegue defensivo, no generando distorsiones o alteraciones futuras que puedan generar sorpresas para ejercer sus derechos.

Lo que debe buscarse a la hora de comenzar con ese “viaje”(juicio) programado que tiene sus vicisitudes, es que, sus rutas estén delimitadas y demarcadas con claridad, que sea todo lo visible y previsible posible, que desde el primer momento cuente con un anclaje coherente, que tenga un recorrido ético y de buena fe, evitando que una persona se encuentre sorprendida al final de esa “ruta” ya llegando a su destino final, con una condena por algo que desconocida o no estaba dentro de sus previsiones.

Por ello, si para hacer ese trayecto contamos con mapas erróneamente delimitados y/o si en la actualidad, esos dispositivos tecnológicos “GPS” están incorrectamente cargados, con seguridad no llegaremos a destino, o llegaremos de manera inadecuada.

Con ello pretendo graficar que, allí creo que radica la cuestión, que en muchos casos (como los que analizaremos), se hace necesario utilizar este tipo de figuras procesales, a fin de poder poner sobre la mesa dos acusaciones, una que sería la principal, y si ella fracasa, recién allí se aborda y analiza la acusación alternativa o subsidiaria.

La utilidad práctica para el proceso es altamente beneficiosa, permitiendo, por un lado la defensa desplegar todas las medidas probatorias en base a las dos acusaciones, sino que también, a la acusación le habilita ampliar sus chances de éxito, ya que cuenta con dos opciones y no una, y para el tribunal, es mucho más sencillo decidir, ya que dispone de estas dos hipótesis, de las cuales sin lesionar derecho alguno, ni invadir atribuciones de las partes, puede seleccionar la acusación principal, y en el supuesto de que la misma no este acreditada o fracase, inclinarse por la hipótesis alternativa.

Esto es lo que sucedió por ejemplo en el renombrado caso “Carrascosa” entre otros tantos precedentes como ya lo mencioné.¹³

En la provincia de Entre Ríos, el artículo 403 si bien no se expresa-como indiqué- sobre las acusaciones alternativas, tampoco las prohíbe, y así, se podrá habilitar el debate oral teniendo como base esta forma de imputaciones.¹⁴

Al no existir incompatibilidad alguna para su aplicación práctica en la investigación penal preparatoria, tampoco existe obstáculo alguno para que todas

¹³ “...Por lo expuesto, parece claro que no existe ninguna inconsistencia lógica ni jurídica, en atribuir al imputado la comisión de un hecho y alternativa o subsidiariamente la comisión de otro, por más que las hipótesis fácticas en juego fueran excluyentes entre sí, como sucede en autos.-En el presente caso, creo firmemente que la acusación formulada por el Ministerio Fiscal al endilgar al incurso la coautoría en el homicidio de su esposa y, alternativamente, el encubrimiento de ese homicidio, eventualmente cometido por un autor ignorado o por parte de otras u otras personas, no resulta ser un acto incoherente y contradictorio.-Distinto sería si se tratase de una acusación-y mucho más una sentencia-que afirmare que se han cometido los dos delitos por la misma persona....(sigue)...El estado no afirma, al momento de acusar al incurso, que sea verdad que ambos hechos ocurrieron.-Sólo sostiene hipotéticamente que algunos de los dos hechos pudo haber sido cometido por esa persona. Y la prueba más clara, y tal vez más a la vista que esto es así, lo constituye el nexo disyuntivo-y no conjuntivo-que se utiliza generalmente en la pieza acusatoria: “mato” o “encubrió el delito de otro”...(sigue)...Si las acusaciones alternativas o subsidiarias describen concretamente los supuestos fácticos que se imputan, las normas en que resultan encuadrables y los indicios en que se sustentan, ellas son perfectamente válidas pues permiten un correcto ejercicio de derecho de defensa en juicio.....”(conf. fallo Carrascosa precitado).-

¹⁴ “...las leyes argentinas no conocen la posibilidad de acusaciones subsidiarias o alternativas, tampoco las prohíben ni nada en la ley se opone a que el acusador proceda de esa manera, forma recomendable en casos conflictivos e, incluso, en aquellos en los cuales el acusador no puede asegurar el éxito de su tesis principal y su fracaso no determina, necesariamente la imposibilidad de una condena por el mismo acontecimiento histórico...”(conf. MAIER, JULIO, DERECHO PROCESAL PENAL Argentino, Ediciones Hammurabi, Buenos Aires 1989, tomo 1 b, pag. 343).-

las etapas del proceso transiten con esta figura alternativa, resulta necesario su empleo y discusión fundamentalmente en el propio debate oral, hasta el cierre de su alegato de clausura.

Es más, si el caso fuera elevado a Jurados, se deberá incluir de manera expresa en las instrucciones que se impartan (al inicio y al final), sobre esta modalidad con las explicaciones pertinentes del caso, alternatividad ésta que resultan perfectamente entendibles y que, no revisten mayores complicaciones para la gente común (jurado popular).

Si lo que pretendemos es claridad y sencillez a la hora de desarrollar un juicio oral, esta modalidad acusatoria resulta mucho más propicia para ello, y para que pueden comprender sobradamente el jurado popular el objeto procesal.

En definitiva y resumiendo, se advierten como ventajas que brindan este tipo de figuras:

1. Se evita la sorpresa en el ejercicio de la defensa, por ello no se permite que se lo embuste a quién se encuentra sometido a una causa penal, poniendo las cartas sobre la mesa desde un primer momento.
2. Impide la impunidad que se genera en relación con una única acusación en situaciones de difícil delimitación conceptual jurídico penal.
3. Permite un análisis mucho más profundo del caso, buscando el verdadero esclarecimiento del mismo, ampliando la posibilidad de respetar la tutela judicial efectiva y el derecho de toda víctima a una sentencia justa.
4. Se gana en eficacia en la investigación del caso, ya que no se trata de dos frentes de ataques (dos acusaciones por un mismo hecho) en contra del imputado, sino de ampliar el mismo frente de ataque, permitiendo un sinceramiento en el esclarecimiento de lo que realmente pasó, discutiendo si en verdad se trató de un delito u otro con total amplitud en la litigación del caso, cumpliendo con la debida administración de justicia efectiva y con la debida diligencia.¹⁵
5. Evita la aplicación abusiva y extensiva del principio del *iura novit curiae*, esto es, con ello se impide que los jueces so pretexto de evitar la impunidad del caso sometido a resolución, intenten amoldar

¹⁵ Como estándar internacional de debida diligencia en un investigación, así lo ha resuelto la Corte Interamericana de Derechos Humanos en: *Gutierrez vs. Argentina* (25/11/2013) y *V.R.P. , V.P.C. y otros vs. Nicaragua*, del 8 de marzo de 2018.-.-

arbitrariamente el hecho a otra calificación jurídica violando el derecho de defensa en juicio.

Requisitos esenciales para su implementación:

Ahora bien, considero como ya lo analizamos, que no cualquier tipo de acusación alternativa puede ser admitida dentro de un proceso penal, necesariamente para su habilitación deben reunirse algunos requisitos esenciales, a saber:

1. Resultan de aplicación excepcional, solo en casos que verdaderamente lo ameriten, deben tratarse de casos complejos en donde quede claro que existe una difícil delimitación jurídica que palmariamente amerite su empleo.
2. Debe tratarse de una única hipótesis principal y otra única subsidiaria, no resulta posible la acusación por más de una hipótesis principal y más de una subsidiaria, ya que ello determinaría, de existir doble acusación principal, de una doble persecución penal por el mismo hecho, violando la garantía de la prohibición del *ne bis in idem* y una indebida litispendencia.

Tanto el código de la provincia de Buenos Aires (art.335), como el nuevo código Federal (art. 242), no limitan la cantidad de acusaciones, entiendo en lo personal que, con esta restricción se evitan todas las críticas de las que son pasibles actualmente por parte de la doctrina, y además, mejora el estándar de coherencia en la forma y manera de acusar, impide el desorden que afecta seria y directamente a la defensa en su estrategia.

3. Es necesario que exista interdependencia o nexo de conexión entre la hipótesis principal y la accesoria, que no se trate de calificaciones tajantes, evitando chocar con la ilogicidad de figuras contrapuestas, esto es, que exista conexión objetiva o subjetiva entre lo que se acusa como hipótesis principal, de la que se realiza en forma subsidiaria.

Así, el robo y el encubrimiento, tienen una base de conexión, se trata de hechos interdependientes, en el robo el suceso es anterior en el tiempo al encubrimiento, una receptación siempre va de la mano de una sustracción anterior, por ello, en este análisis, las dos acusaciones tiene que estar relacionadas con el mismo hecho, los mismos sujetos y la misma res furtiva.

Lo mismo sucede con el homicidio doloso y culposo, se investiga (como veremos más adelante) por ejemplo, si la muerte del hijo en manos de su madre fue por muerte con dolo eventual o muerte por imprudencia, se trata del mismo suceso histórico (esa es la conexión objetiva) variando el aspecto subjetivo de la conducta.

En este análisis, no podrá acusarse por ejemplo a un sujeto de un abuso sexual con acceso carnal como autor y como hipótesis subsidiaria como autor del robo de una prenda u objeto de esa víctima, se es una cosa o la otra, de imputarse así no existe logicidad entre las figuras, no existiendo necesidad alguna de recurrir a este instituto de aplicación restrictiva para ello.

Cuando afirmamos que no existe razonabilidad, indicamos que no hay razón para que un hecho de esas características (como el del último ejemplo) sea ventilado a través de una acusación alternativa, ya que queda claro que o es autor del abuso o es autor del robo de antemano, en su caso estaríamos ante un concurso real.

Las figuras jurídicas antinómicas no pueden correlacionarse disyuntivamente, porque además de resultar incoherentes desde el punto de vista jurídico, genera confusión para cualquier proceso, creando una grave problemática para quién se tiene que defender por generarle oscuridad en su defensa, y queda claro que en ese tipo de casos si la fiscalía utilizaría esta herramienta está francamente desorientada.

La oposición más férrea a este tipo de acusaciones, se presentan en aquellos autores que observan en las mismas como una forma de acusación múltiple que choca de frente contra la garantía de la prohibición de doble juzgamiento (nen bis in ídem) o prohibición de litis pendencia.¹⁶

¹⁶ “...Es lo que se conoce en doctrina como el “double jeopardy” a partir del famoso precedente “Green vs. U.S.” de la Corte norteamericana de 1957.-Hay acuerdo generalizado en que la aludida garantía impide la posibilidad de realización tanto de un procedimiento sucesivo como de uno simultáneo por el mismo hecho.-Y la garantía queda afectada, aunque no haya cosa juzgada de condena, si se expone a la misma persona a la persecución penal por segunda vez, por idéntica causa.-Por lo que el instituto se relaciona también con la litispendencia, “supuesto en el cual durante el curso de un proceso se inicia otro, relativo al mismo ilícito, duplicándose el riesgo, pero esta vez de modo simultáneo.-Y añade Magariños: “Desde mi punto de vista, existiría un tercer supuesto ante el cual la garantía se vería afectada; me refiero a la hipótesis en la cual, durante la tramitación de un juicio se verifique la reiteración de actos procesales precluidos”.-Y añade en nota: “esta idea pareciera estar presente en la doctrina: fallos: 272:188, 298:50 y 300:112 entre otros”.-Nos preguntamos por nuestra parte:¿Estaremos acaso muy errados si postulamos que, en realidad, hay un cuarto supuesto, emparentado con el tercero que

No estoy de acuerdo con tal afirmación, considero que no solo imputar de esta forma se amalgama a nuestra Constitución nacional, sino que además permite mayores herramientas al imputado para poder defenderse sin sorpresa alguna.

La doble persecución no es tal, se trata de una única acusación, un frente de ataque más amplio, el que genera por su parte un amplio y acabado margen para poder defenderse.

De admitirse que acusar alternativamente es acusar dos veces sobre el mismo hecho, tendríamos que considerar también que los acusadores no podrían impugnar la sentencia absolutoria, o que no puedan existir actos procesales posteriores al dictado de una nulidad, porque sería volver atrás el proceso y como consecuencia de ello volver a acusar por ese mismo hecho, lo que sería según ese criterio una doble persecución penal.¹⁷

Lo que sucede con este tipo de acusaciones no tiene nada que ver con una doble persecución o litispendencia, ya que existe una sola acusación abarcativa de dos hipótesis, que son interdependientes y no pueden ser contradictorias entre sí, pero que se ventilan dentro de un único e idéntico proceso penal.¹⁸

enuncia Magariños, que ocurriría también, simultáneamente, con las “denominadas acusaciones alternativas”, las cuales no necesariamente provienen del mismo órgano (como es el caso del art. 335 del Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires), sino que puede provenir una de un acusador particular y la otra del acusador público?...”(conf. Revista de Derecho Procesal Penal, 2010-2, La defensa penal-II, Donna Alberto Director, Editorial Rubinzal Culzoni, El derecho del imputado a un acusador penal único por Oscar Raúl Pandolfi”, pag. 128.-).-

¹⁷ “...En Estados Unidos numerosos precedentes jurisprudenciales han arraigado el principio de que toda persona sometida a proceso tiene derecho a que su situación sea resuelta. Sin embargo, la Corte Suprema ha señalado en el caso “U.S. vs. Ball” que si un fallo es revocado por vicios procesales, el doblé jeopardy no obsta a que se lo someta nuevamente a juicio, pues permitir que una persona aproveche errores procesales para eludir el castigo minaría el interés social, el que se satisface garantizando a la comunidad el derecho a contar con la oportunidad de un proceso completo e inmaculado para demostrar la culpabilidad del acusado....”(conf. JAUCHEN, EDUARDO, Tratado de Derecho Procesal Penal, Tomo I, Editorial Rubinzal Culzoni, Pág. 285.-).-

¹⁸ “....porque la seguridad jurídica de todo habitante lleva a la necesidad de ampararlo sobre renovaciones de juzgamiento acerca de hechos por los cuales ya fue sometido a proceso y se ha decidido sus situación, no pudiendo quebrantarse esta garantía con el pretexto de que en el primer proceso no se pudo agotar la investigación, porque en todo caso, éste es un deber del propio Estado cuyo ineficiente servicio de justicia no puede provocar como consecuencia un avasallamiento de los derechos individuales de los habitantes...(sigue)....En cambio no

La misma Corte Interamericana de Derechos Humanos en el precedente “Gutierrez y familia vs. Argentina” de fecha 25/11/2013, estableció que ante irregularidades y violación de la debida diligencia dentro de un proceso que terminaron con la absolución de los acusados, no puede considerarse que ese caso contenga una sentencia firme, y una absolución operada de este modo aun cuando se encuentre firme, la Corte concluyó que no resultaba aplicable en ese caso lo dispuesto en el artículo 8.4 de la Convención Americana de Derechos Humanos (prohibición de doble juzgamiento), en orden a que el inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a un nuevo juicio por los mismos hechos.

En nuestro caso, las hipótesis alternativas-reitero- se dan no solo en un único proceso, sino que se disponen en una causa en donde no existe previamente la sentencia de carácter “firme” que exige el artículo 8º de la Convención aludida.

III.- Posibilidad de su aplicación en casos concretos

En la práctica judicial existen innumerable cantidad de situaciones que se presentan, el catalogo no está cerrado, pero quiero analizar en este trabajo cuatro casos que se han juzgado con mayor frecuencia, en donde se acusa por una calificación y en la sentencia se varía y se condena por otra, y que generan dudas en doctrina y jurisprudencia, en cuanto a la facultad que ostentan los jueces para ejercer el iura novit curia de manera no arbitraria.

Entiendo que, en estos casos, la ayuda de las acusaciones alternativas despeja toda duda y clarifica el panorama, los ejemplos son:

- a) Los delitos doloso y culposos;
- b) el delito de robo u homicidio y el encubrimiento;
- c) el delito de abuso sexual sin consentimiento y, el abuso con consentimiento de un menor de edad con aprovechamiento de su inmadurez, y por último.
- d) la modalidad comisiva y omisiva.

amparan contra una nueva persecución penal las resoluciones que en virtud de algún error, insuficiencia, defecto u otro motivo legal paralizan, rechazan, suspendan o nulifican la acción penal sin expedirse sobre el mérito de la misma y, por lo tanto no son definitivas al objeto sustancial.-En virtud de ello, no resulta un obstáculo para que con posterioridad, si se subsana la insuficiencia, el defecto o error, aun tratándose del mismo hecho y del mismo imputado, se intente nuevamente la acción penal o se prosiga con la ya iniciada....”(conf. JAUCHEN obra precitada pag. 296.-).-

En el caso a), ¿puede un tribunal condenar por delito culposo cuando existió acusación por delito doloso?

Debo reconocer que resulta controvertido y al menos hay dos posturas al respecto, la primera, enarbolada detrás de las enseñanzas de Maier, quién sostiene que, una persona acusada por un delito doloso, no puede resultar a la postre condenado por un delito imprudente.

En lo personal entiendo que no existe posibilidad alguna que los fiscales ni los jueces puedan justificar una variación semejante, ya que, un hecho es cometer un delito en forma dolosa y otro, muy diferente por cierto, es cometer una infracción al deber de obrar de determinada manera (diferencia del aspecto subjetivo del tipo).¹⁹

Se observa en esta teoría que diferencia el dolo de la culpa recurriendo al plano de la voluntad (aspecto subjetivo del tipo-teoría de la voluntad), según el cual, los autores que obran con dolo, actúan con voluntad de actuar de ese modo a diferencia del obrar no doloso.²⁰

Resulta innegable que, el deslinde o la separación entre la culpa con representación y el dolo eventual es hartamente discutida y de difícil delimitación desde el punto vista jurídico, y se sujeta generalmente a la prueba que se produzca durante el juicio y a la interpretación de ella que efectúen los jueces.

La otra postura, es la que tiene que ver con el análisis dogmático que hace cierto sector doctrinario entre la figura de la culpa con representación y el dolo

¹⁹ “...En el caso, el hecho de que tanto el Fiscal como la Querrela hayan acusado por la figura imprudente impide ahora el tránsito a la imputación del mismo resultado pero bajo los parámetros de una actuación dolosa, porque implicaría una afectación al principio de congruencia al no tener en cuenta que la organización de un plan defensivo difiere nítidamente frente a una atribución imprudente o dolosa, puesto que quién se defiende de la generación de un riesgo antinormativo, nada niega acerca de su organización dolosa...(conf. Cámara de Casación N°1 de la ciudad de Paraná (E.R.), causa “Arrieta” del 24 de junio de 2015.-).-

²⁰ “...En el caso, el hecho de que tanto el Fiscal como la Querrela hayan acusado por la figura imprudente impide ahora de tránsito a la imputación del mismo resultado pero bajo los parámetros de una actuación dolosa, porque implicaría una afectación al principio de congruencia al no tener en cuenta que la organización de un plan defensivo difiere nítidamente frente a una atribución imprudente o dolosa, puesto que quién se defiende de la generación de un riesgo antinormativo, nada niega acerca de su organización dolosa... (conf. Cámara de Casación Penal de Paraná causa: “Fernandez, Jonathan-Homicidio Culposo”, de fecha 1 de junio de 2015.-).-

eventual, destacando que, su diferenciación estriba en una cuestión de grados, y que el hecho culposo sería la figura más leve y el dolo la más grave.

Así, autores como Sancinetti, refiere a “síndromes estereotipados de riesgos”, y su cantidad representada por el sujeto en el suceso en cuestión, enrolándose a la concepción del dolo con enfoque normativo como para delimitar una figura de la otra.²¹

Esta doctrina considera que la diferencia entre el dolo y la culpa es de grados, y que ese hecho doloso comprende o incluye a la figura más leve (hecho culposo), es decir de menor a mayor, por lo que un cambio en la calificación entre el hecho más grave (doloso) al más leve (culposo) sería una modificación *in meius*, sin variación de su estructura.²²

Reconozco que el tema resulta complejo, y que el profesor Sancinetti, al igual que destacados autores como Puppe, Sagües, Hruschka, Struensee, etc, el dolo es una cuestión normativa no volitiva, y que, se trataría de niveles de

²¹ “...En toda acción hay un comportamiento en alguna medida voluntario (en caso contrario, no habría acción, sino fuerza física irresistible, acto reflejo, estado de inconciencia absoluta); pero todo lo que el autor reconoce que está creado (p.ej. el riesgo reprobado), tiene que implicar dolo, a excepción de que el riesgo creado no llegue a configurar el riesgo propio del tipo doloso.-Por ello, si es conocimiento no llega a fundamentar el dolo, no será por defecto de un componente de voluntad, sino porque el riesgo asumido alcance a entrar en el riesgo característico del tipo doloso (a llamada “posibilidad objetiva de perseguir”)....(sigue).-Según esto la falta de dolo puede ser debida a que exista un error (si el peligro creado externamente es un peligro concreto) o a que el riesgo que el autor se representa como creado no satisfaga el requisito de “riesgo característico (del tipo doloso) de ese delito (peligro abstracto: es razonable evitar ese peligro, pero no se podría “perseguir objetivamente” la producción del resultado por esa vía...”(conf. Marcelo A. Sancinetti, Casos de Derecho Penal, Parte General, Tomo 2, teoría del hecho punible, Delito Doloso de Comisión, Editorial Hammurabi, pag. 94.-)-

²² “...La expresión dogmática correcta es, con todo, la de “síndrome de riesgo”, con lo cual se quiere identificar al conjunto de circunstancias de hecho que conforman el “tipo objetivo” del delito imprudente cuyo conocimiento por parte del autor es necesario para determinar la tipicidad del hecho imprudente es decir la misma estructura de “tipo objetivo” y “tipo subjetivo” del delito doloso; en suma como delito (doloso) de peligro abstracto cuyas condiciones de tipicidad no están determinadas específicamente en la ley y cuya punibilidad queda condicionada a la producción del resultado típico...”(conf. Marcelo A. Sancinetti, casos de Derecho Penal, Parte General, Tomo 3, teoría del hecho punible, Editorial Hammurabi pag. 240.-)-

intensidad derivada de estos síndromes de riesgos, que existe graduación de los mismos²³.

Pero desde el punto de vista procesal, necesariamente me inclino por la necesidad de no permitir que una persona acusada por actividad dolosa pueda ser condenada por imprudencia.

Comparto la postura de estos autores desde el punto de vista dogmático, pero reconozco que esa teoría, (la que no es la mayoritaria por otra parte), no puede ser trasladada automáticamente a un proceso penal, sin el debido filtro de precisión y claridad en la imputación, porque se corre serio riesgo de causar confusión y provocar en consecuencia indefensión.

Y en ello reside el concepto de imputación, que tiene que ver con la información integral y clara que debe exponerse hacia quién se tiene que defender.²⁴

La variación entre un delito doloso a uno imprudente más allá de que, en lo personal se comparta que la cuestión sea de grados como lo explica magistralmente el profesor Sancinetti, además de no ser la tesis mayoritaria para la doctrina y jurisprudencia, para la defensa del imputado que se lo acusa por un delito doloso, le puede generar perjuicio, o al menos, se corre serio riesgo de ello.

Y en esto de no correr riesgos, lo afirmo pensando en los Fiscales, quienes ante un caso difícil, inusual y que deja dudas, no pueden lanzarse al desarrollo de una causa utilizando la teoría que sigue la doctrina minoritaria, sino que

²³ “...Respecto de las circunstancias de hecho dependientes de la acción me parece posible y sensata la diferenciación entre el dolo y no-dolo sobre la siguiente base: la escala de peligros, en el ámbito de aplicación de una y la misma ley causal, se confecciona cuantitativamente conforme a la cantidad de condiciones que sean requeridas para los distintos grados de peligro.-El dolo puede distinguirse de la imprudencia consciente, siguiendo esta distinción, sobre la base de que tiene como contenido más condiciones del resultado, más circunstancias fácticas que sustentan (substantiieren) el pronóstico de resultado.- La imprudencia consciente, a pesar de que en ella se tiene por posible la producción del resultado, se demuestra cómo caso de error de tipo que excluye el dolo dado que el autor no es consciente de los factores de riesgo en la extensión necesaria para el dolo.-La graduación de riesgos suficientes para el dolo y suficientes para la imprudencia constituyen finalmente un problema axiológico.-Entre el dolo y la imprudencia no corre consiguiente un límite estructural sino uno normativo....”(conf. Consideraciones sobre el dolo eventual, Eberhard Struensee, publicado en Indret 4/2009.-)-

²⁴ Confr. Eduardo Jauchén, Tratado de Derecho Procesal Penal, Tomo II, Editorial Rubinzal Culzoni, Pag. 464.-

necesariamente deberán buscar un enfoque en la materia que sea mayormente aceptado por quienes en definitiva tienen que resolver la cuestión.

En este supuesto creo que la utilización de las imputaciones alternativas es altamente beneficioso y destierra cualquier problema al respecto.

Se lo puede imputar como hipótesis principal de manera dolosa, y como subsidiaria la modalidad culposa, permitiendo que el proceso brinde una mayor claridad para el que se tiene que defender, cumplir con la manda de precisión y delimitación del suceso y su calificación, que se le explique si su hecho ha sido doloso o culposo, para que pueda manejarse con una hipótesis o la otra, y saber desde el primer día al ser parte de ese viaje, porqué rutas finalmente va a transitar.

Por otro lado, según la máxima latina “...quod abundat non nocet...” (lo que abunda no daña), siempre será más útil a estos efectos ser más explicativos, descriptivos e integrales, y utilizando este método alternativo sin lugar a dudas se colmarán mucho mejor las expectativas al respecto.

Pero además, también existe necesidad de claridad hacia el jurado popular, quiénes debe deliberar sobre bases concretas y perfectamente delimitadas de parte de la acusación, con la mayor simpleza posible, y no verse enmarañados en discusiones dogmáticas que lo único que provocarán es la confusión a la hora de deliberar.

Hay un dato más, y mucho más importante, nuestra Corte Suprema Nacional, ha dejado bien en claro en el precedente “Espinosa”, que resulta definitorio para no violar el principio de congruencia, la determinación precisa de la faz interna, el aspecto subjetivo del suceso que se le enrostra, y en este camino, claramente, así se enrola de esta forma en la posición de la mayoría de la doctrina, que resulta vital la diferenciación del aspecto subjetivo del tipo en la imputación, que considera que el cambio del aspecto subjetivo del tipo no pueda realizarse sin causar violación al derecho de defensa.²⁵

²⁵ “...Que como puede advertirse, no se trataba sólo de un cambio de calificación como sostiene el a quo sino de una acción distinta en su faz interna pues una cosa es haber producido disparos con la intención de lesionar y otra de haberlo hecho con el fin de matar a la víctima.- Al ser los aspectos objetivos y subjetivos inseparables en una conducta típica, cualquier cambio significativo de uno de ellos arrastra al otro, distorsionando así la naturaleza de la imputación...”(Conf. CSJN causa “Espinosa, Mario Alberto s/p.s.a. de lesiones graves-del 5 de octubre de 2010.-).-

También vale recordar, para reforzar aún más el porqué de mi razonamiento, que autores especialistas en la materia como la Dra. Angela Ledesma, considera que esta variación (pasar del dolo a la culpa) es violatoria del derecho de defensa en juicio.²⁶

Cierro este punto indicando que, una cuestión es el análisis dogmático de las figuras y la toma de postura al respecto, pero otra, es su aplicación que pueda realizarse en la práctica del proceso, y reconozco que, la tesis que comparto de este sector de la doctrina, resulta altamente riesgosa a la hora de su implementación en una causa, y como tal, con seguridad está destinada al seguro fracaso.

Por ello solamente será viable una acusación así, si se recurre a las imputaciones alternativas como referencié.

En cuanto al caso b), surge la misma situación, en la que aparecen los mismos interrogantes:

¿Puede un tribunal condenar por receptación dolosa a quien se le había imputado ser autor de ese robo por imperio del iura novit curiae sin generar sorpresa y afectar la Defensa en juicio?,

¿Es correcto que la acusación en los alegatos finales de un juicio por robo y al no haber probado los extremos del mismo, pueda pedir condena por receptación dolosa?.

La respuesta a estos interrogantes al igual que el caso analizado anteriormente es negativa, si ello ocurre, con seguridad se genera violación y privación del derecho de aportar pruebas sobre ese hecho nuevo hecho, ya que se trata de delitos diferentes, que protegen bienes jurídicos diferentes (aspecto objetivo del tipo) y dolo también disímil (aspecto subjetivo del tipo).²⁷

²⁶ Dra. Angela Ledesma, conferencia brindada para la Asociación de Magistrados de Tucumán, 4/12/2021, “El principio de Congruencia alcanza al derecho?.-

²⁷ “...En tal sentido se destaca que la “....imputación dolosa y la culposa, aunque se refieren a un mismo resultado (por ej. homicidio) no son fungibles, como si fueran infracciones progresivas según algunos pueden creer.-No puede pasarse, sin más, de la infracción dolosa a la culposa, pues significan la descripción de los hechos distintos, por más que el resultado se idéntico...Si la acusación por un delito doloso requiere contener, eventualmente, la posibilidad de la condena por el delito culposo correlativo deberá también contener, subsidiariamente, esta última imputación, con descripción detallada del hecho que constituye la inobservancia al deber de cuidado...”(conf. Carlos Chiara Diaz, Daniel Erbetta, Tomas Orso y Gustavo

Es necesario mencionarlo, que nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el precedente “Luna” (con el voto en disidencia del Dr. Zaffaroni) en un fallo que ha sido cuestionado por la doctrina, ha convalidado una variación de este tipo.²⁸

Pero no obstante ello, debemos ratificar el criterio que sostiene que, si a una persona se lo ha imputado por robo de una cosa, se le dio la oportunidad de defenderse únicamente por ello, no por haber receptado dicho elemento, que por otro lado se trata de una figura autónoma (el encubrimiento) independiente del hecho anterior, no podrá ser condenado indistintamente por uno u otro ilícito.²⁹

En este mismo sentido, el Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos, Sala Penal, en el precedente “Delfín”³⁰ anuló una sentencia de oficio, por haber

Franceschetti, Código Procesal Penal de la Provincia de Entre Ríos, ley 9754 tomo II, Editorial Nova Tesis, pag. 308.-)-

²⁸ Conf. CSJN “Luna, Javier Alejandro del 15 de mayo de 2014.-

²⁹ “...Y -sin embargo-nos aventuramos a sostener que no nos convence la última de las citas de Velez Marín.-En efecto, es cierto que el “hecho penal” es diferente del “hecho procesal” o de los “hechos de la causa”.-Los segundos comprenden al primero, que se ciñe a la conducta típica.-Pero nos parece, con la opinión de Manzini, que en realidad, “pasar” del encuadre en el robo al encuadre en el encubrimiento, apoyándose en la mera “tenencia de la res furtiva” y aceptar que allí no queda violado el principio de la congruencia procesal, merece algunas objeciones.-En primer lugar, el tipo penal del artículo 164 y del artículo 277 difieren en casi todo: el bien jurídico protegido, elemento objetivo y subjetivo.-Ciertamente es que-desde el punto de vista de “los hechos de la causa”-la mera tenencia de la res furtiva permite sospechar tanto que sea el autor del robo, como que haya encubierto a sus autores mediante la receptación (dolosa o culposa) de las cosas robadas. Pero ocurre que aquí se terminan las identidades.-Ya que el dolo que integra ambos tipos, es agonalmente diferente...”(conf. Revista de Derecho Procesal Penal, 2010-2, La defensa penal II, Rubinzal Culzoni, Pandolfi Oscar Raúl, El derecho del imputado a un acusador único, pags. 120/121.-)-

³⁰ “...del alegato del Fiscal de Cámara en la discusión final en el debate-que se limitó al mismo en las sucesivas instancias del proceso como autor del apoderamiento ilegítimo y violento de un camión con semirremolque y acoplado y su carga, calificándose su accionar en los delitos de robo calificado de automotor y mercaderías en tránsito y privación ilegítima de la libertad en concurso ideal, por lo que, al habérselo condenado por el delito de encubrimiento se ha vulnerado el principio de correlación o de congruencia y, como consecuencia de ello, se ha afectado el derecho de defensa del acusado.-Ello así toda vez que no solo se ha variado la calificación legal del suceso endilgado, sino que se ha alterado en la sentencia la descripción del hecho incriminado en todas las etapas anteriores del proceso, y tal modificación del hecho significó un acto sorpresivo, por lo que Delfín no pudo defenderse acabadamente y eficazmente en el juicio...”-(conf. Delfín, Andrés Francisco-Encubrimiento Recurso de Casación, Sala Penal del STJER de fecha 17/10/2007.-)-

condenado como autor de encubrimiento, cuando la acusación fue por el delito de robo.

Son muchos los ejemplos que se pueden presentar al respecto de hipótesis de difícil delimitación, así: cuando no está claro para el acusador si la res furtiva (la cosa robada) que se le encuentra en poder del imputado tiene la necesaria inmediación temporal o no con la sustracción del mismo, o bien, deja dudas de alta probabilidad que pueda tratarse esa persona del mismo que robó o también de quién la receptó de quién las sustrajo.

O como en el caso “Carrascosa”, donde existían dudas si la víctima fue ultimada por el imputado o si éste encubrió a un tercero.

En estos supuestos, al igual que el anterior, de reunirse los requisitos estudiados precedentemente, la solución aparece con la aplicación de las figuras de las acusaciones alternativas, se lo acusa de manera principal como autor del robo u homicidio, y subsidiariamente como encubridor de ese robo o de ese homicidio.

Cuando se da estas situaciones excepcionales, se resguarda el proceso en todos sus protagonistas, en especial, la tutela judicial efectiva.

En el supuesto c), una persona acusada por abuso sexual con acceso carnal (art. 119 del C.P.), considero que no puede ser condenada por el delito de abuso sexual con abuso de la minoridad de la víctima (estupro-art. 120 del C.P.).

Y entiendo ello, porque si se le acusa a una persona por abusar a otra sin consentimiento, por la fuerza física o psíquica empleada en su contra, no puede ser que luego una sentencia indique que el hecho fue con consentimiento, tanto desde el punto de vista del aspecto objetivo del tipo, como del subjetivo, las figuras son distintas, lo que en sí mismo es un juicio claramente contradictorio.

En relación a este punto volveré más adelante.

En cuanto al caso d), ¿existe posibilidad de que se condene a una persona por el delito de omisión cuando la acusación fue solicitada por ese mismo hecho pero por comisión activa?, se (al igual que el caso del dolo y la culpa) analizarlo desde dos puntos de vista, inclinándome al igual que la doctrina mayoritaria, en que si a una persona se lo acusa por el delito activo, no puede ser condenado por ese mismo hecho pero por omisión, lo que analizaré con mayor extensión al finalizar este trabajo.

IV.- Un mismo supuesto y fallos en líneas opuestas

En relación al caso c) veamos ahora como en la jurisprudencia el tema se vuelve complejo por la disimilitud de interpretación y tratamiento de este principio de la Congruencia en juicio.

Para mencionar un ejemplo práctico, ha sido resuelto por tres tribunales de dos formas diferentes, así:

La Cámara de Casación de la ciudad de Concordia (E.R.), en el precedente “P.N.J.”-Abuso Sexual” del 11 de agosto de 2022, resolvió en favor la modificación que efectuó el Sr. Juez técnico (de oficio, lo que es más grave) de la calificación legal que se le había enrostrado al imputado, quién venía siendo acusado por abuso sexual con acceso carnal y se lo encontró culpable (debido a esta incorporación tardía en las instrucciones finales al jurado) por el delito de abuso sexual aprovechando la inmadurez sexual de la víctima.

En ese caso, al finalizar el debate, el Juez técnico explicó al Jurado los delitos que podían darse en el caso, tanto el principal como los delitos menores que consideró “incluidos”, sus elementos esenciales y cómo se prueban.

Instruyó al jurado además, recién en esa etapa, que de acuerdo al caso que presenciaron, también debían verificar que se podía considerar cometido el delito previsto en el artículo 120 del C.P., pese a que la acusación fiscal siempre se enderezó en la previsión del artículo 119 último párrafo del mismo cuerpo legal.

El problema (al menos desde mi óptica) que tiene esta sentencia, es que convalida un “grueso error” del Juez técnico, quién recién al final del juicio oral (sin que exista pedido Fiscal ni aceptación de la defensa), le explicó al jurado los delitos que podrían contener la acusación, pero se los explicó mal, porque el delito del artículo 120 del C.P., no está ni mucho menos comprendido ni contenido como delito menor en la escala de progresividad del artículo 119 del C.P., ya que se trata de figuras jurídicas diferentes.

Lo que tienen en común (conexidad e interdependencia) ambos tipos penales, son el ataque a la integridad sexual de su víctima, pero no obstante ello,

tantos los elementos descriptivos como los normativos del delito del artículo 120 no se encuentran comprendidos o abarcados por el artículo 119.³¹

Existió allí, claramente un uso indebido de las facultades del *iura novit curiae*, las explicaciones en todo caso, el Magistrado se las debió cursar al imputado y a su defensor técnico, advirtiéndoles de la posibilidad de una modificación del hecho, y éstos podrían inclusive pedir la suspensión del juicio o que se proceda de acuerdo a lo normado en el artículo 437 del C.P.P. (la llamada advertencia previa), para poder “acomodarse” a los nuevos hechos.

Como dije al principio, la mayoría de los cambios de calificación jurídica, llevan o provocan implícitamente una mutación fáctica del objeto procesal, y en este caso es evidente que ello ocurrió, se lo acusa durante todo el juicio haber accedido carnalmente de su víctima por la fuerza, y luego al final se varía y se le dice que no fue por la fuerza, que habría sido voluntario pero con aprovechamiento de la inmadurez.³²

³¹ “....Lo expuesto, enfocado desde otro ángulo, también demuestra una estrecha relación con el principio *iura novit curiae* y los alcances del mismo, esto es hasta donde el juez puede variar o modificar la calificación legal sin generar ello un estrépito defensivo por introducir aspectos normativos sobre los que o pudo explayarse ni explicar o refutar el imputado, ni pudo rebatir o desplegar su estrategia la defensa, ni producir o controlar prueba al respecto.-Como ejemplos de ello pueden indicarse....(sigue).....la condena por estupro cuando la incriminación versaba sobre un abuso sexual con acceso carnal (violación) y en cuyo juicio no se planteó ni se debatió lo relacionado la inmadurez sexual de la víctima o la relación de preeminencia del victimario.....”(conf. Carlos Chiara Diaz, Erbetta, Orso y Franceschetti, en la obra precitada, pag. 309.-).

³² “...El debate de partes es el que limita la discrecionalidad del tribunal, que no sólo tiene prohibido-ne procedat iudex ex officio-introducir nuevos hechos, sino mutar de encuadres típicos, salvos supuestos de delitos homogéneos y siempre que se haya resguardado el ejercicio del derecho de defensa, ya que la identidad del bien jurídico no siempre garantiza su inviolabilidad.-Así ha entendido el Tribunal Constitucional español que “lo relevante no es la calificación de homogéneas de dos figuras delictivas a partir del dato de que ambas protegen el mismo bien jurídico, sino si el acusado pudo defenderse de todos los elementos esenciales constituidos del delito por el que fue finalmente condenado, su incidencia en el derecho de defensa.....”(conf. Angela Ledesma, “La correlación entre la acusación y Sentencia: Límites al ejercicio del *iura novit curia*”, publicado en Revista de Derecho Procesal Penal, año 2015-2, el Nuevo Código Procesal Penal de la Nación-ley 27.063, Editorial Rubinzal Culzoni, pag. 272.-).

Se realizó una modificación “in meius” de la plataforma fáctica de manera indebida, ya que el delito de abuso sexual violento del artículo 119 del C.P. reitero-, no resulta comprensivo del caso previsto en el artículo 120 del C.P.³³

Para que funcione la aplicación de una modificación a favor del imputado, es necesario que la figura penal mayor contenga a la menor aplicada, sino que también se den los extremos de consunción, subsidiariedad, especialidad, reguladas por el instituto del concurso aparente.

Todo esto se hubiese evitado, si en un caso con estas características, se hubieren utilizado como método de litigación, las acusación alternativa desde un primer momento, conforme ya hemos analizado.³⁴

Muchas veces en la práctica, se dan situaciones que contornean un caso de abuso sexual en donde no está muy claro si se trató de que existió aquiescencia o no de la víctima para el acto sexual, o tal vez, no se encuentra determinado el lapso temporal en que los hechos habrían ocurrido y/o pudieron suceder (antes o después de haber cumplido la edad de 13 años de una víctima), es justamente en este tipo de casos confusos, de difícil delimitación y que dejan dudas al acusador y que pueden dejar con incertezas al jurado y tribunal, a fin de evitar la impunidad y/o dictados de nulidades, donde más se advierte la utilidad de las acusaciones alternativas.

³³ “...Velez Mariconde, afirma que “se puede condenar al imputado por un delito más leve del que fue objeto de la acusación” y agrega que tal hipótesis tendrá validez siempre que el delito más leve “se encuentre comprendido por el más grave”.-Citando a Massardi señala que “el juez puede pasar de la hipótesis del delito consumado al tentado, o del delito de daño degradar a una hipótesis menos grave de peligro, o de la imputación por un delito más grave, complejo o progresivo, llegar a considerar existente uno solo de los delitos comprendidos en la estructura de ellos (por ejemplo considerar el hurto en lugar del robo) o de una lesión imputada a una condena por agresión con arma, o de la tentativa de homicidio a la lesión...”(conf. SEGUI, ERNESTO, IMPUTACION, CONGRUENCIA Y NULIDAD EN EL PROCESOPENAL, Editorial Nova Tesis, pag. 72.-)-

³⁴ “...Como puede advertirse, la acusación alternativa viene a resolver, entre otros, aquellos casos de figuras secantes, de manera tal que el fracaso de la más grave no conduce necesariamente a la más leve y que, ante el supuesto de que el Tribunal la introdujera de oficio, se lesionaría el derecho de defensa, tal como habría ocurrido en el caso que nos ocupa.-A esta altura, ninguna duda cabe que el instituto de la acusación alternativa es un derivado del derecho de defensa en juicio, garantizado constitucionalmente, y que entonces sólo desde esa perspectiva debe determinarse su alcance y sentido...”(conf. causas: “Wagner, Sebastián y otros-RECURSO DE CASACION”, Cámara de Casación N°1 de Paraná, E.Ríos, voto Dra. Badano, de fecha 21 de mayo de 2019.-)-

Se lo acusa de manera principal como autor del delito de abuso sexual con acceso carnal, y subsidiariamente como autor del delito de abuso sexual por aprovechamiento de la edad de la menor.

A diferencia de esta sentencia de la provincia de Entre Ríos, en fecha 11 de noviembre de 2021, el Superior Tribunal de Río Negro, Sala Penal, en el precedente UFT 1, en representación menor M.M.G. c/L.N.G. y otros s/ABUSO SEXUAL”, el tribunal detectó violación al principio de congruencia por parte de un tribunal inferior, ante la condena dictada por el tribunal por un delito del artículo 120, bajo la acusación de hecho cometidos mediando violencia sexual (art. 119 del C.P.).³⁵

³⁵ El mencionado Tribunal estableció que: “...En síntesis, la presencia o ausencia de consentimiento y el modo forzado o no de las relaciones es, para los fines del análisis, un hecho interno, una proposición fáctica sobre la cual la jurisdicción efectuó una modificación respecto de la hipótesis de la acusación y esta resultó más gravosa para el imputado.-Se trata entonces de supuestos de hechos distintos cuya diferenciación implica una violación al principio de congruencia, pues lo ocurrido no puede limitarse a un mero cambio de calificación jurídica.-Esto también se hace evidente a partir de la teoría de la subsunción jurídica de los hechos, que es la utilizada normalmente para abordar el ítem.-De acuerdo con esta teoría, la norma jurídica tiene determinada capacidad para abarcar los hechos que se tienen por demostrados, en la medida en que la norma pueda tener una estructura más simple o más compleja según los requisitos expresados por el legislador.-Asimismo, las normas pueden guardar determinadas relaciones entre sí, pueden presentar una apariencia de concurso, y este puede ser ideal o real, a la vez que el delito puede ser continuo, continuado o permanente, etc.- Algunas normas pueden contener todos los elementos de otras más simples (abarcarlas), pero suman otros requisitos propios y por tanto las desplazan (v.gr., la relación entre el hurto y el robo, donde ambas comparten el dato del apoderamiento de la cosa mueble ajena, pero en la segunda se suman la fuerza o la violencia para obtenerlo).-Pues bien, entre las normas que estamos considerando no se da esta absorción plena de una norma sobre la otra, porque el art. 120 del Código Penal no implica una figura jurídica con elementos más simples que se encuentran plenamente contenidas en otra más grave (la del art. 119), que las desplaza por tener mayor cantidad de especificaciones que abarca mejor la totalidad de los hechos acreditados.-Ambos artículos tiene la posibilidad de subsumir supuestos de hechos distintos (insisto, actos forzados o no, ausencia de consentimiento o consentimiento prestado en determinadas condiciones), aunque comparten ciertos extremos.-De ahí que la elección de uno u otro conlleve una diferenciación conceptual previa sobre aspectos fácticos (subjetivos o internos al sujeto pasivo), para luego asumir la tarea de la calificación jurídica.-En el caso, entonces, el Ministerio Público entendió que cada una de las relaciones de sexo oral, reiteradas, asumían en su carácter fáctico las condiciones propias del art.1220 del Código Penal, pero las remitió al art. 119 del mismo cuerpo normativo por un particular criterio sobre el delito continuado, tomando como referencia un hecho con características diferentes, subsumibles en

De esta misma forma fue resuelto en el precedente dictado por la Excm. Sala de Casación Penal de la ciudad de Paraná (E.R.) en el precedente: “S.C.E.S.L.M. s/ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL” del 24 de octubre de 2019”.³⁶

Estoy de acuerdo con lo resuelto en estos dos últimos tribunales, toda vez, ambas figuras si bien se encuentran relacionadas, no pueden ser objeto de variación aplicando el principio de *iura novit curiae*, toda vez que, el solo cambio de calificación provoca en este escenario una variación sorpresiva del *factum*.³⁷

El superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos, fue más allá todavía, consideró que, acusar por abuso sexual con acceso carnal agravado por el vínculo, en donde se acreditó que la menor no era hija del acusado mediante la prueba genética, y pese a ello el tribunal lo condenó por abuso sexual calificado por la condición de

este último, por su parte, el TJ modificó incorrectamente el reproche aplicando directamente a todas y cada una de las conductas el art. 119 para lo que necesito tener por demostrada una hipótesis diversa, lo que implica una violación del principio de congruencia.....” (conf. el tribunal de Casación mencionado).-

³⁶ “...de todos modos entiendo que la figura legal prevista en el artículo 120 del Código sustancial tampoco podría aplicarse-de manera subsidiaria-puesto que ella reclama ciertos elementos típicos que no sólo no fueron intimados, sino que tampoco se avizoran en el caso en examen; sin perjuicio de lo recién dicho, de la posible afectación al principio de correlación o congruencia, en vista de la forma en que se ha redactado la imputación o intimación formal (es decir, en qué hechos concretos consistió la acusación formulada contra los justiciables.-El estupro, que comparte con las otras figuras contempladas en el título III la protección de la libertad (o autodeterminación sexual), se perfecciona sobre la base de una situación de superioridad o prevalimiento entre el autor y la víctima, fundándose en la mayoría de edad del sujeto activo o bien por la relación de preeminencia entre ambos, que hace que la voluntad (o el consentimiento prestado) sea jurídicamente inocuo.-De allí, entonces, que se castigue una relación sexual llevada a cabo en estas particulares condiciones...”.-

³⁷ “.....Diferente es el cuadro cuando por ejemplo el acusador decide acusar únicamente-acusación exclusiva-por abuso sexual con acceso carnal (violación), sin hacer mención de un eventual estupro-que posee requisitos específicos, como la condición de preeminencia del sujeto activo respecto a la víctima, edad de ésta, etc.-el que quedaría fuera de la posibilidad de condena, con riesgo de nulidad por afectación del derecho de defensa en juicio, configurado por el factor sorpresa que generaría una condena en tal sentido...”(conf. Chiara Diaz, Erbetta-Orso-Franceschetti, Código Procesal Penal de la Provincia de Entre Ríos, ley 9754, Editorial Nova Tesis, pag. 190.-).-

guardador del agente, es decir por otro inciso de esa misma norma, se violaba la congruencia en juicio.³⁸

No resulta correcto por lo analizado, que por la circunstancia de que sea condenado por un delito que, tenga menor pena que el acusado en el juicio, ello no va a generar violación de estas garantías bajo estudio, sino que todo lo contrario.

Si a una persona acusada por el delito del artículo 119°, de oficio, un tribunal le impone una condena por el delito previsto en el artículo 120° de la ley de fondo, no solo está supliendo actividad propia de la acusación, violando la garantía de imparcialidad, sino que además, provoca una modificación de la plataforma fáctica del suceso, alterando indebidamente el objeto procesal.³⁹

³⁸ “...Mientras que la agravante por la condición parental está determinada por la simple calidad del autor, la agravante por la condición de encargado de la educación o guarda de la víctima, como explicaba Ricardo C. Nuñez, “emerge de una vinculación concreta de los dos sujetos del delito...” y que “no siendo el caso de una potestad general de educación o guarda es una situación de hecho...”(conf. aut. Cit. “Tratado de Der. Penal”, T. III., vol. II, pags. 274 y 275, Ed. Lerner, Cba.-Bs. As., 1977), en este supuesto no es la pura calidad del autor la que califica el hecho y para definir a los sujetos comprendidos en esa hipótesis se ha priorizado una situación de hecho antes que los más restrictivos vínculos jurídicos (cfme. De Luca, Javier A. y Lopez Casariego, Julio; “Delitos contra la integridad sexual”, pág. 107, Ed. Hammurabi, Bs.As., 2009-las negritas me pertenecen-), en el mismo sentido se expresas Edgardo Donna, Señalando que “encargado de la guarda es aquel que, de modo regular debe cuidar a una persona por convención es aquel que, de modo regular debe cuidar a una persona por convención u oficio por una situación de hecho (cftr.: aut. Cit.: “Delito contra la integridad sexual”, pag. 87. Ed. Rubinzal, Culzoni, Bs. As. Sta. Fe, 2000), de modo tal que tal extremo debe ser probado en la causa y, obviamente, estar comprendido expresamente en la acusación, no pudiendo ni debiendo ser “presumido” por el agente y defenderse “por las dudas” de una concreta circunstancia que no le fue formalmente atribuida en el proceso.....”(conf. Superior Tribunal de la provincia de Entre Ríos, causa: “S.E.G. s/ABUSO SEXUAL con acceso carnal Agravado por el vínculo s/Impugnación Extraordinaria”, de fecha 7/05/2015).-

³⁹ “...El principio ne procedat iudex ex officio capta esa necesidad de la acusación y prohíbe estos dos modos de iniciar la instrucción.-Exige una actividad promotora de un órgano extraño al jurisdiccional como requisito para iniciar el proceso, consistente en el acto inicial de ejercicio de la acción penal...(sigue)...El respeto a la persona del imputado exige una limitación del fallo en lo fáctico para evitar que se lo condene por un hecho distinto al contenido en la res iudicanda.-Esto plantea la cuestión de la inmutabilidad del objeto procesal, que resulta ser un derivado de la inviolabilidad de la defensa.....(sigue) El contenido fáctico del fallo debe correlacionarse con esa acusación, ampliada o no, a través de la prueba que sobre igualdad de contenido: la sentencia no puede ampliar ni restringir el supuesto de hecho presentado por el acusador.-La ampliación de ese contenido implica ex officio por falta de excitación de la jurisdicción sobre ella.-La omisión en decidir implica no agotamiento de la res iudicanda, lo que

Para todo ello, en un caso de estas características, serían de una gran utilidad -reitero-, la utilización de las acusaciones alternativas que abarquen ambas conductas, conforme ya ha sido explicado.

V.- El criterio de la Corte de la provincia de Entre Ríos en la materia

En el precedente “Wagner-Pavón”, la Sala Penal del Superior Tribunal de Entre Ríos, del 31 de julio de 2020, reconocido caso a nivel nacional por la tragedia que enlutó a nuestro país por la muerte de MICAELA GARCIA y todo lo que ello implicó (solo basta con recordar que fue por este suceso que se sancionó, nada más ni nada menos que la ley “Micaela” N°27499).

Allí, el máximo tribunal de esa provincia, tuvo oportunidad de evaluar el instituto de las acusaciones alternativas, indicando dos cuestiones importantes a su respecto, así: la primera destacando que, a pesar de que no existe norma expresa, las mismas resultan compatibles con el sistema, y que, se hace necesario una incorporación expresa a fin de regularla, como ya lo han hecho otras provincias.

La segunda cuestión, es que consideran en razón de ellas, que la parte acusadora a la hora del alegato de clausura en el plenario, debe optar por una de ellas, considerando que:

“.....Por tanto, mantener la acusación del encartado por el abuso sexual con acceso carnal en concurso ideal con homicidio agravado por alevosía, criminis causa y violencia de género (art. 80, inciso 2º, 7º y 11º, y art. 119, párrs. 1º y 3º, Cód. Pen) y, a la vez, por el encubrimiento agravado (art. 277, incs. 1º, ap. A, y 3º ap. a, Cód. Penal) de un tercero autor de aquel delito, proporciona un mensaje que encierra una clara contradicción y una evidente carencia de certeza de acreditación de la hipótesis principal o más grave. En el caso concreto bajo examen, las dos hipótesis alternativas de la acusación, más que alternativas o subsidiarias se presentan claramente disyuntivas, la verificación de una de ellas necesariamente excluye a la otra, lo cual revela la endeblez de las hipótesis principal y es de esperar que de lege ferenda se regule próximamente el instituto.....(sigue).....pues en caso de que decida solicitar condena deberá optar por solo una de las hipótesis

autorizará recursos pero no un nuevo juicio: non bis in ídem.-En ambos casos la sentencia será nula y procederá la casación.....”(conf. Jorge Clariá Olmedo, Derecho Procesal Penal, tomo I, actualizado por Jorge E. Vazquez Rossi, Editorial Rubinzal Culnizoni, pags 241/2.-)-

propuestas con certeza en su decisión. No se le permite al fiscal que pida pena dudando, estado en el cual se encontraría al sostener dos hipótesis delictivas distintas. Este es, precisamente el supuesto bajo examen, en el cual la acusación no puede racionalmente sostener, con absoluta certeza que requiere la instancia, dos hipótesis fácticas que se excluyen entre sí....”(conf. voto del Sr. Vocal Dr. Carubia, en el precedente indicado).

No comparto tal postura, las acusaciones alternativas no obligan a la acusación a “optar” en la etapa del alegato de clausura por una u otra acusación⁴⁰, sino que todo lo contrario, la fiscalía puede hacerlo o no, porque bien puede suceder que en casos de límites difusos o muy delgados entre una y otra acusación (como ya lo analizamos), a los fines de evitar impunidad y el abuso ya estudiado del *iura novit curia*, puedan acusar por la hipótesis principal y en subsidio también acusar por la subsidiaria.

Si la cuestión luego de la prueba está clara en juicio, resulta lógico que el fiscal deba y pueda optar, pero si ello no lo está, no en cuanto a la prueba, sino en cuanto a la calificación jurídica y se pueden dar uno u otro escenario (o coautoría de homicidio o encubridor de ese hecho, delito doloso o culposos, etc), justamente para ello sirven este tipo de acusaciones, permiten que los magistrados puedan tener un mayor margen de acción y decidir ya sea por la principal, o bien por la subsidiaria, con total libertad sin violentar la defensa en juicio.

No se trata de debilidad o duda sobre las hipótesis, puede suceder que en virtud de la prueba existente la cuestión o límite entre una u otra acusación sea difuso en sus contornos técnicos jurídicos, y esté librado a interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales, las que solo se podrán operar si existe esta posibilidad alternativa.

Es el tribunal en definitiva, en base a este frente de ataque amplio, quién tendrá la potestad y última palabra entre una u otra acusación, primero deberá

⁴⁰ “.....Es decir, que al momento de formular los alegatos la acusación-pública y/o privada- no pueden seguir pivoteando indefinidamente sobre dos hipótesis que se excluyen entre sí.-Al pedir condena deberá hacerlo por una de las acusaciones alternativas y precisar su pretensión penal definitiva (cfme. Art. 449 CPPER).-De lo contrario, estaría admitiendo la endeblez de su tesis principal y la insuficiencia del material probatorio colectado para sustentarla, lo que, en virtud del estado de inocencia que ampara al imputado, determinaría la absolución por el beneficio de la duda...”(conf. voto de la Dra. Ministra Dra. Mizawak, causa “Wagner”.-).-

analizar la hipótesis principal, si esta es descartada recién allí pasará a analizar la subsidiaria, sin que ello provoque una encerrona para quién está siendo juzgado.⁴¹

Limitar este tipo de acusaciones a la etapa previa del dictado de sentencia, implica lisa y llanamente impedir su aplicación en la práctica, porque si el hecho esta claro la acusación no utiliza este recurso o remedio alternativo, va directamente por el hecho que imputa de manera unitaria, pero si se presentan situaciones excepcionales como las apuntadas (de hecho las acusaciones alternativas se aplican a situaciones no comunes), es necesario que no existe limitación temporal alguna como lo deja explicitado el Superior Tribunal de Entre Ríos.⁴²

Un dato no menor es que, en la actualidad, en la mayoría de las provincias de este país, se ha implementado el juicio por jurado en todos los delitos de mayor gravedad, y para afrontar ese juicio se debe ser lo más claro posible tanto en la

⁴¹ “...Cuando señala la posibilidad-y necesidad-de acusar subsidiariamente en la etapa de alegatos, Julio Maier señala que quién imputando un homicidio doloso (art. 79 C.P.) debe imputar también un homicidio imprudente (art. 84 C.P.) si desea tener la posibilidad de que, frente al fracaso de la imputación principal (dolosa) se trate el hecho que consiste en la inobservancia del deber de cuidado (imprudencia) que, subsidiariamente, atribuye al acusado.- También quién desea tener la posibilidad de arribar a la condena por un delito contra la propiedad (imputación principal) pero, de fracasar, conserva la posibilidad de que el tribunal examine un comportamiento subsidiario, como el favorecimiento real (art. 277 C.P.) quizás más sencillo para ser demostrado, según la averiguación preparatoria, deberá acusar por ambos supuestos de hecho...”(conf. Chiara Diaz, Erbetta-Orso-Franceschetti, Código Procesal Penal de la Provincia de Entre Ríos, ley 9754, Editorial Nova Tesis, pag. 190.-)-

⁴² “...Se ha señalado que es inadecuado exigirle al Estado que decida un cauce de la investigación ex ante, adoptando sólo una imputación cuando, en realidad, puede formular más de una (Nicolás Guzmán, “la acusación fiscal alternativa o subsidiaria. Reflexiones en torno a su validez lógica y jurídica”, en: “Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, Lexis Nexis, 2006, fascículo 10, Buenos Aires, p. 1881).-Para esta doctrina no es incoherente que el fiscal afirme que pudo ocurrir una cosa o la otra, puesto que se trata sólo de conjeturas (hipótesis).-El Estado no afirma, al momento de acusar al imputado, que es verdad que ambos hechos ocurrieron, sino que sólo sostiene, hipotéticamente, que alguno de los dos pudo haberse cometido por esta persona.-Asimismo, agrega que no es aceptable que se exija “elegir alguna de las diversas hipótesis que aquellos indicios le permitan construir.-Es que las hipótesis acusatorias no son producto imaginación del fiscal, sino que tienen una base racional y se basan en ciertas pruebas.-Y si esas pruebas permiten construir dos hipótesis (como es el caso del robo y del encubrimiento), no hay explicación para la exigencia de tener que elegir por alguna de ellas de manera prácticamente azarosa, cuando ninguna norma lo requiere y ellas no constituyen ninguna...” inconsistencia lógica (conf. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional-Sala 6 precedente “Coria” del 18 de abril de 2022.-)-

imputación como en las instrucciones al jurado, manejando mayor amplitud en este aspecto, a fin de posibilitar la mejor comprensión y la más integral deliberación al jurado en su veredicto, y con esta herramienta se mejorará en claridad y calidad a la hora de la litigación del caso.

VI.- El precedente Alvarez-Telechea de la provincia de Buenos Aires

Siguiendo con el análisis de la estructura de la imputación y sus consecuencias, me quiero detener a analizar un renombrado caso ocurrido hace poco tiempo en la provincia de Buenos Aires, donde existió una controversia que terminó con la nulidad del veredicto de culpabilidad que se produjo en el caso: “Alvarez Lucas y Telechea Daiana s/Recurso de Casación”, causa N°97120, de la Sala I de la Cámara de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires.

Los hechos se sucedieron en el mes de enero de 2013, se trataba de una joven de 18 años que llevó a un hospital de la ciudad de Mar del Plata, a su hijo de casi un año de vida. Lo acompañó su pareja de 23 años de edad, estas personas fueron hasta allí, porque había comenzado a convulsionar, y en un acto de desesperación lo habrían sacudido (según la hipótesis de la defensa) para que no se muera o salga de esa situación de gravedad.

Según referencias del caso, el bebé murió en el hospital y un perito estableció que éste había fallecido como consecuencia de un “shaken baby syndrome” (síndrome del bebé sacudido).

Ambas personas fueron llevados a juicio por homicidio doloso (la mujer por homicidio agravado y el hombre por homicidio simple), así ingresaron al juicio por jurado con esa imputación, y en el alegato final la defensa de uno de los imputados interesó que, el jurado vea la posibilidad de una condena en relación a uno de los autores, que de estimarla responsable sea por un actuar culposo.

El juez técnico, pese a que fue someramente indicado en el alegato de cierre por la defensa, no instruyó sobre opciones de veredicto por homicidio culposo, solo lo hizo por las opciones de delito doloso, el jurado deliberó y declaró culpables por unanimidad a ambos imputados por homicidio doloso, esto fue recurrido y Casación anuló el juicio, por decisión mayoría.

La Cámara de Casación por mayoría y de oficio, anuló el veredicto del jurado, conforme veremos seguidamente.

Del análisis de este precedente, y dentro del enfoque relacionado con la congruencia en juicio, los interrogantes que merecen respuestas serían:

- 1º) ¿Es correcto o no que, el Juez técnico deba informar en las instrucciones finales la posibilidad de condena por homicidio culposo, cuando tanto el ingreso como durante todo el juicio hasta el alegato final, tanto la imputación, como las instrucciones iniciales y finales siempre fueron mantenida por dolo y no por culpa?
- 2º) ¿Puede considerarse viable que cuando la defensa introduzca tardíamente (en los alegatos de clausura) la posibilidad de que los hechos hayan sido realizados por imprudencia, se deba instruir al jurado de tener en cuenta esa posibilidad?
- 3º) ¿Si esto último no ocurre se puede dictar nada más ni nada menos que la nulidad del veredicto?

Reitero mi postura, siguiendo a Maier, que si la defensa se planta y no consiente cambios de calificaciones de figuras como estas, no resulta válido el cambio de calificación, aunque ese delito contenga un beneficio para el imputado en cuanto al monto de la pena.

La Corte Suprema de la provincia de Santa Fe por ejemplo se ha expedido al respecto y ha rechazado la condena por delito culposo cuando la acusación se desarrolló en el proceso por el delito doloso.⁴³

Cuando un delito no incluya al otro (ya indicamos que al menos esto está sumamente discutido en doctrina y jurisprudencia, el homicidio doloso no incluye al culposo), no puede efectuarse una modificación in meius sin acuerdo de la defensa y operándose los necesarios requisitos para ello.

Ahora bien, reitero, si es la propia defensa quién lo peticiona en un juicio, creo que no existe inconveniente alguno, salvo que la hipótesis que plantea el

⁴³ “...La imputación dolosa y la culposa, aunque se refieran a un mismo resultado no son fungibles.-No puede pasarse, sin más de la infracción dolosa a la culposa, pues significan la descripción de hechos distintos, por más que el resultado sea idéntico (lesiones graves): el dolo supone la voluntad de la realización del resultado y la acción consumativa de él, circunstancias subjetivas que deben ser objeto de la acusación para poder ser reconstruida; la culpa, por el contrario, no reside en esa voluntad, sino en la infracción de un deber de cuidado determinante del resultado típico...”(Conf. Corte Suprema de la Provincia de Santa Fe, causa “Ingrasciotta” del 5/08/2009”).-

defensor resulte absurda o ineficaz para los derechos del imputado a la luz del caso particular.

Claramente, el introducir por parte de la defensa en la etapa ya final del juicio (alegato de cierre), sin que haya procurado que esto sea aclarado desde el comienzo del juicio (instrucciones iniciales) y durante el transcurso de éste (instrucciones finales), demuestra una mala práctica del litigante, que puede enervarse o no, como una pésima estrategia defensiva.

En este caso, a los coimputados se los acusó por un delito, que fue detalladamente instruido por el juez técnico a los jurados de manera clara durante todo el debate, y luego de ello deliberaron y por unanimidad determinaron la culpabilidad de ambos.

Si ambos fueron condenados por el delito doloso atribuido, e, instruido, sin ningún tipo de irregularidad en lo que hace a ese hecho y modalidad de comisión, no puede existir agravio si no se contempló la hipótesis imprudente, porque la acusación fue planteada en ese sentido, existió defensa y se realizó un juicio, que terminó con un veredicto de culpabilidad.

Ahora bien, si la defensa técnica trabajó sin praxis jurídica adecuada, o no fue efectiva o eficaz, o existió arbitrariedad del veredicto o el jurado se apartó abiertamente de la prueba producida en el debate, es otra cuestión, y no tiene nada que ver con la materia de imputación.

La hipótesis acusatoria en este caso, no generó estrepito defensivo, el veredicto de culpabilidad fue dispuesto en el marco de esa imputación, la circunstancia de que a un jurado no se la instruya por otro delito menor (no contenido en él), no tiene ningún sentido a estos efectos.

Todos sabemos o debemos saber de la legitimidad que tiene el veredicto de un jurado popular, ya lo ha dicho la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el precedente *V.R.P vs. Nicaragua* (8 de marzo de 2018) y en nuestro país el máximo tribunal en el precedente “Canales” (2 de mayo de 2019).

El problema que tuvo este caso, no estribó en que no se le dio a conocer la hipótesis imprudente al jurado, el inconveniente surge por dos cuestiones centrales que tienen que ver con causas como éstas, que son situaciones evidentemente “borden line” o “grises” de límites muy difusos, y que dependen muchas veces no solo de la prueba colectada, sino de la impresión directa que los jurados tengan en el debate, así:

1. La diferencia entre el dolo eventual y la imprudencia ha sido y lo es, altamente debatida en doctrina y jurisprudencia. Todos los autores que han escrito sobre el tema reconocen que el cuestión es compleja y que el límite entre una y otra figura no es tan fácil de determinar.
2. Con ello, se advierte sin lugar a dudas, necesidad que este tipo de casos desde el comienzo de la imputación y desarrollo de todo el proceso, contengan imputaciones alternativas, la primera como delito doloso, y la segunda y subsidiaria como delito imprudente.

Pero trabajar así, no solo conviene a la defensa, sino que favorece también a la Fiscalía, en su deber de ser objetivo y poner todas las cartas sobre la mesa, evitando caer en irregularidades que podrían hacer “tambalear” el juicio en el futuro.

Este caso puede ser discutible en este aspecto (como lo es todo supuesto de hecho que esta entre el dolo eventual y la culpa consciente), sólo basta con analizar lo declarado por la madre del bebé para darnos cuenta de ello:

“....En primer lugar, es de destacar la declaración que la acusada prestara frente al jurado (registro 2:55:06 en adelante). En una oportunidad A. T. realiza una detallada descripción de los problemas de salud de su hijo algún tiempo atrás, de la relación familiar, y en especial de lo acontecido el día de su deceso. Clama por saber qué es lo que le pasó a su hijo. Explica que a su hijo Blas, fue el primero, lo tuvo a los 17 años y falleció cuando ella tenía 18 años. Da detalles de cómo actuó cuando se presentó un cuadro que describió como de convulsión en su hijo y el zamarreo que intentó para reanimarlo. Describe signos que presentaba Blas, “ojitos para atrás” y explica que ella no sabía qué era una convulsión, que se enteró después, refiriéndose concretamente: “...en ese momento yo lo agarré y lo sacudí para que reaccionara y ahí fue cuando L.A. me lo saca, pero en el ínterin lo zamarree para que reaccionara y si lo pudiera cambiar hoy en día lo cambiaría, lo cambiaría para que mi hijo de verdad estuviera vivo, pero yo no sabía que no lo tenía que zamarrear. Respecto de las particularidades del sacudón o zamarreo, al ser preguntada, contestó “...yo lo sacudí cuando el nene convulsionó, pero la verdad es que, si hubiese sabido que eso le haría mal, sacudirlo para que reaccione, no lo hubiera hecho, pero al verlo a mi hijo mal lo que hice fue sacudirlo porque había empezado a temblar....”.(conf. extracto del fallo indicado del Tribunal de Casación).

Pero si luego de haber analizado la prueba el jurado, y la hipótesis de la fiscalía fue merecedora de un veredicto de culpabilidad por unanimidad, es porque

esas personas para nuestro derecho positivo (juicio penal) son culpables, y no cabe otra interpretación, salvo que se demuestre arbitrariedad o indefensión (en Entre Ríos las causales previstas en el artículo 92 de la ley de juicio por jurados).

De la evaluación de las evidencias que se prestaron en el caso (transcriptas de manera casi integral en Casación en el voto del Vocal Dr. Maidana), a mi modo de ver, además, el veredicto fue razonable y no se aprecia arbitrariedad o apartamiento indebido de la prueba rendida.⁴⁴

Si esto no ocurrió, el Tribunal revisor tenía acotada seriamente su posibilidad de anular por este aspecto el veredicto.

Pero tampoco evidencio error del Juez, “ex ante” el caso fue litigado desde siempre por homicidio doloso, en todo caso el yerro grave y que pudo haber causado indefensión sustancial (de lo que no estoy tan seguro), fue de la defensa, quién no procuró incluir desde el comienzo de la imputación y desde el inicio del proceso penal la acusación por imprudencia como alternativa subsidiaria, bajo protesta en caso de negativa.

Si el caso viene imputado como doloso y no hay queja alguna al respecto, el juez técnico no puede entrometerse, porque el delito imprudente no se encuentra

⁴⁴ “...por lo cual he de acudir al test de Yebes/Biniaris, acuñado tras sendos precedentes de Canadá, y que resulta de utilidad para resolver la revisión impuesta, sin desconocer la existencia de otros métodos de resolución de veredictos arbitrarios, que al decir de Harfuch “varían ligeramente según los países del common law pero difieren solo en los detalles.-Tienen en común que todos ellos hacen un serio y continuo esfuerzo por ampliar la teoría del máximo rendimiento revisor sin la intermediación que conocemos de nuestro fallo CASAL, pero con un límite muy claro.- (Harfuch, Andrés, el veredicto del jurado, ad.hoc pag. 242).-En esta línea el autor mencionado se explaya además acerca del “test de la valoración independiente”-de la Corte Suprema de Australia- con cita del precedente “R. vs. “Weiss”, en cuyo ámbito no se acudió a la figura del hipotético jurado razonable-como en el test de Yebes- sino que se entendió que era el propio tribunal quién debía revisar la prueba y decidir la cuestión, lo cual fue interpretado en clave de críticas pues aparecía peligroso en la medida que pudiera alentar a cortes revisoras a inmiscuirse asiduamente con los veredictos.-....(sigue)...Las cortes de apelaciones deben interferir lo menos posible en esta área.-Si una corte de apelaciones fácilmente revocara los veredictos del jurado, disminuiría la confianza de roles que existe entre el jurado y el juez...(sigue).....Ahora bien, luego de esta breve reseña, vuelvo al test elegido inicialmente según el cual este tribunal debe determinar, sobre la totalidad de las pruebas, si el veredicto es aquel que un jurado, debidamente instruido y actuando conforme a derecho, podría razonablemente haber rendido, debiendo en caso contrario anular y revocarlo...(conf. Cámara de Casación N°2, Concordia E.R., en el precedente: “Rodríguez, Johathan Joaquín-Homicidio Simple s/Recurso de Casación”, de fecha 16 de febrero de 2022.-).-

incluido dentro del delito doloso (como si lo puede ser la tentativa en la consumación o las lesiones genitales dentro del abuso sexual), en todo caso es el jurado quién decidirá en definitiva la culpabilidad o no del o los acusados.

No comparto desde mi humilde criterio, las críticas que se le efectúan al Juez técnico de este caso por parte de ciertos autores⁴⁵.

Tampoco estoy de acuerdo que, se anule el veredicto por la falta de inclusión del delito de homicidio culposo en las instrucciones de esta causa, reitero, “ex ante” el juez contaba desde siempre con la hipótesis por delito doloso solamente, y como ya hemos visto, no se trata el culposo de un delito que esté incluido en aquel.

En esa línea, cuando el Juez técnico les da las instrucciones finales, y les aclara que el hecho culposo no integra los hechos sobre los que deben deliberar, lo hace claramente por ser coherente con el litigio que se viene desarrollando hasta ese momento.

Debo mencionar que, no comparto con el voto de la mayoría, coincido con el voto minoritario de este fallo, toda vez que, surge evidente que en el voto de la mayoría, bajo el ropaje de achacarle la culpa al juez técnico de no instruir algo que no debió hacerlo, lo que en definitiva sucedió, en el fondo se encubre algo más grave para el proceso, sencillamente el voto de la mayoría no comparte lisa y llanamente el criterio del jurado popular en cuanto declaró la culpabilidad por el delito doloso, porque consideran (ellos) que es un delito culposo.

Allí es donde se verifica un grueso error, ya que, sin querer, sin intención lo ponen de manifiesto en el texto del mismo fallo cuando: “...Desde este punto de vista y siguiendo la lógica del razonamiento que aquí se propone, no podemos nosotros tomar una decisión revocando el veredicto de homicidio doloso para imponer uno sustitutivo de homicidio imprudente porque, de ser así, estaríamos, bajo las condiciones dadas, socavando el rol del jurado. Esa asignación es patrimonio exclusivo del jurado...”.

¿Es o no es patrimonio exclusivo del jurado?, el jurado dijo que se trató de un hecho doloso por unanimidad, si la Cámara revisora no está de acuerdo con ello, solo y únicamente deberá demostrar que (como lo dije) en virtud de la prueba producida en el debate el veredicto no supera por ejemplo (por nombrar uno de

⁴⁵ Conf. Penna, Cristian D, “cuando el juez usurpa las funciones del jurado: Comentario al fallo “Alvarez/Telechea” del Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires”, Rubinzal Culzoni”.-

los más importantes) el test de Yebes/Binaris, pero no lo dicen ni lo explican de esta forma.

El fundamento de la mayoría en este caso es frágil constitucionalmente, la única vía de enfoque que pudo tomar la revisión y que podría llegar a determinar la nulidad de probarse los extremos, era analizar si estas personas fueron defendidas debidamente por sus abogados, es decir, si existió “defensa ineficaz” al no proponer la imputación alternativa desde el comienzo por imprudencia, y en su caso si el juez no debió advertir ello ab-initio.⁴⁶

Pero ello no fue analizado y no fue el motivo por el cual se anuló el veredicto.

Y en esta orientación, y analizando la actividad desplegada por la defensa: me pregunto, ¿no será que la estrategia defensiva estribaba en intentar convencer al jurado que el dolo no existía y que el hecho era culposo para lograr así la no culpabilidad por esa hipótesis?, o mejor, ¿Por qué obligar a la defensa, sin la imputación fiscal (o sea de oficio como se pretende en este caso), a soportar dentro de su estrategia defensiva a que si fracasa su teoría del caso (como fracasó en el primer juicio), ello sea a costa también de tener que soportar una condena por un delito distinto, es decir que su única estrategia sea resultar condenado por un delito menor y no liberado de toda responsabilidad penal?.

La circunstancia verificada “ex post” de que la defensa pierda un caso por su errónea estrategia de litigación, no significa que ello “per se” pueda reputarse como defensa ineficaz y determine la nulidad de un veredicto, porque si fuera así, todas las condenas serían objetadas por tal motivo.

En esta interpretación, son elocuentes las siguientes expresiones: “.....Si el juez se siente a disgusto encerrado en los cauces marcados por la voluntad dominadora de las partes, al menos por una consideración práctica debe conformarse a este sometimiento, y es que las partes, son los mejores jueces de la propia defensa y que nadie mejor que ellas reconoce qué hechos deben alegar y cuáles no. La esfera de actividad del defensor y la del juez deben estar netamente separadas, ya que existe una verdadera incompatibilidad psicológica entre la función de juzgar y la de buscar los elementos de defensa de las partes” (D’onofrio, 1945, pag. 102). De lo expuesto, se predica que el juez no debe valerse

⁴⁶ Interesante análisis se puede consultar en el trabajo publicado por el Ministerio Público de la Defensa, Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia, Estudio sobre la Jurisprudencia, año 2016, Observaciones sobre el control de efectividad de la asistencia técnica a partir de la jurisprudencia de la CSJN, por Nicolas Ossola.-

de sus conocimientos privados para resolver la litis, sino de lo probado y alegado en el desarrollo del litigio...”.⁴⁷

Además, lo que es más grave aún; ¿Puede obligar el tribunal de oficio (sin petición de la defensa como en este caso) a imputar a una persona por un delito?, ¿no resulta ello acaso invadir competencia del órgano acusador? y si esto sucede: ¿no se quebraría o violaría la garantía de imparcialidad?

Mencione más arriba que, se observa sin lugar a dudas una debilidad constitucional en el fallo, toda vez que, el problema de esta sentencia se advierte, ya que, el tribunal de oficio ordena reenviar la causa a otro tribunal, impone sin tapujos a la Acusación el deber de acusar a una persona por un delito, en contra del criterio de la Corte Suprema desde “Tarifeño” (29/12/1989) en adelante y de todos los principios del sistema acusatorio.⁴⁸

La Fiscalía imputó por el delito de homicidio doloso, no utilizó la herramienta de la imputación alternativa, seguramente porque la acusación estaba segura del éxito de su litigio, de hecho salió victorioso en ese juicio, la defensa no se opuso a esa forma de imputación, no puede un juez obligar a imputar a la Fiscalía, de lo contrario sería aceptar lisa y llanamente una acusación jurisdiccional, que violenta de manera directa a la garantía de imparcialidad en nuestro derecho.

VII.- El supuesto de hechos activos y omisivos

Son varios los precedentes jurisprudenciales y la mayoría de la doctrina resulta conteste en considerar que se viola la congruencia en juicio si, a una persona se lo

⁴⁷ Conf. Iván Dario Valderrama Romero, el principio de congruencia en el proceso penal, publicado en Revista Virtual *via inveniendi et iudicandi*, vol. 11, www.dialnet.unirioja.es.-

⁴⁸ “...Pero participamos de la posición que afirma que, el iura novit curia no posibilita que el tribunal por vía de apreciación jurídica rompa la identidad fáctica y normativa sustancial, y ello ni aun cuando se informe debidamente a las partes ofreciéndoles ampliamente el debate y la nueva prueba ya que, en tal caso, se estaría introduciendo de oficio un nuevo objeto procesal, una acusación jurisdiccional.-Con ello se garantiza la realización de otro principio, también consagrado en defensa del imputado: el acusatorio, que le permite al imputado defenderse ante un tercio independiente e imparcial.-Nuestra Corte, en el voto en minoría en el caso “Antognazza”, lo dijo con claridad “cualquier exceso de la jurisdicción que evidencia un interés acusatorio resulta incompatible con el principio de imparcialidad...”(conf. Angela Ledesma, “La correlación entre acusación y Sentencia: Límites al ejercicio del “Iura novit curia, publicado en Revista de Derecho Procesal Penal, 2015-2, El nuevo Código Procesal Penal de la Nación, Editorial Rubinzal Culzoni, pags. 272/3.-).-

acusa por haber cometido un hecho mediante una conducta activa, resulte luego condenado por ese mismo hecho pero por omisión.⁴⁹

Si en el caso en concreto se demuestra imposibilidad de acusar de una forma o de otra, así como complejidad y todos los requisitos ya analizados que deben existir para dar andamiaje a esta figura procesal, no veo obstáculo para su utilización, y considero indispensable su empleo aún en delitos activos y omisivos.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha expedido al respecto en el precedente “Antognazza” de fecha 11/12/2007, en donde el voto de la mayoría que remite al dictamen del procurador Casal, quién interesa el rechazo del recurso porque se consideró que el impugnante no demostró suficientemente los extremos del agravio en concreto, no expidiéndose sobre el fondo de la cuestión (si se había violado o no la congruencia en juicio), si bien el rechazó en definitiva fue por falta de fundamentos del recurso.⁵⁰

El voto de la minoría (Dres. Zaffaroni, Rosatti y Maqueda) que propiciaba la admisión del recurso, indicaron que claramente la variación sucedida en una sentencia de un delito activo a uno omisivo, claramente hace caer la coherencia de la condena.⁵¹

⁴⁹ “...Algo similar ocurre cuando, al lado del delito de acción, se pretende, eventualmente, la condena por el mismo delito, pero una omisión: será necesario describir detalladamente la situación de vida en la que se hallaba el agente, de la cual emergía el deber de garante del bien jurídico tutelado y el de evitar el resultado (por ejemplo: el contrato o el acto administrativo que erigió en salvavidas al bañero que no se arrojó al agua para evitar la muerte del bañista), al lado de la omisión y el resultado...”(conf. Ernesto Seguí, IMPUTACION, CONGRUENCIA Y NULIDAD EN EL PROCESO PENAL, Editorial Nova Tesis, pag. 49.-).

⁵⁰ “...Por otra parte, si bien en ciertos casos la modificación de la calificación legal podría importar un agravio constitucional, en la medida en que dicho cambio provoque el desbaratamiento de la estrategia defensiva del acusado, impidiéndole formular sus descargos (Fallos: 319:2959, voto de los doctores Petracchi y Bossert) la omisión en que incurrió el apelante al dejar de exponer cuáles son las defensas que aquel proceder le habría impedido articular, y en qué medida habrían influido en la solución adoptada, impide considerar que éste pueda ser uno de esos casos, y reafirmar la inadmisibilidad de su planteo (Fallos: 317:874)...”(dictamen del Procurador Dr. Casal en el caso Antognazza, 28 de marzo de 2006.-).

⁵¹ “...Que sin embargo, esta correlación no ha sido respetada en el caso, toda vez que la modificación de la subsunción típica efectuada por el a quo, al sustituir el tipo de abandono de persona (que es un tipo impropio de omisión) por el de lesiones graves (que un tipo doloso activo), implicó una alteración de la imputación fáctica.-^{8º}) Que, en efecto, esta modificación en la calificación legal no podía hacerse sin alterar la imputación fáctica, pues resulta

Existen ciertos casos en los que la acusación se topa con una verdadera nebulosa probatoria, no en cuanto a que el hecho no haya existido, sino que, no se puede determinar con precisión y certeza si se trató en la especie de una conducta activa, o tal vez, omisiva.

Así, por ejemplo, la Corte Suprema de Justicia de Santa Fe en el precedente: “A.,W.A” sentencia del 15 de diciembre de 2009, estableció que, habiendo sido imputado por una conducta activa a los padres de un bebé hallado muerto, no puede un tribunal atribuirles luego una conducta omisiva cuando ella no fue objeto de acusación.

El caso fue intimado de la siguiente manera: “.....haber tenido participación en el hecho cometido por su esposa, D.D.D. consistente en dar muerte a la hija de ambos (beba de entre 38 y 40 semanas de gestación) una vez nacida, hecho ocurrido el día 20 de diciembre de 2005 en horas de la madrugada, quién la envolvió posteriormente en sábanas, introduciéndola en una bolsa de nylon y luego en una bolsa de residuos dejándola en un tacho de basura, beba que fue hallada en fecha 21.12.2005 en el basural de la ciudad de Venado Tuerto...”.

En primer instancia el hombre fue absuelto, la cámara revoca esa absolución y lo condena por ser autor por comisión por omisión del hecho, es decir, la sentencia lo condena por una conducta omisiva.

En esa causa quedó claro que la autora material mediante una actividad activa fue la madre de la beba, pero no estaba claro ni mucho menos que rol cumplió el hombre padre de la criatura, quién estaba en el mismo lugar a la hora del hecho, y que por lo indicado, algo tenía que ver en el evento luctuoso.

groseramente contrario al sentido común afirmar que es exactamente lo mismo abandonar (a consecuencia de lo cual resultare un grave daño en el cuerpo o en la salud de la víctima) que causar lesiones, cuando es evidente que se trata de supuestos de hecho distintos y que, por otra parte, no existe cláusula legal alguna en nuestro ordenamiento jurídico que establezca que no evitar un resultado típico equivalga a causarlo.-En consecuencia, toda vez que ni en la indagatoria, ni en el procesamiento, ni como acusación alternativa se le atribuyó a la imputada la conducta de causar un daño en el cuerpo o en la salud de la niña, el pronunciamiento del a quo excedió el marco del principio iura novit curia al pasar a subsumir el tipo doloso activo porque no consideró probado que lo hubiese abandonado o colocado en situación de desamparo, e incurrió en la violación del principio de congruencia al no haberse ajustado al contenido de la imputación respecto del cual la encartada había ejercido su derechos a ser oído.....”(conf. voto de los Dres. Lorenzetti, Juan Carlos Maqueda y Zaffaroni en “Antognazza, Maria Alexandra” del 11 de diciembre de 2007).-

La Fiscalía lo acusó como participe de una conducta (no se especificó en la acusación de que forma lo que denota ello también una imprecisión), y la Corte dijo al respecto para anular la sentencia que: "...De un lado, no se atribuyó una omisión determinante del resultado, ni se precisó la eventual posición de garantía o el deber de protección que lo obligaba a actuar, ni la fuente de tal deber y, peor aún, se imputó haber "participado" sin indicar en qué consistió el aporte participativo, el rol desempeñado y el eventual grado y entidad de esa participación....(sigue)....Los argumentos brindados por el Tribunal a quo no resultan compatibles con las garantías constitucionales de defensa en juicio y el debido proceso (art. 7 y 9 de la Const. Pcial.) y el principio de congruencia, pues adviértase que desde los primeros momentos del proceso la atribución de responsabilidad giró en torno a la efectiva realización de conductas que desencadenaron causalmente el resultado muerte en la víctima, mientras que en oportunidad de dictarse la resolución de mérito se terminó endilgando responsabilidad penal al imputado por no haber desplegado los mecanismos necesarios para evitar el deceso de la menor. Es decir, se termina modificando-al momento de revisar la sentencia absolutoria de primera instancia-la conducta propiamente dicha que constituía el eje de la imputación respecto al hecho enrostrado, esto es: de un acto "comisivo" como era el de "causar la muerte" por un acto "omisivo" como es el de no haber evitado la producción del resultado muerte provocado por otro. Tal consideración, violenta a mi juicio el principio de congruencia en juicio al modificarse sustancialmente la base fáctica sobre la que giró el núcleo del proceso hasta su culminación con el dictado de la sentencia condenatoria...."(conf. sentencia indicada).

Resulta claro que inclusive se había imputado incorrectamente el delito activo, pero además, al revocar la absolución el tribunal fue mucho más allá, con esos cuatro renglones de imputación se lo condeno por omisión al hombre a pena de prisión perpetua.

Esta sentencia de la Corte santafesina la considero correcta, pero, ¿Qué hacemos cuando nos enfrentamos ante un caso como éste?, en donde resulta evidente que la madre dio muerte a la beba por una conducta activa, pero la actividad del hombre que estuvo allí y existen sobrados elementos para considerar que tuvo participación en el hecho, pero no está claro si su conducta fue activa también o tal vez pasiva (omisiva).

Allí creo que, un fiscal debería utilizar en el caso concreto de este hombre, las acusaciones alternativas, imputarlo por una conducta activa, con todos sus

precisiones, y en subsidio por una conducta omisiva, por no haber hecho nada, siendo garante (en el caso de que sea su padre) y cumpliéndose todos los requisitos objetivos y subjetivos de este tipo de figuras de comisión por omisión.

De esta forma, la acusación abre el abanico de las hipótesis posibles, el imputado se puede defender sin sorpresas de una u otra hipótesis, el tribunal puede analizar el caso con mayor amplitud, y se impide como en ese caso sucedió, la impunidad de uno de los autores de un hecho tan aberrante.

Si se prueba que participó activamente colaborando con la mujer en la muerte de la beba, será condenado por un delito activo, si no se prueba ello, pero si en el desarrollo del debate se acredita que estuvo allí, que sabía que la madre de la beba la iba a matar, no hizo nada pudiendo hacerlo, siendo garante del cuidado y protección de esa criatura, no interrumpió de modo alguna el nexo causal iniciado por la mujer, claramente se podrá condenarlo por el delito omisivo, por comisión por omisión, sin violar en lo absoluto la congruencia en juicio.

Creo que, ante casos extremos como éstos, donde ocurren los hechos en la soledad de los intervinientes, generalmente este tipo de homicidios se producen de noche y en la sola presencia de los padres en el interior de una vivienda, donde nadie pudo ver qué fue lo que realmente pasó, a fin de evitar el fracaso del esclarecimiento y condena a todos los responsables, la alternatividad de este tipo de acusaciones es la única manera de evitar que, un caso de esta magnitud pueda a llegar a quedar impune. Pero además, en estos supuestos, la misma Corte Suprema en el fallo “Antognazza” referenciado, indicó que una de las posibilidades para sortear la indefensión por variación de la calificación de este tipo, era utilizando el mecanismo de las acusaciones alternativas (ver al respecto la cita punto 51).

Por último, no puedo dejar de mencionar, que existe una corriente (a la que me adhiero) que considera que cometer una conducta o hecho ilícito no hay que razonarlo o limitarlo a un su sentido naturalístico o de causación, sino que hay que reconocerlo desde el punto de vista normativo, y en este último sentido, matar por acción u omisión es exactamente lo mismo.⁵²

Así, se considera que, cuando el código penal dice “el que matare a otro”, no lo dice desde el punto de vista causal, sino normativo.

⁵² conf. MARCELO SANCINETTI, Casos de Derecho penal, Parte General, capítulo III, Delito de Omisión, pag. 107, Editorial Hammurabi.-)

También autores especialistas en la materia como Marcelo Sancinetti y Gonzalo Molina se enrolan y comparten este razonamiento.⁵³

Hay un argumento histórico que avala este último argumento. Los manuales de autores como Rodolfo Moreno, Tejedor y a partir de ahí todos los autores tradicionales del Código Penal, todos hablan siempre de imputar un homicidio también por omisión. Siempre se estudió que matar se podía hacerlo por acción u omisión.

Siguiendo esta línea argumental, si imputamos a una persona matar a otro, no interesaría enrostrarle que fue por comisión u omisión, porque matar a otro se puede realizar, no solo por comisión, sino también por omisión, y el matar no es una cuestión privativa de causación, es un término normativo, porque se puede matar omitiendo intervenir (revistiendo la persona las condiciones necesarias: posición de garante, nexo de evitación, posibilidad material, etc) en la causalidad generada por otra persona o por la naturaleza.

En lo personal comparto esta teoría, pero al igual que en el caso de delitos dolosos y culposos, en el campo procesal, no podría, sin correrse serio riesgo para la causa, derivarse una única imputación y de allí dejar en manos o de los fiscales (en los alegatos de clausura) y/o finalmente los jueces, determinar que el hecho fue cometido por omisión o por una conducta activa.

Provocaría además de confusión, falta de previsión o precisión para quién se tenga que defender, y además, porque esta teoría no es compartida por la mayoría de la doctrina y jurisprudencia, y por lo dicho por nuestro máximo Tribunal en el precedente “Antoñazza” ya citado.

Claramente describe esta situación el Dr. Rusconi, cuando expresa: “.....La evolución mencionada sobre el concepto de autoría ha facilitado otra gran transformación no solo expansiva sino de superación del estándar probatorio: el transformar imputaciones a comportamientos activos en imputaciones a comportamientos omisivos. Esto genera un enorme impacto procesal. En primer lugar, en términos de exigencias probatorias, Es indudable que frente a las dificultades que genera demostrar que X ha conducido el curso lesivo, mucho más sencillo es demostrar que el sujeto no lo ha evitado en posición de garante. En realidad, se trata casi de una inversión de la carga de la prueba. Sin embargo el impacto es dual: la confusión conceptual, aunque prolijamente presentada, entre

⁵³ Gonzalo Javier Molina, Delitos de Omisión Impropia, Rubinzal Culzoni Editores, pag. 28.-

imputaciones a la acción e imputaciones a la omisión, genera de modo indudable una tremenda indefinición del hecho a la hora de la imputación y una trascendente violación del principio de congruencia. Aquí se verifica el dato por demás llamativo de que no solo la prueba ya es superflua, sino que también se torna innecesario verificar la sostenibilidad de la condición de precisión de la imputación.....”⁵⁴

El derecho procesal penal, a través de sus mecanismos (la imputación y sus alternativas son parte de ellas), hacen que la aplicación de una norma a una persona se ajuste a determinados requisitos y formas, siempre con el objetivo de garantizar sus derechos constitucionales, restableciendo la paz jurídica perturbada.

Las herramientas que brinda el proceso penal, a través de un camino perfectamente reglado y diseñado, determinan que, exista un proceso respetuoso de las garantías del inculpado, y en esa senda, relacionado con todo ello, que se lo acuse bien y sin oscuridad o con opciones que puedan perjudicar ese entendimiento.

El proceso penal no solo debe mantener un recorrido ético, sino que también libre de informaciones no del todo claras e indeterminadas, que puedan llegar a generar indefensión.

Tampoco puede permitirse a los jueces suplir a las partes y abusar de sus facultades de aplicación del derecho.

Por ello, las mismas razones técnicas de índole netamente procesales apunta, a la hora de analizar similar situación en el caso de los delitos culposos y dolosos, las reitero y hago extensivas aquí remitiéndome por razones de brevedad a lo ya indicado.

VIII.- Conclusión

En definitiva, con el presente trabajo he intentado dejar en claro que, el principio de congruencia en juicio es un dique de contención fundamental para limitar cualquier intento de desborde por variación de calificaciones jurídicas que provoque estrépito defensivo.

Actúa como un escudo de protección, evitando a través de esta garantía, que se produzcan alteraciones a lo largo del juicio del objeto procesal, y que se

⁵⁴ Conf. Rusconi, Maximiliano: “Sistema penal desde las garantías constitucionales”, Ed. Hammurabi, año 2003, pag. 68/69.-

quebrante el debido derecho de defensa a una persona acusada, librándola de abusos, y arbitrariedades.

Si se dejara a los tribunales calificar los hechos sin esta limitación, se corre serio riesgo de generar abusos jurisdiccionales que merecen ser erradicados de un Estado de Derecho, a fin de respetar la defensa en juicio.

Por su parte, existen casos puntuales de posibilidad de que ocurra esta variación en la calificación sin violar esta garantía, y también la viabilidad de modificación a favor del imputado cuando se dan los presupuestos de llamado cambio “in meius” de las tipificaciones, que no afectan a la estructura propia del hecho imputado.

También, he intentado demostrar que, como mecanismo sumamente útil, pertinente, practico y necesario en casos puntuales, cuando se reúnen sus requisitos correspondientes, las imputaciones alternativas son la medida más eficaz para producir y desarrollar un proceso limpio, transparente e bloqueando cualquier uso indebido del iura novit curia que pueden llevar a ejercitar los Tribunales, y así como también, obstruyendo impunidades indeseables, que puedan llegar a violar el derecho a la tutela judicial efectiva y comprometer al Estado argentino ante organismos internacionales.

Las imputaciones alternativas, constituyen una excelente herramienta para sortear exitosamente un cambio de calificación que se determine en el juicio, así como también un mecanismo solido que permite evitar abusos por arbitrariedad y provocar la violación a la defensa del acusado.

Si bien en la provincia de Entre Ríos no existe previsión normativa en la actualidad, ellas son perfectamente adaptables a su sistema procesal, pero no solo durante la investigación penal preparatoria, sino que, durante todas las etapas del proceso, etapa intermedia y etapa de debate o plenario.

En este último sentido, creo que la máxima expresión de utilidad de esta forma de acusar, está dada durante la etapa del juicio, y no puede limitarse bajo pena de desnaturalizar la figura bajo examen únicamente a etapas anteriores.

Ratifico que, este paliativo excepcional de las imputaciones alternativas son, altamente eficaces para permitir evitar múltiples complicaciones procesales relacionadas con la congruencia en juicio, como las ya mencionadas y analizadas en el presente trabajo.

Se le debe perder el temor a su utilización, permitiendo abrir el juego a su ingreso en los procesos de manera más fluida y expedita, y favorecer que este mecanismo se utilice en los casos que correspondan, desde el principio al fin de todas las etapas de juicio, posibilitando así, el máximo rendimiento posible de las mismas.

Si esto ocurre, las ventajas que fueron analizadas que presentan las mismas, serán claramente favorables para todas las partes del proceso, incluidos para aquellos que tienen la difícil tarea de impartir justicia.

IX.- Bibliografía

- Chiara Diaz, Carlos, Erbetta, Daniel, Tomas Orso y Gustavo Franceschetti, Código Procesal Penal de la Provincia de Entre Ríos, ley 9754, tomo II, Editorial Nova Tesis.
- Claria Olmedo, Jorge, Derecho Procesal Penal, tomo I, actualizado por Jorge E. Vazquez Rossi, Editorial Rubinzal Culzoni.
- Irisarri, Carlos Alberto, Código Procesal Penal de la provincia de Buenos Aires, comentado, anotado y concordado, tomo 2, Editorial Astrea.
- Jauchen, Eduardo, Tratado de Derecho Procesal, Editorial Rubinzal Culzoni.
- Ledesma Angela “la correlación entre la acusación y sentencia: Límites al ejercicio del iura novit curiae”, publicado en Revista de Derecho Procesal Penal, año 2015-2, el Nuevo Código Procesal Penal de la Nación-ley 27063, Editorial Rubinzal Culzoni.
- Ledesma, Angela, El debido proceso Penal 4, La acusación alternativa en el sistema acusatorio, Julián Aristimuño, Editorial Hammurabi.
- Ledesma Angela, conferencia brindada para la Asociación de Magistrados de Tucumán en fecha 04/12/2021 ¿El principio de congruencia alcanza al derecho?.
- Maier, Julio B.J., Derecho Procesal Penal Argentino, Editorial Hammurabi, Buenos Aires 1989.
- Ossola, Nicolas, trabajo publicado por el Ministerio Público de la Defensa, Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia, Estudio sobre la Jurisprudencia, año 2016, Observaciones sobre el control de efectividad de la asistencia técnica a partir de la Jurisprudencia de la CSJN.

- Penna, Cristian D, “cuando el juez usurpa las funciones del jurado: comentario al fallo Alvarez/Telechea del Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires, Editorial Rubinzal Culzoni.
- Revista de Derecho Procesal Penal, 2010-2, la defensa penal-II, Donna Alberto Director, Editorial Rubinzal Culzoni, El derecho del imputado a un acusador penal único por Oscar Raúl Pandolfi.
- Rusconi, Maximiliano “Sistema penal desde las garantías constitucionales”, Editorial Hammurabi, año 2003.
- Sancinetti, Marcelo, casos de Derecho Penal, Parte General, Tomo 3, teoría del hecho punible, Editorial Hammurabi.
- Sancinetti, Marcelo, casos de Derecho Penal, Parte General, Tomo 2, teoría del hecho punible, Delito Doloso de Comisión, Editorial Hammurabi.
- Seguí, Ernesto, Imputación, Congruencia y Nulidad en el Proceso Penal, Editorial Nova Tesis.
- Struensee, Eberhard, “Consideraciones sobre el dolo eventual”, publicado en Indret 4/2009.).
- Valderrama Romero, Iván, el principio de Congruencia en el proceso penal, publicado en Revista virtual vía *inveniendi et iudicandi*, vol. 11, www.dialnet.unirioja.es.

X.- Jurisprudencia citada

- “Navarro, Rolando y otros-Homicidio Culposo”, C.S.J.N. 9 de agosto de 2001.
- “S.J.L. y otro-Homicidio en Riña”, 27 de noviembre de 2012, Corte Suprema de Justicia de Santa Fe.
- “Fermín, Ramirez vs. Guatemala, 20 de junio de 2005, Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- “Ciuffo” del 11 de diciembre de 2007, C.S.J.N.
- “Sircovich”, C.S.J.N. fallo 329:4624.
- “Carrascosa” Cámara de Casación de la Provincia de Buenos Aires, 18 de junio de 2009.
- “Luque”, C.S.J.N. 26/11/2002.
- “Wagner-Pavón”-Abuso Sexual 31 de julio de 2020, Superior Tribunal de Justicia de la provincia de Entre Ríos.

- “Gutierrez vs. Argentina” del 25 de noviembre de 2013, Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- “V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua” del 8 de marzo de 2018, Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- “Canales” C.S.J.N., del 2 de mayo de 2019.
- “Arrieta”, Cámara de Casación Penal N°1 de la ciudad de Paraná (E.R.) del 24 de junio de 2015.
- “Fernandez, Jonathan-Homicidio Culposo”, de fecha 1 de junio de 2015, Cámara de Casación Penal N°1 de la ciudad de Paraná (E.R.).
- “Espinosa, Mario Alberto s/p.d.s. de lesiones graves, del 5 de octubre de 2010”, CSJN.
- “Delfín, Andrés Francisco-Encubrimiento-Recurso de Casación, Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos, de fecha 17/10/2007.
- “P.N.J.Abuso Sexual” del 11 de agosto de 2022, Cámara de Casación N°2 de la ciudad de Concordia E.Ríos.
- “Wagner, Sebastian y otros-Homicidio”.Recurso de Casación, Cámara de Casación N°1 de la ciudad de Paraná (E.R.), de fecha 21 de mayo de 2019.
- “M.M.G. c/L.N.G. y otros-Abuso Sexual”, del 11 de noviembre de 2021, Superior Tribunal de Rio Negro.
- “S.C.E.S.L.M. s/Abuso Sexual con Acceso Carnal”, 24 de octubre de 2019, Cámara de Casación N°1 de la ciudad de Paraná (E.R.).
- “S.E.G. s/Abuso Sexual con acceso carnal agravado por el vínculo s/Impugnación Extraordinaria” de fecha 7/05/2015, Superior Tribunal de Justicia de la provincia de Entre Ríos.
- “Coria”, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional-Sala 6° precedente del 18 de abril de 2022.
- “Ingrasciotta”, Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Santa Fe, del 5 de agosto de 2009.
- “Rodriguez, Jonathan Joaquín-Homicidio Simple s/Recurso de Casación, Cámara de Casación N°2 de la ciudad de Concordia, Entre Ríos del 16 de febrero de 2022.
- “Alvarez, Lucas y Telechea Daiana s/Recurso de Casación, de la Sala N°1 de la Cámara de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires.
- “Antognazza” de fecha 11/12/2007, CSJN.
- “A.W.A.” setencia del 15/12/2009, Corte Suprema de Santa Fe