

# Principio de congruencia

## Su relación con el axioma *iuria novit curia* en el sistema acusatorio

Diomedes Guillermo Rojas Bustellato<sup>1</sup>

**SUMARIO:** I.- Introducción; II.- ¿En qué momentos rige el principio de congruencia?; III.- Alcance del axioma; IV.- Alcance del principio “*iuria novit curia*”; V.- Algunos casos para analizar; VI.- Problemas que se pueden presentar aún ante el pedido de absolución; VII.- Congruencia y exceso en la pena solicitada por el acusador; VIII.- Alternativas para morigerar el alcance del principio; IX.- Conclusión; X.- Bibliografía

**RESUMEN:** Desde siempre se ha mantenido como un dogma de fe el principio “*iuria novit curia*”, el cual significa que el juez podía dar al hecho libremente (es decir sin encontrarse limitado por la acusación) el encuadre legal, en tanto no modifique el sustrato fáctico. Sin embargo, como luego se verá, las cuestiones fácticas y jurídicas que conforman la acusación, no siempre se pueden separar nítidamente, es más, nos atreveríamos incluso a decir, que ambos conforman una amalgama indisoluble. Por lo que, el cambio de la calificación jurídica, por mínimo que sea, generalmente, encierra una modificación en el aspecto fáctico de la acusación, que, cuando es abrupta y sorpresiva, violenta el derecho de defensa. En razón de ello, en el presente trabajo se analizará la vigencia de aquel viejo paradigma, y se tratará de demostrar hasta qué punto puede ser admisible

---

<sup>1</sup> Profesor de Derecho Procesal Penal Cátedra “A” y Derecho Penal Parte Especial Cátedra “B” U.N.N.E., ex profesor titular Derecho Penal Parte Especial y Adjunto Practica Profesional Penal U.C.P., Doctorando de la Carrera de “Doctorado en Derecho”, Especialista en Derecho Procesal y Especialista en Derecho Penal.

constitucionalmente modificar el encuadre legal del caso dado por el acusador, sin afectar el axioma en cuestión<sup>2</sup>.

**PALABRAS CLAVE:** congruencia, coherencia, iuria novit curia, correlación entre acusación y sentencia, sistema acusatorio.

## I.- Introducción

El principio procesal de congruencia, también llamado de correspondencia, coherencia o correlación entre acusación y sentencia, surge como un postulado derivado del “debido proceso”, el cual, según el modelo exigido por la Constitución, no es otro que el sistema acusatorio<sup>3</sup>.

Y este modelo, es justamente el que ya imponía nuestra Constitución originaria en sus arts. 18 y 24, y que luego se confirma y refuerza con la incorporación de los tratados que componen el bloque constitucional, puntualmente el art. 8.5 de la CADH; 14.1 del PIDCP, art. 26 de la CADDH y art. 11.1 de la DUDH, como “debido proceso legal”.

A partir de esta normativa, se exige como sistema de enjuiciamiento penal un modelo de carácter acusatorio, el cual significa sencillamente, no puede existir un proceso sin un órgano que promueva e impulse la acusación, el cual, lógicamente debe ser distinto de aquel que ejerce la jurisdicción.

Como un postulado básico del sistema, la actividad del órgano jurisdiccional se encuentra limitada por los términos del contradictorio, lo que trae como consecuencia, que todo exceso de la actividad jurisdiccional, es decir, que

---

<sup>2</sup> El presente trabajo es una síntesis actualizada de nuestra investigación publicada en el Libro: “Algunos temas actuales en el campo del Derecho Procesal Penal”, por la editorial Contexto en 2015.

<sup>3</sup> De ello se desprende que el proceso debe estar sentado sobre tres pilares: acusación, defensa y juzgamiento, el cual debe ser encarnado por tres sujetos con roles bien diferenciados, el acusador (que ejerce la actividad requirente, introduciendo e impulsando la pretensión penal), el imputado (que resiste dicha pretensión) y el Juez que imparcial, imparcial e independiente juzgue el caso.

trascienda el ámbito trazado por la propia controversia, implica una grave afectación al axioma en estudio.

Por eso, como ya dijéramos, el principio de congruencia, también se denominado “correlación entre acusación y sentencia”, haciendo referencia a la relación de simetría que debe guardar la condena con el requerimiento de elevación a juicio. Sin embargo, como veremos, ello no define correctamente el postulado en cuestión, por cuanto la identidad fáctica se remonta aún más atrás de la acusación propiamente dicha (léase requerimiento de elevación a juicio), es decir, ya desde el acto inicial del procedimiento, el cual vincula *in facto* la actividad jurisdiccional circunscribiendo –aunque rudimentaria y provisoriamente- el objeto procesal.

Es que, el acto promotor contiene una hipótesis que se introduce al proceso para que sea confirmada o desvirtuada por medio de la prueba. Así, como lógica consecuencia de ello, la sentencia no puede luego concluir afirmando o negando una hipótesis distinta. Explicado con un ejemplo muy burdo, si se requirió instrucción formal contra Juan imputándole un homicidio, no puede luego ser condenado por hurto.

Este axioma es un postulado central del debido proceso (art. 18 C.N.), del cual surge que el único modelo compatible con nuestra constitución es el sistema acusatorio, que como su nombre lo indica, tiene como pilar central el principio “*ne procedat iudex ex officio*” o “*ned procedat iudex sine acusacione*”, lo que significa que la jurisdicción solo puede actuar en la medida en que haya sido excitada por un órgano extraño, que a través de la acción haga valer una pretensión en el marco de un proceso, pues como decía Carneluti, la acción es *prius* la jurisdicción *posterius*<sup>4</sup>.

Por otra parte, la regla de coherencia, también deriva del derecho a la defensa en juicio, puntualmente de su sub-principio de “contradicción”, que se traduce en que nadie pueda ser condenado (penal, civil, laboralmente, etc.), sin haber tenido la oportunidad de defenderse debida y tempestivamente en el proceso (básicamente trabaja como derivado del derecho a ser oído), lo cual tiene como premisa básica, la posibilidad de conocer íntegramente la acusación.

---

<sup>4</sup> “Lecciones sobre el proceso penal”, Edit. Bosch y Cia, Bs.As., 1950, Tomo II, pág 8.

Pero además, también entra en juego el principio de imparcialidad del juez, puesto que al introducir cuestiones oficiosamente, se quiebra la neutralidad con la que debe conducirse el juzgador, lo que además, repercute en el sistema republicano de gobierno, el cual exige una división de las funciones del juez y del fiscal (lo cual se traduce en que ni el fiscal puede juzgar ni el juez acusar).<sup>5</sup>

De modo tal, que la congruencia procesal no impera solo por amor a la simetría, sino que es un postulado esencial del derecho de defensa.<sup>6</sup> Como bien dice Alberto Binder, este derecho cumple un papel fundamental, por una parte, actúa en forma conjunta con las demás garantías y por otra es la garantía que torna operativa a todas las demás<sup>7</sup>.

## II.- ¿En qué momentos rige el principio de congruencia?

Suele considerarse que este axioma también se aplica al momento de la sentencia, en el sentido de que esta no puede referirse a un hecho diverso por el cual se acusó. Pero en realidad, rige durante todo el proceso, como un límite a la actividad de la judicatura, en el sentido de que ésta debe acotar el marco de su actividad a la necesidad de excitación e impulso de la acción por un órgano extraño, no pudiendo nunca fallar *extra o ultra petita* (más allá de la materia que configura el objeto procesal), es decir, debe haber coincidencia entre la *re iudicanda* y la *res iudicata*.

Ahora, en lo que respecta al derecho procesal, este principio cobra un particular dimensión, puesto que –como decía Vélez Mariconde<sup>8</sup>–, “Entre la acusación intimada (originaria o ampliada) y la sentencia debe mediar una correlación esencial sobre el hecho, lo que impide condenar al acusado por uno diverso del que fuera objeto de la imputación formulada (*ne est iudex ultra petita partium*)” Sic.

De tal manera, que la sentencia debe referirse al mismo hecho contenido en el requerimiento de elevación y definitivamente centrada por el acusador en los

---

<sup>5</sup> Conforme lo tiene dicho la Corte Suprema en “Quiroga” (Fallos, 327:5863).

<sup>6</sup> Entiéndase contestar la acusación, aportar pruebas, discutir la calificación, alegar etc.) del mismo hecho que fue originariamente acusado.

<sup>7</sup> Binder, Alberto M.; “Introducción al Derecho Procesal Penal”, Edit. Ad-Hoc 2da. Edición, Bs. .Aa., año 1.999, pág. 155.

<sup>8</sup> “Derecho Procesal Penal”, Edit. Marcos Lerner, Córdoba, 1986, TII, Pág. 233

alegatos, tal como lo ha sostenido la Corte Suprema en “Quiroga”<sup>9</sup>, pero además, también se debe guardar coherencia con el hecho contenido ya en el acto promotor.

Sin embargo, el principio rígidamente entendido es impracticable durante todo el proceso, puesto que, en los primeros momentos de la investigación, las circunstancias del hecho casi nunca surgen perfectamente delineadas, sino más bien, la realidad nos demuestra que el hecho va cambiando, a lo largo de su curso. Y ello es así, puesto que el proceso tiende justamente a procurar lo más cercanamente la verdad histórica, a la cual puede llegarse recién a alcanzarse, luego de terminada la etapa del “conocimiento”.

De suerte tal, que pretender una absoluta identidad entre el hecho contenido en el acto promotor y la sentencia, es prácticamente imposible, puesto que como bien dice el Prof. Roberto Mendíaz<sup>10</sup>, en el campo del derecho procesal penal, el “objeto procesal”, “hecho” o “pretensión jurídica”, en la mayoría de los casos, es de dificultosa captación, y se muestra variable durante todo el camino procesal.

Así pues, en los primeros estadios del procedimiento, el hecho aparece descripto muy rudimentariamente y a lo largo del camino procesal este va cobrando forma, se va completando su descripción, hasta llegar al momento de las conclusiones, donde la hipótesis fáctica debe quedar perfectamente delineada, no pudiendo el sentenciante en la condena, salirse de esos márgenes precisos que le impone la acusación.

Como es bien sabido, en la instrucción (en los procesos que siguen el modelo mixto) o investigación penal preparatoria (en los códigos que siguen el modelo acusatorio), todo es provisorio, pues, por lógica, resulta imposible contar una descripción absolutamente detallada y precisa del hecho en aquella etapa

---

<sup>9</sup> Fallo del 23/12/04, que en lo sustancial podemos extraer del voto del Dr. Zaffaroni lo siguiente: “...la acusación constituye un bloque indisoluble que se perfecciona en dos momentos procesales distintos: el requerimiento de elevación a juicio, que habilita la jurisdicción del tribunal para abrir el debate y el alegato fiscal solicitando condena, que habilita la jurisdicción del tribuna a fallar”.

<sup>10</sup> En su trabajo publicado en la Revista N° 1, 2008, de la Asociación Argentina de Profesores de Derecho Procesal Penal – Regional Nordeste Argentina Pág. 175 a 187.

procesal, toda vez que, inicialmente solo se cuenta con una hipótesis fáctica, construida sobre la base de unos pocos datos.

Por ello, a diferencia del proceso civil, donde la *litis* se traba al contestar demanda, fijando allí objeto procesal que luego permanece inalterable, en el proceso penal los hechos se fijan en el requerimiento de elevación a juicio, recién allí se delimita y circunscribe la hipótesis fáctica y jurídica, puesto que, hasta ese momento, todo es provisorio y modificable, claro está, a condición, de que no se cambie o modifique el núcleo fáctico imputativo.

Dicho en otros términos, en el proceso penal, el hecho va sufriendo ciertas variaciones durante su curso, por ello, el eje de la cuestión gira en torno a determinar hasta qué punto es legítimo cambiar la sustancia fáctica, sin afectar el principio de coherencia.

En virtud de ello, podemos adelantar la idea sobre la cual se desarrollará en adelante este trabajo, haciendo propio el axioma que propone Julio Maier: *“Todo aquello que en la sentencia signifique una sorpresa para quien se defiende, en el sentido de un dato con trascendencia en ella, sobre el cual el imputado y su defensor no se pudieron expedir (esto es, cuestionarlo y enfrentarlo probatoriamente), lesiona el principio estudiado”* Sic.<sup>11</sup>

### **III.- Alcance del axioma**

Ahora, como bien señala Ángela Ledesma, la violación del principio de coherencia puede darse de dos maneras. La primera podríamos llamar lisa y llana, y se observa cuando se condena sin mediar acusación de ningún tipo. La segunda se da en forma solapada o encubierta, la cual aparece cuando se excede el margen de la acusación, ya sea los hechos, el derecho y/o el monto de pena pretendido.

#### **1.- Congruencia y falta de acusación:**

Como ya se dijo anteriormente, por mandato constitucional el juez no puede actuar de oficio, es decir que, el ejercicio de la jurisdicción queda lógicamente

---

<sup>11</sup> Maier, Julio B. “Derecho Procesal Penal”. Edit. Editores del Puerto S.R.L. Bs. As. 1999. T I, pág. 568.

subordinado a la existencia de una pretensión penal<sup>12</sup> hecha valer por vía de una acción. Ahora, este axioma se enfrenta a otro de no menor valor, que el Tribunal debe controlar los actos del Ministerio Público.

De esta manera, el problema concreto se centra entonces, en determinar de qué modo habrá de resolverse esta pulsión entre estos dos principios: “no hay jurisdicción sin acusación” por un lado y “el tribunal de controlar los actos del M.P.” por otro.

Fíjese el lector, que puede darse el caso, que al momento de llegar a las conclusiones el fiscal no formule acusación y pida la absolución del imputado. Para resolver esta cuestión, resulta imprescindible indicar el camino –oscilante, por cierto- que siguió nuestra Corte Suprema para resolver la cuestión.

En un primer momento, que podríamos situar en el caso “Tarifeño Francisco”, por sentencia del 28 de diciembre de 1989<sup>13</sup>, el Máximo Tribunal fijó el criterio, que no mediando acusación el Tribunal no puede dictar condena, luego este criterio fue ratificado en “García, José A.” por sentencia del 22 de Diciembre de 1994<sup>14</sup>, Cattonar<sup>15</sup>, “Montero”<sup>16</sup> y “Cáseres”<sup>17</sup>.

Pero podía darse una variante, cuando llegado el punto culmine del debate, el Ministerio Público no acuse, pero exista un querellante que concluya inculporiamente, en este punto la Corte en el caso “Santillan Francisco O.” 13/08/1998, resolvió en resguardo a los derechos de la víctima, que el querellante puede formular acusación habilitando al tribunal a dictar condena, aún sin la presencia de acusación fiscal.

---

<sup>12</sup> Entendida esta como, la afirmación que hace el titular de la acción penal ante el órgano jurisdiccional, de que se ha cometido delito y la solicitud concreta para que este dé una respuesta judicial al conflicto suscitado (esa respuesta por lo general puede ser una pena, pero bien puede ser una medida de otra naturaleza).

<sup>13</sup> Fallos 325:2019.

<sup>14</sup> Fallos 317:2043.

<sup>15</sup> Fallos 318:1234.

<sup>16</sup> Fallos 318:1788.

<sup>17</sup> Fallos 320:1891.

Luego la Corte en el caso “Marcilese”,<sup>18</sup> por sentencia de Agosto de 2002, cambia su criterio, entendiendo que la condena no quedaba subordinada a la acusación en el momento conclusivo, sino que basta con la acusación contenida en el requerimiento de elevación de la causa a juicio, la cual tenía efectos ultractivos para que el Tribunal pueda dictar condena.

Posteriormente la Corte in re: “Mostaccio Julio Gabriel S/ Homicidio Culposo” por sentencia del 17 de Febrero de 2004, vuelve a su anterior criterio, es decir que no puede dictarse condena ante el pedido de absolución del Fiscal<sup>19</sup>.

Como consecuencia de esta doctrina sentada por la Corte, el nuevo Código Procesal Penal Federal, en su art. 307,<sup>20</sup> establece la imposibilidad para tribunal de dictar condena si no media acusación del acusador público o privado.

## 2.- Congruencia y cambio del encuadre legal:

Hemos visto los casos de falta de incongruencia lisa y llana, sin embargo, en la mayoría de los casos la afectación del principio se da en forma solapada, bajo los ropajes de un “inocente” cambio de calificación, encubriendo los casos más graves de afectación del principio en estudio.

En efecto, mediante el aforismo “*iuria novit curia*” o “*curia novit iuria*”, se expresa que el “juez conoce el derecho”, lo que permitía que este pueda modificar sin límites la calificación jurídica acordada al caso, incluso este apotegma tiene una consagración legislativa expresa en el art. 401 del C.P.P.N. actualmente vigente<sup>21</sup>

En el terreno doctrinal, los autores clásicos parecen no llegar a haber advertido la problemática, así Vélez Mariconde decía: “*Está claro también que esta correlación no atañe a la definición o calificación legal del hecho imputado. Las mismas disposiciones precitadas, en su primera parte, establecen que, “en la sentencia, el tribunal podrá*

---

<sup>18</sup> Fallos 325:2005.

<sup>19</sup> Rita Mill, Juan Ramón Alegre y Gabriela Aromí. “Derecho Procesal penal Derecho Humanos”, Edit. “Universidad Nacional del Nordeste”, 2004, pág. 597: “En esta interpretación, se desconocen los efectos “ultractivos” del requerimiento de elevación de la causa a juicio, que desde la posición contraria se sustentan para justificar el dictado de una sentencia condenatoria, aun cuando el Fiscal no haya formulado acusación al final del juicio.

<sup>20</sup> Norma que se repite en el nuevo C.P.P. para la provincia de Corrientes en su art. 349.

<sup>21</sup> Norma que se reproducía en casi todos los códigos que acuñaban el sistema mixto.



*dar al hecho un definición jurídica distinta a la contenida en el auto de remisión a juicio o en el requerimiento fiscal, aunque deba aplicar penas más graves o medida de seguridad, siempre que el delito no sea de competencia de superior o especial”<sup>22</sup>*

Por su parte, Clariá Olmedo decía: *“Fijado el hecho, también tiene libertad el tribunal para obtener de él las consecuencias jurídicas que estime corresponder, si estar vinculado al ámbito de las conclusiones jurídicas del acusador y menos a las de la defensa. En lo jurídico, insistimos, no hay correlación”<sup>23</sup>*.

Ahora bien, parecería que la problemática que encierra la mutación del encuadre legal pasó inadvertida por mucho tiempo a la doctrina, siendo -como señala Ángela Ledesma- Vázquez Rossi, quién por primera vez advierte que la potestad del tribunal de acordar libremente la cuadratura jurídica, podía afectar el principio de congruencia. Esta problemática, que luego es estudiada por Maier y Binder entre otros autores.

En el ámbito de la jurisprudencia internacional, el Tribunal Europeo de derechos humanos, en el caso: “Pélissier y Sassi vs. Francia”, consideró: *“La Corte observa que los preceptos del tercer párrafo, inciso a), del artículo 6 [de la Convención Europea de Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales] apuntan a la necesidad de brindar especial atención a la debida notificación de la acusación al imputado. Las particularidades del delito juegan un rol crucial en el proceso penal, desde que el momento de la comunicación de aquéllas es cuando el sospechoso es formalmente puesto en conocimiento de la base fáctica y legal de los cargos formulados en su contra (ver Kamasinki vs Austria, sentencia de 19 de diciembre de 1989, Serie A, No. 168, pp. 36-37, párr. 79)”. **El artículo 6.3.a) de la Convención [Europea] reconoce al imputado el derecho a ser informado no sólo de la causa de la acusación, es decir, de los actos que supuestamente ha cometido y sobre los que se basa la acusación, sino también de la calificación legal dada a esos actos. Dicha información debe ser detallada, tal como correctamente sostuvo la Comisión**”.* (Las negritas me pertenecen).

---

<sup>22</sup> -Vélez Mariconde, Alfredo; “Derecho procesal Penal”, Tomo I, Edit. Marcos Lerner-Editora Córdoba, año 1.986, pág. 235 y 236.

<sup>23</sup> -Clariá Olmedo, Jorge A., “Derecho Procesal Penal”, Edit. Marcos Lerner, Córdoba.1985, pág. 252.

En nuestro continente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tampoco hizo un desarrollo muy profundo del tema, sin perjuicio de que puede señalarse algunos fallos en los que consideró violado el principio de congruencia, al modificar el encuadre legal sobre el derecho del imputado a ser informado debidamente los cargos, lo que comprende los aspectos tanto los facticos como jurídicos de la acusación (art. 8.2.h. C.A.D.H.), entre ello puede citarse: “Fermín Ramírez Vs. Guatemala”. Sentencia de 20 de junio de 2005; “Barreto Leiva Vs. Venezuela”, Sentencia del 17 de noviembre de 2009; “López Álvarez Vs. Honduras”, Sentencia de 1 de febrero de 2006 y “Palamara Iribarne Vs. Chile”, Sentencia de 22 de noviembre de 2005.

En nuestra jurisprudencia doméstica, como bien señala Pessoa<sup>24</sup>, la Corte ha tomado un camino que podría considerarse oscilante al menos en algunos puntos. Así, el máximo Tribunal, en muchos fallos ha sostenido que la regla de congruencia se refiere al hecho y no al derecho. Señero ha sido el precedente: “Antognazza, María Alexandra s/p.s.a. abandono de persona calificado -causa N° 19.143/2003”; 11/12/2007”<sup>25</sup>, donde la se ha señalado: “*El principio de congruencia alude a que cualquiera sea la calificación jurídica que en definitiva efectúen los jueces, el hecho que se juzga debe ser exactamente el mismo que el 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.*” (Disidencia de los Dres. Ricardo Luis Lorenzetti, Juan Carlos Maqueda y E. Raúl Zaffaroni).<sup>26</sup>

Otro caso emblemático fue “SIRCOVICH, Jorge O.”<sup>27</sup>, donde la Corte se expide en sentido contrario. En este caso, el acusado fue condenado por estafa procesal (art. 172 C.P.), cuando había sido acusado por el delito de desbaratamiento de derecho acordados (art. 173 inc. 11 C.P.), en esta oportunidad la Corte adhirió al dictamen del Procurador General quien en los sustancial dijo: “*Y si reducimos la sentencia penal a un silogismo, y tenemos que la premisa mayor es la norma, la menor, el hecho, y la conclusión, la decisión del juez, vemos que en esta construcción el mismo aspecto fáctico se repite en ambas proposiciones: en la mayor de modo abstracto, general, formal, pura definición, en la*

---

<sup>24</sup> Nelson R. Pessoa, en revista “El debido proceso penal”, Número 8, pág. 29.

<sup>25</sup> 330:4945.

<sup>26</sup> Se destacan entre otros fallos reciente en igual sentido: CSJN- Fallo; 310:2094; 314:333; 315:2969 consd. 6º, 318:1476, cons. 10: 319:2959; 321:469 y 327:2769.

<sup>27</sup> Fallos 329:4634

*menor, de manera concreta, la circunstancia, propia. Es decir, en ambas se encuentra la descripción del hecho, en un caso, como paradigma ideal, en el otro, como acontecer natural ya sucedido. Ahora bien, puesto que aquí se permutó la premisa mayor de una manera esencial—se tomó en cuenta una situación fáctica normativa de diferente naturaleza—se operó una modificación del razonamiento silogístico original. En otras palabras, al variarse una de las proposiciones, ya no es posible mantener la identidad del argumento, y esta variación, cuando es relevante en los términos fácticos ya explicados, implica una afectación del principio de congruencia”.*

Luego, en “Ciuffo, Javier Daniel s/ causa N° 5579”<sup>28</sup>, si bien la mayoría hace lugar al recurso por aplicación de la doctrina “Casal” (la cual fija el derecho a una revisión amplia de las condena), lo rico se encuentra en el voto de la minoría (Dres. Ricardo Luis Lorenzetti y E. Raúl Zaffaroni) que dijo: “*Si tanto en la declaración indagatoria, como en el auto de procesamiento, en la decisión que lo confirmó, en el requerimiento fiscal de elevación a juicio, en el auto de elevación y en la acusación durante el debate, se le atribuyó al imputado el delito de transporte de estupefacientes (art. 5, inc. c, de la ley 23.737), pero en la sentencia se lo condenó por contrabando agravado de estupefacientes, ello constituyó una subsunción sorpresiva sobre la cual el imputado y su defensor no pudieron expedirse en el juicio, pues no era razonable exigirles que buscaran todas las posibles calificaciones más gravosas y se defendieran de todas ellas, contra argumentando lo que aún nadie había argumentado”.* (Voto de los Dres. Ricardo Luis Lorenzetti y E. Raúl Zaffaroni).

#### **IV.- Alcance del principio “*iuria novit curia*”.**

El principio (“*iuria novit curia*”), según el cual, el juez conoce el derecho, y por ello es su potestad la calificación jurídica, no pudiendo tener las manos atadas a los encuadres legales que proponen las partes, ha sido sostenido sin discusión desde tiempo inmemorial. De modo tal, que ello implicaría que el magistrado no se halla vinculado por la calificación jurídica pretendida por el órgano acusador, ya que la jurisdicción solo sería limitada *in facto* pero no *in juris*, pudiendo entonces alterar oficiosa y libremente los encuadres normativos del caso.

Ahora, esta visión dicotómica del objeto procesal desdoblándolo en una faz jurídica y otra fáctica, en la realidad no se observa con tanta nitidez, sino más bien, el hecho y el derecho se hallan íntimamente amalgamados, de manera que, la

---

<sup>28</sup> Fallos 330:5020

modificación en la calificación jurídica por sutil que sea, implica siempre una mutación del sustrato fáctico y viceversa<sup>29</sup>.

Es entonces, que el cambio de encuadre legal no siempre es solo “jurídico”, sino que por lo general conlleva una modificación fáctica, toda vez que las calificaciones no se hacen en el vacío sino sobre hechos.

Así entonces, las premisas deben invertirse, girando la cuestión en torno a determinar en qué casos excepcionales el tribunal, puede cambiar la calificación jurídica prevista en la imputación. Por consiguiente, la regla sería, que el cambio de calificación jurídica en principio violenta la garantía de la defensa en juicio, toda vez que, la mutación cuando es brusca y sorpresiva, impide al sujeto pasivo del proceso defenderse debidamente.

Además, la variación del encuadre legal, puede llegar a conculcar no solo el principio de contradicción, sino la garantía de imparcialidad del juez, por cuanto se introduce de oficio una cuestión no contenida en la acusación (*ne eat iudex ultra petita partium*).

Sin embargo, impedir cualquier tipo de mutación, por mínima que sea, también puede implicar un excesivo rigorismo formal que, incluso podría afectar el postulado constitucional de afianzar la justicia. Por ello, para tratar de conciliar ambos intereses, nuestra Corte Suprema exige en reiterados fallos,<sup>30</sup> como condición para casar una condena, no solo la indicación puntual del elemento sorpresivo, sino también las defensas concretas que se hubiera opuesto de no mediar tal sorpresa, como también los medios de pruebas omitidos.

### **1.- Hasta qué punto puede mudarse el objeto procesal:**

El objeto del proceso está constituido por una hipótesis delictiva, esto es, la afirmación de que se ha realizado una conducta (activa u omisiva), típica

---

<sup>29</sup> En este sentido la Corte Suprema tiene dicho con cita de Calamndrei: “...la estricta exigencia de rigurosa distinción entre cuestiones de hecho y de derecho a los fines del recurso de casación ignora, por un lado, la extrema dificultad que, como regla, ofrece esa distinción, en particular cuando la cuando la objeción se centra en el juicio de subsunción, esto es, en la determinación de la relación específica trazada entre la norma y el caso particular”. “Casal, Matías Eugenio s/ recurso de hecho” (Fallos 328:3399).

<sup>30</sup> 247:202; 276:364; 302: 482, citados por Ángela Ledesma, ob. cit.

antijurídica y culpable, pero como ya dijimos, ese objeto no permanece pétreo durante todo el proceso, sino que la hipótesis original que se va construyendo a lo largo de su curso, y se concreta definitivamente al momento en que en la sentencia se confirma o desvirtúa la hipótesis.

Como es bien sabido, el proceso oral se divide en dos grandes etapas, la instrucción en los procesos mixtos, o la investigación penal preparatoria en los procesos acusatorios, y la etapa del plenario. En cada momento existen distintas reglas de juego que se traducen lógicamente en soluciones diferentes.

En efecto, en la instrucción o en la investigación preparatoria, todos los actos son provisorios, de modo que, puede admitirse que a media que el hecho primigenio se va, por así decirlo “coloreando”, también puede ir mutando el encuadre legal del mismo, no pudiendo considerarse lesionado el derecho de defensa con los cambios de cuadratura que vaya experimentando, en tanto y en cuanto el cambio no sea drástico ni dramático y se advierta tempestivamente al sindicado. Pero, cuando se formula el requerimiento de elevación a juicio, la calificación jurídica ya cobra cierta “estabilidad”, no pudiendo aceptarse mutaciones sustanciales.

Así pues, el proceso se abre con la introducción de una pretensión penal, en la cual en forma rudimentaria y precaria aparece un posible delito. Por delito, no aludimos a un figura abstracta o hipotética contenida en el código penal (puesto que suele utilizarse la alocución “delito” como sinónimo de tipo), sino como un una conducta, típica anti jurídica y culpable, como dice Veléz Mariconde, “*Se trata, realmente, de una noción “naturalística”, de una entidad que esté en el supuesto mundo de la naturaleza y que abraza todas las modalidades de la conducta atribuida (incluso las relaciones espaciales y temporales); de todo lo que puede darse base a la decisión jurisdiccional; de una noción procesal y no de derecho sustantivo*”.<sup>31</sup>, como también refiere Carlos S. Caramuti, se dice que el hurto es un delito, pero hablando con propiedad, solo constituyen delitos en sentido propio, las concretas conducta que encuadran en esas descripciones hipotéticas.<sup>32</sup>

---

<sup>31</sup> Ob. Cit. Pág. 234.

<sup>32</sup> “Concurso de delitos”. Edit. Hammurabi, Bs. As., 2010, pág. 28

Entonces, como el delito es una conducta, esto es, un fragmento perfectamente circunscripto de la historia hipotéticamente acaecido, éste pasará a constituir la plataforma sobre la que habrá de sustentarse todo el proceso, por lo que el núcleo de esa hipótesis fáctica, en sus circunstancias esenciales de lugar, tiempo y modo ya no puede modificarse, sino que debe permanecer invariable durante todo el proceso, claro, sin perjuicio, de que pueden alterarse circunstancias que giran periféricamente en traslación a ese núcleo, pues, como enseña Ángela Ledesma “...la correlación entre acusación y sentencia no es utilizada como sinónimo de identidad o adecuación perfecta en todas su extensión, no se extiende más allá de los elementos fácticos esenciales...” Sic.<sup>33</sup>

Lo graficamos con un ejemplo muy simple: el dueño de un supermercado, denunció que el día 12 de mayo de 2014, Pedro ingresó a su negocio y se dirigió a una góndola, tomó una botella de vino marca XX, luego la escondió entre sus ropas y salió por la puerta sin pagar.

En esa hipótesis, queda centrado el núcleo fáctico imputativo, de modo tal, que, si luego ya sea en la instrucción o el debate, se advierte que al salir del supermercado Pedro abordó a una señora y le sustrajo su cartera, ese segundo hecho ya no puede ser introducido al proceso.

Diferente es el caso, si durante el procedimiento se advierte que la botella de vino en lugar de estar en una góndola estaba en un escaparate, si la marca de la bebida en lugar de ser XX era YY o si en lugar de salir caminando del lugar Pedro huyó en moto, etc. Todas esas circunstancias a las que podríamos denominar “satelitales” del núcleo fáctico, pueden modificarse sin que afecte el principio en danza.

Desde el ejemplo que venimos trabajando, puede diferenciarse lo que se denomina hecho nuevo del hecho diverso, el primero es aquél resulta completamente diferente a la hipótesis original, que no tiene ningún tipo de punto de contacto con éste, se trata de dos delitos distintos (aunque exista cercanía temporal o similitud en la modalidad delictiva), en cambio el segundo se trata, como bien el Prof. Mendíaz, “... de circunstancias fáctica comunes con el relatado en la acusación originaria, pero que resulta alterado sustancialmente por agregación supresión (a veces

---

<sup>33</sup> Ob. Cit.

*por insuficiencia de la prueba), o sustitución de algunos accidentes de lugar, modo o tiempo del acaecer histórico de su comisión, no previsto expresamente en aquella, y que no constituyen simples circunstancia previstas como agravante por la ley...” Sic.<sup>34</sup>*

Pero, puede también ocurrir, que durante el proceso advirtamos que Pedro no actuó solo, sino que afuera del supermercado lo esperaba Raúl a bordo de su motocicleta, para ayudarlo en la huida. En este caso la regla funciona diferente, según se trate la instrucción (o en la instrucción penal preparatoria en los sistemas acusatorios) o del debate.

Entonces, si estamos en la primera etapa del proceso, no habría ningún inconveniente en dilatar la hipótesis fáctica en su aspecto subjetivo, puesto que, como dice Vélez Mariconde, la Jurisdicción es limitada “*in facto*” pero no “*in persona*”, de modo tal, que Raúl puede ser traído a proceso, claro está, a condición de que se le dé oportuna intervención a su defensa.

Pero, en la etapa del plenario ocurre lo contrario. Allí, el objeto procesal ya no puede ampliarse en su aspecto subjetivo, toda vez que la acusación a otros sujetos no mencionados en el requerimiento de elevación a juicio, lesionaría gravemente su derecho de defensa. Ello así, por cuanto, como bien dice Maier, la acusación orienta la actividad defensiva desde el principio del proceso, de manera que, la garantía del contradictorio se ve resentida, cuando la incorporación del imputado se hace en un estado muy avanzado del proceso.

Puede también ocurrir otra constelación de casos, en los que, con el devenir del proceso, se agreguen o cambien datos fácticos a la hipótesis original, que hagan variar el encuadre jurídico, como ser agravarse o atenuarse la calificación, modificarse las reglas concursales, de autoría y participación, etc.

En este sentido, señala el maestro Vélez Mariconde: “*Una cosa es afirmar la existencia de una hecho, de una conducta humana, de un acontecimiento histórico determinado que se presupone que tuvo realidad, y otra distinta es evaluarlo, calificarlo, ponerlo en relación lógica con la ley pena*”,<sup>35</sup> de modo tal, que como regla podría afirmarse que es posible

---

<sup>34</sup> Ob. cit. pág. 179.

<sup>35</sup> Ob. Cit. Pág. 236.

modificar el encuadre jurídico, en tanto y en cuanto mantenga el núcleo fáctico de la imputación.

Sin embargo, a poco ser verá -como bien señala Ángela Ledesma-, que en la mayoría de los casos no resulta nada fácil separar las cuestiones fácticas de las jurídicas, aunque hay que tener en cuenta que no debe confundir el “cambio de calificación”, donde se modifican datos fácticos, con la “correcta calificación”, cuando el juez solo repara errores de subsunción en que incurrió el acusador.

**2.- De lo dicho nos surge el siguiente interrogante: ¿Hasta qué punto se puede modificar la calificación jurídica sin afectar el principio de congruencia?**

Para resolver esta cuestión sin caer en la casuística, debemos establecer de antemano pautas generales, para resolver el variado e infinito universo de casos que pueden presentarse.

- Primera regla: en principio, todo cambio en la calificación jurídica, afecta el principio de congruencia, por cuanto encierra una modificación del objeto procesal.

No obstante, la mutación del encuadre jurídico puede admitirse cuanto se trate de figuras homogéneas o fungibles. Esto se da cuando todos y cada uno de los elementos objetivos y subjetivos de la figura contenida en la acusación, están presentes en la aplicada por el tribunal.

- Segunda regla: no basta con que la mutación de encuadre jurídico se practique sobre figuras homogéneas, sino que además, es necesario que este nuevo encuadre haya sido objeto de debate.

- Tercera regla: debido a que el postulado de congruencia, no obedece a un puro apego o respecto a la simetría sin contenido relevante, sino que tiende a asegurar la garantía de la defensa en juicio, puede admitirse la modificarse de la calificación jurídica cuando beneficie al imputado.

- Por último como cuarta regla (correctiva a su vez de la primera) podemos decir, puede admitirse la ampliación de la acusación en ciertos casos legislados, siempre y cuando la afectación al principio de coherencia sea mínimo, en función



de la ventaja para otros intereses valiosos que se preservan (por ejemplo la política procesal o incluso de intereses de propio imputado, quién se vería perjudicado, si ante la más mínima mutación de la imputación, debe retrotraerse el proceso hacia los estadios iniciales del procedimiento), y que tal ampliación sea oportunamente advertida<sup>36</sup>.

Sentados estos principios, en adelante trataremos de demostrar cómo estas reglas juegan en la constelación de caso que pueden presentarse, claro está, sin pretender con ello abarcar el infinito universo situacional que puede darse, sino más bien, como un banco de pruebas a los que sometemos nuestra teoría.

## **V.- Algunos casos para analizar:**

### **1.- Modificación de un delito base a uno calificado (agravado o atenuado):**

Se llama delito<sup>37</sup> “base” o “simple”, a aquel que contiene todos los elementos objetivos y subjetivos de la figura, sin aditamentos que lo agraven o atenúen. Cuando se agregan o se quitan elementos (ya sea objetivos o subjetivos), a dicha figura se denomina calificada, la cual puede ser, calificada agravada cuando se le agregan elementos (*extra plus*) y será atenuada o privilegiada cuando se le quitan elementos (*minus plus*).

a.- Esta clasificación de los tipos calificados ya parece indicar una solución diferente para cada caso, puesto que, si un hecho viene con un determinado encuadre jurídico, al quitar componentes a la figura, por ejemplo, tenemos una acusación de “homicidio calificado por uso insidioso de veneno” y luego no se prueba el uso de la sustancia, no va a existir ningún inconveniente, para recalificar el delito como homicidio simple, y con ello en nada se afecta el principio congruencia.

Ello así, por cuanto este principio tiende a evitar la indefensión que causa la condena dictada *extra petita*. Ahora como la requisitoria contiene todos y cada uno de los elementos del delito condenado (incluso menos), tal indefensión no existe,

---

<sup>36</sup> Así el actual art. 381 del C.P.P.N. y 295 C.P.P.F. (Ley 27.063)

<sup>37</sup> Aquí a no hacemos referencia no a una conducta típica, antijurídica y culpable concreta sino a una figura abstracta e hipotética, a un modelo contenido en la ley.

puesto que podría considerarse, que el imputado se defendió incluso más allá del hecho por el cual luego resulta condenado.

Tampoco afecta la imparcialidad del juzgador, por cuanto este no dilata, sino por el contrario, restringe su jurisdicción recortando la hipótesis acusatoria.

La misma situación que en la figuras agravadas, se da en los llamado tipos “alterados”, como el caso de un robo y hurto, calumnias e injurias, etc., donde no existiría reparo axiológico en mutar una calificación más grave por otra menos grave, como ser, si se acusa por robo y se condena por hurto, pues en estos casos la cuestión se centra, en que la calificación menos gravosa contenga todos los componentes de la figura requerida.

Remarcamos, que la figura más leve debe compartir las componentes de la más grave o alterada (claro con un *minus*), porque de lo contrario, aun cuando se mude por una figura que amenace con menos pena, podemos estar en presencia de un hecho diverso.

Así por ejemplo si se acusa por violación, pero no se prueba la violencia, no puede luego sin más, condenarse al sujeto por abuso sexual con aprovechamiento de la inmadurez sexual de la víctima (art. 120 C.P.), puesto que si bien esta figura sería más leve por estar amenazada con menos pena, no se trata de un violación privilegiada, toda vez, que ésta última tiene otros componentes objetivos (como por ejemplo la mayoría de edad del autor) y subjetivos (como el “aprovechamiento” de la inmadurez sexual de la víctima), que no están presentes en la figura del art. 119, tercer párrafo del C.P.

b.- Ahora, cuando la mutación jurídica pasa de una figura base a una calificada agravada (o de una agravada a una reagravada), la solución es totalmente opuesta a la anterior<sup>38</sup>.

---

<sup>38</sup> En este sentido la Corte Suprema en el caso “Delgado, Orlando Antonio s/ abuso sexual agravado, etc.” -causa n° 28.192/07, se trataba de un caso de Abuso sexual en el que al momento de los alegatos y luego al momento de interponer recurso de casación el ministerio público descartó la penetración, luego el Superior Tribunal de la Provincia de Corrientes casó la sentencia y condenó a los imputados como autor y partícipe secundario, respectivamente, de abuso sexual de una niña menor de trece años agravado por haber concurrido acceso carnal. Allí la Corte consideró afectado el principio de congruencia toda vez que la calificación más

Como hemos dicho, la figura agravada no es más ni menos que figura básica más un plus, por ello, ese excedente siempre conforma una circunstancia fáctica (objetiva y/o subjetiva), que, al no haber estado presente en la acusación original, luego no puede fundar una condena por un delito más grave.

Puede ocurrir que el cambio de calificación introduzca elementos objetivos, por ejemplo, pasar de un homicidio simple a un parricidio, de una lesión leve a grave o gravísima, de un hurto a un robo, de un abuso sexual simple a uno gravemente ultrajante, en todos estos casos se lesiona el principio de coherencia, puesto que, ese plus no contenido originariamente en la acusación generará lógicamente indefensión.

Por otra parte, puede ocurrir que el agravante incorpore un elemento subjetivo, por ejemplo en caso de una acusación por homicidio simple, el tribunal no puede condenar por homicidio alevoso, puesto que éste plus, consistente en un elemento subjetivo distinto del dolo (de tendencia interna peculiar o de ánimo)<sup>39</sup>, que es un extra, un excedente fáctico, del cual la defensa no tuvo oportunidad de controvertir oportunamente.

Incluso los denominados móviles bajos, que son tenidos en cuenta por el legislador para agravar la figura, implican un plus subjetivo, por ejemplo en el homicidio por placer, codicia art. 80 inc. 4º), o el que mata por no haber cometido haber logrado el fin propuesto al intentar otro delito (80 inc. 7) .<sup>40</sup>

Cuestión aparte es, si dichos elementos subjetivos deben ser probados como si se tratase de elementos del mundo físico, o si deben ser imputados mediante

---

gravosa acordada al hecho resultó sorpresiva para la defensa, al incorporar a la base fáctica del reproche, una circunstancia que la asistencia técnica de los imputados había dejado de tener en consideración a partir de la acusación fiscal en el debate.

<sup>39</sup> Ver Sancinetti, Marcelo A. “Teoría del delito y disvalor de acción”, Edit. Hammurabi, Bs.As. 2005, pág. y sgtes. Segunda parte, Capítulo Primero, punto III, Stratenwerth, Günter, “Derecho Penal parte general”, Edit. Hammurabi, 4ta. Edic. Bs.As. 2005, pág. 201 y sig., Zaffaroni, Tratado de Derecho Penal, Parte General, T III, Edit. Cárdenas Editor y Distribuidor, México 1997, pág. 372 y sig., etc.

<sup>40</sup> Compartiendo el criterio de Marcelo Sancinetti (Teoría del delito y disvalor de acción, Edit. Hammurabi, Bs.As. 2005, pág. 337), creemos que son componente del tipo y no de la culpabilidad. En contra criterio con Zaffaroni (“Tratado...”, pág. 380).

pautas normativas. Lo importante aquí, es que desde el punto de vista de la congruencia procesal, debe ser tomado como un componente fáctico, que al no estar contenido en la acusación original, no puede ser objeto de condena, so pena de afectar el principio de correspondencia.

Pero, no puede soslayarse que esas reglas no juegan igual en todas las etapas del proceso. En la instrucción formal en los procesos mixtos, o en la investigación penal preparatoria en los procesos acusatorios, como ya se explicara, el hecho se presenta de manera imprecisa, con pocos datos, y se va completando de esta etapa, a medida que se van incorporando las pruebas.

Ello hace posible flexibilizar las reglas en cuanto a la dilatación de la acusación, puesto en ese estadio todo es provisorio y en el camino hacia la concreción del hecho, este puede ir mutando en sus circunstancias periféricas. De tal manera, que las reglas sobre el cambio de calificación son mucho más flexibles, toda vez que el imputado tiene aún todo el proceso por delante para defenderse, aunque claro está, para respetar su derecho de defensa, cada cambio de calificación debe ir precedido de una complementaria intimación.

Volviendo al ejemplo de antes, en que el dueño del supermercado, denunció que el día 12 de mayo de 2014, Pedro ingresó a su negocio y se dirigió a una góndola y tomó una botella de vino marca XX, luego la escondió entre sus ropas y salió por la puerta sin pagar. Si del curso de la etapa investigativa, se advierte que en realidad esa botella no estaba en la góndola sino en un escaparate bajo llave, cuyo dispositivo de seguridad debió ser violentado por Pedro para tomar el producto, ese elemento agravatorio (la fuerza en las cosas) puede ser ingresado al proceso durante la investigación dilatando la pretensión original.

Ahora, siguiendo el mismo ejemplo, si Pedro al salir del supermercado sustrae una cartera a una señora que pasaba por el lugar, lógicamente ese ya es un segundo hecho, el cual no puede ser ingresado al proceso, sino que debe formularse nueva requisitoria, toda vez, que no se trata de “dilatarse”, el mismo hecho del hurto del vino, sino de una segunda hipótesis fáctica, sobre el cual no medió acusación.

Respecto a las ampliaciones durante el juicio, la regla se hace más rígida, puesto que el requerimiento de elevación (y la querrela si existiere), fija

definitivamente la hipótesis imputativa, lo que hace que cualquier variación, por mínima que sea, pueda violentar el principio en estudio. Sin perjuicio de ello, más adelante analizaremos los casos en que excepcionalmente la ley admite la ampliación de la acusación.

En definitiva, como el agravante es figura base más un componente adicional, ese excedente siempre conforma una circunstancia fáctica (objetiva o subjetiva), que al no haber estado en la acusación original, luego no puede fundar una condena por un delito más grave.

## **2.- El cambio de figuras que admiten grados en la afectación del bien jurídico:**

a.- En los casos en que la lesión del bien jurídico admite grados, es posible la mutación de figuras cuando abarquen una menor afectación al objeto de la acción. Por ejemplo pasar de una lesión gravísima a grave o leve.

Lo explicamos con un ejemplo muy simple: Juan es requerido por el siguiente hecho: El día 30 de Julio de 2014, conducía su coche por una arteria principal de la ciudad, cuando se distrae por un momento y arrolla a un peatón, éste es trasladado en ambulancia a un nosocomio cercano, se califica *prima facie* el hecho como lesiones graves, en razón de que pierde una de sus piernas. Sustanciado el juicio, surge de la prueba incorporada al debate, que la causa de la pérdida de la extremidad no fue producto de la colisión (la cual solo produjo lesiones leves), sino una mala praxis médica que desencadenó una sepsis, motivo de la cual, derivó la amputación.

Esta misma solución puede darse incluso cuando la modificación de la figura recaiga sobre un bien jurídico de menor valor. Dicho con una variante del ejemplo anterior, si el peatón hubiese muerto y al conductor se le imputa Homicidio imprudente, pero luego de las pruebas surge que la muerte derivó como producto de una sepsis, entonces no existe ningún problema por cambiar la calificación de homicidio a lesiones culposas, por cuanto todos los componentes contenidos en el primer tipo, lo están en el segundo.

Ahora, en el caso inverso, esto es, de pasar de una lesión leve a grave o gravísima u homicidio, si afectaría la regla de coherencia, toda vez que ese resultado

más gravoso, importa un plus objetivo o subjetivo que no conformó el objeto procesal y del cual el imputado no pudo defenderse.

En esta materia la Corte *in re* “Espinoza, Mario Alberto s/ p.s.a. de lesiones graves” (CSJN – E. 251. XLIV. – 05/10/20105/10/2010), en el cual el imputado estaba acusado de lesiones graves y fue condenado por tentativa de homicidio, el Címero Tribunal sostuvo, que tras un simple cambio de calificación jurídica, se encontraba un verdadero cambio de hecho. Esta doctrina luego es mantenida en “Miere” (Fallos: 335:962) entre otros<sup>41</sup>.

b.- Ahora una circunstancia totalmente distinta se da en este caso: Santiago dispara un arma de fuego contra Roberto sin herirlo, y es requerido a juicio por el delito de abuso de armas, en su modalidad disparo con arma de fuego (art. 104 primer párrafo C.P.). Del curso del debate, se advierte que Santiago tenía en realidad dolo homicida.

En este caso el tribunal no podrá condenar por tentativa de homicidio, atento a que las figuras no son intercambiables, toda vez que, si bien objetivamente contiene los mismos elementos, se diferencian completamente en el tipo subjetivo.

En efecto, sin entrar a analizar en profundidad la figura de “disparo de arma de fuego”, por cuando escapa el objetivo trazado en este trabajo, el tipo de abuso de armas contiene una particularidad en su tipo subjetivo, que Zaffaroni llama “dolo de ímpetu”<sup>42</sup> y que Sancinetti siguiendo a Strunsee, lo explica a través de lo que él llama “dolo de síndrome de riesgo”.<sup>43</sup> Pero lógicamente (cualquiera sea la postura que se adopte), se distancian del dolo homicida, por lo cual no se puede pasar de una figura a la otras sin violentar el principio en estudio.

Tampoco puede admitirse la modificación del encuadre en el caso inverso, es decir, pasar de un homicidio simple tentado a un abuso de armas, puesto que, si bien parecería a primera vista, que se otorgaría una ventaja para el imputado

---

<sup>41</sup> Citados por Pessoa “El Debido Proceso Penal”, pág. 34.

<sup>42</sup> Zaffaroni “Tratado de Derecho Penal”, Edit. Cardenas Editos y Distribuidor. México, 1997. T. III, pág. 356 y sgtes.; “Manual de Derecho Penal”, Edit. Ediar, Bs. As. 2005, pág. 406 y 407, en contra Donna, Edgardo Alberto, “Derecho Penal Partes Especial”, Edit. Rubinzal Culzoni 3ra. Edit., Santa Fe 2007, T I. pág. 370 y stes.

<sup>43</sup> Teoría del Delito y disvalor de acción, ob. cit. pág. 222 y sgtes.

(entendida desde la mirada simplista de la disminución de pena), lo cierto es que se le impide defenderse de ese particular aspecto subjetivo que presenta la figura, causando así, su indefensión.

### **3.- Cambios de un agravante por otro:**

Otro caso de mutación de figuras puede darse, cuando se mantiene la misma calificación básica, pero se modifiquen las circunstancias agravatorias. Lo explicamos a través de este ejemplo:

Juan es requerido por el siguiente hecho: El día 22 de julio de 2014, ingresó al domicilio de María con el uso de llave falsa y se apoderó de joyas de un alhajero y luego escapó, este hecho fue encuadrado por el fiscal como hurto calificado en los términos del art. 167 inc. 3. Al momento de declarar María en el debate, menciona que la puerta había quedado abierta, y que el ladrón había ingresado escalando el muro perimetral (lo que se había advertido al compulsar las cámaras de seguridad), por lo tanto encuadraría el comportamiento en el delito de hurto calificado en los términos del art. 167 inc. 4.

En este caso, no se podría cambiarse un agravante por otro, con el argumento simplista de que ambos injustos amenazan con la misma pena, puesto que “el escalamiento”, al tratarse de un plus fáctico no contenido en la acusación original, dilata la hipótesis fáctica (luego veremos que ocurre con la posibilidad de ampliar la acusación por parte del fiscal).

### **4.- Paso entre figuras dolosas e imprudentes:**

a.- En cuanto a la distinción entre dolo e imprudencia, seguimos la tesis de que entre ambos no hay una diferencia de “*aliud*” sino de “*minus*”, puntualmente en el dolo existe representación de un riesgo concreto para el bien jurídico o para el objeto de la acción (según se trate de delito de peligro abstracto o de resultado) mientras que en el delito imprudente existe la representación de un peligro medido o abstracto, a lo que Strunsee llama “síndrome de riesgo”.<sup>44</sup>

---

<sup>44</sup> Puede ampliarse en: Strunsee Eberhard, “El tipo subjetivo del delito imprudente”, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=46308>, pág. Pág. 434, Zielinski, Diethart, “Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito”, Edit. Hammurabi Bs. AS.

Desde esta perspectiva, no habría inconveniente de que, para el caso de no poder atribuir a un sujeto su obrar como doloso, por ejemplo, por existir un error de tipo, la figura puede atribuirse a este a título imprudente (siempre y cuando, obviamente este tipificada la modalidad culposa).

Lo explicamos con un ejemplo: Pedro es requerido a juicio por homicidio doloso, del curso del debate se prueba que éste no se había representado uno de los elementos del tipo objetivo, por ejemplo, el caso de error *in objeto* (cree que dispara sobre un animal, y en realidad era su compañero de caza), lo que podría resolverse descartando el delito doloso, y habilitando la posibilidad de condenar por el delito imprudente si se trata de un error vencible.

b.- Analicemos ahora el caso inverso, es decir, la transición de una figura dolosa a una culposa. Aquí la situación es totalmente diferente, puesto que lo que distingue a ambas figuras que las hace “secantes”, finca justamente en la relación *plus minus* que existe entre ellas.

Dicho con otras palabras, en el delito doloso la representación del autor se dirige a la creación de un riesgo concreto sobre el objeto del bien jurídico, mientras que en el tipo imprudente se dirige la representación a la circunstancias que conformas el síndrome de riesgo.<sup>45</sup>

De esta manera, si un sujeto es acusado, por ejemplo, de un homicidio en ocasión de la conducción imprudente de automotor, la sentencia no podrá condenarlo por homicidio con dolo eventual, puesto que el mayor riesgo prohibido que debe representarse el sujeto en el delito doloso, implica una circunstancia fáctica no contenida en la acusación, que de incorporarse en la sentencia, causaría indefensión, conculcándose de esta forma el principio de congruencia.

---

1990, pág. 180 y sgtes. Sancinetti, Marcelo A. “Teoría del delito y disvalor de acción”, Edit. Hammurabi, Bs.As. 2005, pág. 270 y sgtes.

<sup>45</sup> O dicho desde la perspectiva de la teoría tradicional, el tipo doloso cobra importancia capital determinar si el sujeto se representó los elementos objetivos, si tuvo voluntad realizadora del tipo, mientras que en el delito culposo el aspecto subjetivo se reduce básicamente a la “previsibilidad”, no teniendo mayor caso preguntarse si sujeto tenía o no voluntad realizadora del tipo (justamente esa voluntad tendiente a conseguir el fin prohibido, es lo que debe descartarse para que no estemos en presencia de un tipo doloso).



## **5.- Acciones y Omisiones.**

En el paso de los delitos activos a omisivos ocurre algo similar a los delitos dolosos y culposos. Sin bien pueden lesionar el mismo bien jurídico y causar el mismo resultado típico, el paso de una figura a otra puede violentar el principio de correlación entre acusación y sentencia por cuanto ambas contiene elementos diferentes,<sup>46</sup> que no las hace intercambiables.

Acudimos nuevamente a un ejemplo para demostrar el punto: Juan llega a un centro de salud con una picadura de serpiente, el médico tratante le inyecta suero antiofídico en una dosis inferior a la necesaria para salvarle la vida, a raíz de ello el paciente muere.

Si en este caso el fiscal requiere a juicio por el delito de homicidio culposo como una conducta activa, puede presentarse para el juez un problema si este considera que se trata de un delito omisivo (en este caso omisión impropia), puesto que, de mudarse por el juez la calificación, la condena en este sentido causa indefensión, atento a que, aun tratándose de la misma figura típica “homicidio”, el acusado no puede defenderse de ciertos elementos que conforman la figura omisiva, que no están presentes en la activa, como por ejemplo “la situación típica, posibilidad de realizar la acción mandada, el deber de garantía violado, etc.

## **6.- Delitos tentados y consumados:**

a.- El profesor Pessoa, define la tentativa como: *“comienzo de ejecución o ejecución incompleta de un tipo doloso”*<sup>47</sup>, luego añade, con cita de Maurach, Gössel y Zipf: *“la tentativa no puede completar la parte objetiva del tipo. A esto llamamos la nota definitoria negativa del tipo objetivo del injusto tentado”*.

Dicha realización incompleta puede deberse a que: 1) el autor ejecuta parcialmente el acto productor de la finalidad, en términos formales o reales (tentativa inacabada o incompleta); 2) a que ejecuta íntegramente el acto productor

---

<sup>46</sup> El tipo activo: conducta – resultado – nexo de causalidad e imputación objetiva; el tipo omisivo: situación típica – realización de una acción diferente a la debida y posibilidad de realizar la acción mandada, si además es un delito de omisión impropia, se requiere: resultado típico – nexo de evitación y posición de garante.

<sup>47</sup> Pessoa, “Injusto Penal y Tentativa”. Hammurabi, Bs.As. 2007. Pág. 277.

de la finalidad en términos formales o reales, pero no se produce el resultado, en el caso de tipo de resultado, o el de pura activada, por razones jurídica o material, no puede lograr la afectación del bien jurídico y 3) a que habiendo ejecutado la totalidad de la acción y existiendo resultado, el mismo no se puede imputar por razones jurídica a los fines del tipo penal.<sup>48</sup>

Sin entrar a analizar la vieja polémica del profesor correntino, con la crítica de Marcelo Sancinetti respecto a lo que este llama “dogma del tipo incompleto”<sup>49</sup>, consideramos que la “consumación” no es otra cosa que la “realización total o completa del tipo objeto” y a la inversa la ausencia de tal realización total del tipo objetivo, es lo que determina la falta de consumación, dejando al injusto en “comienzo de ejecución”.<sup>50</sup>

De ello se desprende, que para resolver la cuestión respecto del cambio de calificación jurídica de un delito consumado a tentado, o a la inversa, deben aplicarse las mismas reglas generales que venimos exponiendo.

En tal sentido, si se acusó por un delito consumado no habría en principio mayor reparos para condenar por un delito tentado, pero no así a la inversa. Por cuanto, en este último caso, la condena estaría agregando datos que, al no estar presentes en la acusación, implicaría una sentencia *extra-petita*.

b.- Otra grupo de casos problemáticos pueden darse, cuando manteniendo la calificación por un delito tentado, se modifica su categoría. Por ejemplo, de una tentativa acabada a una inacabada, de una idónea a otra inidónea, de una tentativa desistida a otra no desistida, a su vez entre estas se pueden presentar múltiples combinaciones.

Creemos (siguiendo al Prof. Pessoa)<sup>51</sup> que los injustos tentados admiten grados, y que clasificándolos desde los más graves a los más leves, podrían ser ubicados en este orden: 1) Injusto de dolo eficiente, de realización total de la conducta y ejecución eficiente del dolo; 2) Injusto de dolo eficiente, de realización

---

<sup>48</sup> Pessoa, “Injusto Penal...”, pág. 291 y 292.

<sup>49</sup> Sancinetti, “Teoría del delito y disvalor de acción”. Edit. Hammurabi. Bs.As. 2005. pág. 443 y sgtes.

<sup>50</sup> Pessoa, “Injusto Penal...”, pág. 293 y sgtes.

<sup>51</sup> “Injusto Penal...”. Pág. 366, sig. y conc.

total de la conducta y ejecución deficiente del dolo; 3) Injusto de dolo eficiente de realización parcial de la conducta y ejecución eficiente del dolo; 4) Injusto de dolo eficiente, de realización parcial de la conducta y ejecución deficiente de dolo; 5) Injusto con dolo deficiente, cuya conducta se realiza en forma total y eficiente; 6) Injusto con dolo deficiente, cuya conducta se realiza en forma total y deficiente; 7) Injusto con dolo deficiente, cuya conducta se realiza en forma parcial y eficiente y 8) Injusto con dolo deficiente, cuya conducta se realiza en forma parcial y se ejecuta en forma deficiente, a la que también se debe incorporar en el grado más alto de injusto a los “*supuestos de no consumación del injusto por la existencia de una factor impeditivo que opera con posterioridad a la ejecución total de la acción*”.<sup>52</sup>

En efecto, son muchísimos los casos que pueden presentarse en la práctica cuyo análisis excede el marco de este trabajo, pero entendemos que en la búsqueda de soluciones debe siempre trazarse reglas generales para no caer en casuística.

En suma, consideramos que agrupar los tipos de tentativas de mayor a menor en lo que respecta a grados de injusto, es una herramienta que nos permite aplicar con mayor facilidad la regla de que, podrá permitirse los cambios de calificación en tanto y en cuanto se pasen de categoría más graves a menos graves, no así a la inversa.

## **7.- Concurso de delitos:**

En este punto la doctrina y la jurisprudencia, tradicionalmente admiten la posibilidad de modificar la calificación, pasando un concurso a otro sin hacer mayores reparados. Sin embargo, como veremos a continuación, el cambio de la cuadratura concursal del caso, puede llegar a violentar el principio en estudio.

Como bien señala el Prof. Pessoa, los casos en que puede modificarse sin afectar el postulado de coherencia, serían aquellos en los que una figura esta “exactamente incluida” en otra, esto es en el “concurso de tipos penales”<sup>53</sup> y de “concurso ideal”. Cuando se encuentran en juego dos a o más tipos penales, uno de ellos constituye el injusto de mayor gravedad o injusto agravado por mayor

---

<sup>52</sup> “Injusto Penal...”. pág. 328.

<sup>53</sup> Debemos aclarar, que a los que la doctrina mayoritaria llama concurso aparente, conf. Pessoa Nelson “Teoría de la unidad y pluralidad delictiva. Estudio del “múltiple encuadre típico”, edit. Rubinzal –Culzoni, Bs.As. 2018, pág. 73 y sgtes.

culpabilidad, que resulta desplazado por el de menor gravead de injusto o culpabilidad”.

Así, en un concurso de tipos en una relación de especialidad, el tipo específico, en cuanto configura un injusto menor, desplaza al que describe el injusto más grave. Por ejemplo, el homicidio simple (art. 79) y el homicidio en estado de emoción violenta (art. 81, inc. 1º, a, C.P.). Un supuesto de concurso ideal sería el caso de que el imputado es acusado por estafa en concurso ideal con libramiento de cheque sin fondos (art. 172 y 302 en unción del 42 C.P.) y el tribunal solo condena por este último.<sup>54</sup>

Pero distinto es el caso del cambio de un encuadre de un concurso ideal a uno real. Esto se debe que el concurso real implica multiplicidad de conductas, en cambio el concurso ideal implica una sola conducta que se incardina en distintos tipos. Entonces, el cambio de calificación encierra en el fondo una transmutación fáctica, que al ser abrupta y sorpresiva puede causar indefensión.

Ello así, por cuanto no es lo mismo para el imputado deba defenderse de una que de varias conductas. Además, el cambio de encuadre legal, no es meramente formal, sino que incide directamente en la pena que habrá de imponerse al sujeto, toda vez que nuestro Código Penal toma el principio de “absorción” para la cuantificación de la pena en el concurso ideal (art. 54) y el de “aspersión” para el concurso real (art. 55), por lo cual, en este último supuesto, la respuesta penal será lógicamente más enérgica que en el primero<sup>55</sup>.

Lo mismo ocurre si se pasara de una concurso de tipos penales (concurso aparente en el lenguaje tradicional) a uno material, puesto que en el primer caso no es realmente un concurso sino una regla que lo excluye, de modo tal que, si la condena modifica la cuadratura hacia una concurso real, la cual lógicamente encierra a varios hechos en una única condena, violenta el principio de coherencia.

De igual modo, si se pasa de una concurso de tipos a uno ideal, puesto que si bien en ambos casos se trata de una única conducta, en el primero los delito se

---

<sup>54</sup> Pessoa “El debido proceso...”, pág. 35 y 36.

<sup>55</sup> Como bien dice Enrique Bacigalupo, ob. cit. pág. 570: “*La cuestión del concurso tiene una incidencia directa en la determinación del marco penal aplicable (es decir, para la determinación del máximo y mínimo de la pena)*”.

excluyen entre sí (ya sea por aplicación de las reglas de especialidad, subsidiariedad o consunción), en cambio en el segundo se aplican las reglas de “aspersión”, a través de la cual al momento de fijar la pena, se tienen en cuenta todos los tipos penales que confluyen (todas las normas violadas) lo que habrá de traducirse lógicamente en un aumento del reproche, que incidirá al momento de la determinación de la pena.

No debe olvidarse, que el derecho a la defensa implica, no solo la posibilidad de resistirse a la acusación, sino también de contrarrestar toda circunstancia que pueda atenuar o disminuir su responsabilidad. Y justamente entre esas circunstancias se encuentran aquellas que permiten disminuir el monto de la pena. Ergo, un cambio abrupto y sin advertencias de una acusación por un concurso de tipos (o concurso aparente) a uno ideal o real o bien de un concurso ideal a uno real, lógicamente pueden causar indefensión.

#### **8.- Autoría y Participación.**

Con respecto a la participación criminal, la problemática gira en torno a si el juez puede mudar la categoría de la intervención imputada. Es decir si requerido que fuera el emputado como autor, coautor, cómplice o instigador, puede luego el sentenciante condenar por una figura diferente.

Para dilucidar esta cuestión, seguimos utilizando la regla general de que, puede pasarse de calificaciones más gravosas a menos gravosas, o a otra de igual gravedad, claro está, a condición de que los elementos de una figura, estén íntegramente contenidos en la otra.

Así pues puede, mudarse la calificación de autor a cómplice, de partícipe primario a secundario, de autor a co-autor ya sea plural o concomitante lo explicamos con algunos ejemplos:

- Roberto fue acusado de haber suministrado a María, que estaba cursando el quinto mes de embarazo, una droga abortiva con su consentimiento. El fiscal calificó la conducta como aborto causado por un tercero con consentimiento de la mujer en calidad de autor (art. 86 inc.1º C.P.). Del curso del debate, se prueba que en realidad Roberto solo le entregó la sustancia a María y que ésta había ingerido voluntariamente el abortivo.

En este caso no habrá inconveniente en mudar la calificación, de aborto causado con consentimiento de la mujer en calidad de autor, a cómplice primario de autoaborto, puesto que se pasa de una intervención mayor a una menor.

Pero, en el caso inverso la solución sería diferente. Véase que, si Roberto fue imputado como cómplice primario, no puede luego variar la calificación a la de coautor, por cuanto se incorporaría un dato fáctico excedente “el suministro del medicamento”, que a la vez repercute en el agravamiento de su situación procesal.

Ello así, toda vez que, si bien la figura contenida en el art. 85.2 C.P. conmina al autor con la misma pena que para el cómplice primario de autoaborto, el reproche en ambos casos no es el mismo, por cuanto en la autoría se exige el dominio del hecho, lo que puede repercutir lógicamente a la hora de mensurar de la pena.

- Otro caso de cambio abrupto de calificación se da, cuando se imputa una participación secundaria y luego al no probarse la accesoriedad al injusto principal, se condena por encubrimiento. Con un ejemplo se aclara el punto: Juan es imputado de haber ocultado el producido del robo consumado por Roberto y Luís, mediante un acuerdo entre estos tres formulado antes del atraco. Pero luego del curso del debate se prueba que Juan no habría participado del plan original, y que su intervención fue con posterioridad al hecho solo para el ocultamiento del botín. En este caso tampoco se puede mudar la calificación sin afectar el axioma de coherencia.

- Juan es acusado de ser un partícipe necesario del abuso sexual de Susana cometido por Manuel, endilgándole que el primero habría sostenido los brazos de la víctima y vigilado para que Manuel lo accediese, pero luego se prueba que Juan no sostenía los brazos de María sino solo estaba oficiando de vigía, para facilitar faena delictiva, tampoco aquí habría inconveniente en variar la calificación a partícipe secundario siempre teniendo presente la regla de que “cuando se acusa de lo más se puede condenar por lo menos”.

- Otro caso que puede darse es, el cambio de encuadre de autor mediato a instigador, por Ejemplo: Juan dice a Pedro que le alcance el celular que estaba en un pupitre de la facultad que es suyo, cuando en realidad es de María. El fiscal acusa a Juan de ser el autor mediato del hurto del celular, por cuanto se valió de

Pedro como instrumento que obró sin dolo para su sustracción. Pero luego en el debate, se prueba que Pedro sabía que el celular era de María, de manera que se podría cambiar la calificación de autoría mediata a instigación, atento a que no existe incremento punitivo en las escalas penales (no debe olvidarse, que para nuestro sistema penal, que la instigación tiene prevista la misma escala penal que el autor), y todos los elementos de una figura se encuentran en la otra.

## **VI.- Problemas que se pueden presentar aún ante el pedido de absolución:**

Puede también ocurrir una constelación de casos problemáticos, en torno a si el tribunal puede absolver al imputado por una causal distinta a la solicitada por el acusador.

En este sentido, puede darse el caso de que el acusador pida absolución por una determinada causa, por ejemplo por hallarse la conducta incurso en un tipo permisivo, y el tribunal absuelva por una causa de exculpación. Así supongamos que Luis es acusado del delito de homicidio, luego del debate el fiscal considera que se dan todos los elementos de una legítima defensa y solicita la absolución del inculcado por esta causal de justificación, sin embargo, el tribunal considera que no se acreditó el elemento “falta de provocación suficiente”, entonces absuelve por la causal de “estado de necesidad exculpante”.

La importancia práctica en estos casos no es de menor consideración, ya que según la postura mayoritaria en doctrina penal a la que adherimos (“teoría de la unidad del orden jurídico”), si se absuelve por una justificante, el autor no comete injusto. Es decir, su conducta no es contraria a derecho, y por lo tanto no puede ser pasible de consecuencias, no solo para el derecho penal, sino tampoco para el resto del ordenamiento jurídico (civil, administrativo, etc.).

En cambio, si se absuelve por una causal de inculpabilidad o una excusa absolutoria, la conducta es ilícita y puede llegar a tener importancias prácticas importantes, como, por ejemplo, la conducta puede ser considerada una “agresión ilegítima”, por lo que puede haber legítima defensa contra esta, o así también, el autor puede ser condenado a pagar daños y perjuicios, además de que puede traerle aparejadas responsabilidades administrativas, laborales, etc.

Con un ejemplo clásico utilizado en doctrina penal lo clarificamos: María se encuentra transitando el sexto mes de un embarazo, luego de hacerse un control con el médico, éste le diagnostica un mal congénito, de modo que el estado de gravidez hace corre serio riesgo su vida y le aconseja que se practique un aborto o morirá. Así las cosas, se pacta un día para realizar la operación en total desconocimiento del padre, por cuanto éste se opone terminantemente al aborto. El día y hora acordado, María se interna, y cuando empieza la intervención quirúrgica, irrumpe el padre del niño y golpea al Médico para evitar el aborto.

Si tomáramos la causal prevista en el art. 86 inc. 1, como un estado de necesidad disculpante (según lo entiende parte de la doctrina), el médico obra antijurídicamente y su conducta puede verse ante los ojos del padre como una agresión ilegítima, de modo que éste puede lesionar justificadamente al médico para evitar el aborto. Por otra parte, si el médico interrumpe el embarazo, se puede hacer pasible de una acción de daños y perjuicios por el padre.

Así entonces, el principio de correlación entre acusación y sentencia, no solo debe ser respetado en los casos de condena, sino también en los casos en que se pide absolución, puesto que, si el tribunal absuelve por una causal distinta pero más gravosa, agrega un plus jurídico, el cual siempre encierra un contenido fáctico (repetimos es imposible dividir absolutamente ambos aspectos), que de ser abrupto y sorpresivo lesionan el derecho de defensa.

Claro está, no ocurre lo mismo en los casos inversos, es decir de pasar de un pedido de absolución por un error de prohibición a un error de tipo, de una excusa absolutoria a una disculpante o una justificante, en estos supuestos como bien dice Maier,<sup>56</sup> el correcto funcionamiento de la regla en estudio, permite la introducción oficiosa de circunstancias que eliminan o aminoran la imputación beneficiando al imputado.

## **VII.- Congruencia y exceso en la pena solicitada por el acusador:**

El principio de congruencia también puede encontrarse comprometido, cuando existe un pedido de condena por el acusador, pero el tribunal aun compartiendo la calificación jurídica indicada por este, impone una pena más grave.

---

<sup>56</sup> Ob. Cit. 575.



- En este punto es central analizar el criterio de la Corte Suprema en el *leading case*: “Amodio, Héctor Luis”<sup>57</sup> (cuya raíz puede encontrarse *in re*: “Galíndez” de 1957, Fallos, 237:190). En este caso, el tribunal de juicio al momento de los alegatos, declaró nula la acusación formulada por el querellante, por cuanto solicitó la condena del imputado, pero omitió indicar la pena, por lo que solo existía la acusación del Ministerio Público, el cual había solicitado una pena de dos años de prisión. Pese a ello el Tribunal Oral, condena al Amodio a la Pena de tres años de prisión y cuatro años de inhabilitación. Esta sentencia es luego confirmada en casación, por lo que la defensa interpone contra la misma recuso extraordinario federal, el cual fue inadmitido por la Cámara de Casación y llega a la Corte Suprema por vía del recurso directo.

Por el voto de la mayoría se rechaza el recurso, con la sola invocación del art. 280 del C.P.C. y C. N. (vale aclarar que durante la fase recursiva el recurrente jamás se agravio en el plus de pena impuesto). Sin embargo, lo interesante está en el voto de la minoría, donde los Dres. Lorenzetti y Zaffaroni lo declararon procedente el recuso, y propugnaron revocar el fallo atacado, por entender afectado el derecho de defensa, al principio de contradicción, al de congruencia, y de *reformatio in pejus*. Consideraron asimismo, que este caso implicaba un avance hacia “la doctrina que esta Corte desarrolló a partir del precedente “Tarifeño” ratificado recientemente en el caso ‘Mostaccio’...” Sic. (considerando 17)<sup>58</sup>.

Con posterioridad, la Corte mantuvo su criterio en “Curio, Carmelo Alejandro s/ causa N° 7195” del 3 de junio de 2008 (C. 1817. XLIII), y “Carello

---

<sup>57</sup> Fallos, 330:2658.

<sup>58</sup> Especial atención merecen los considerandos 18), 19) y 20), los que seguidamente se transcriben: “18) *Que si el derecho de defensa opera como límite concreto de la función jurisdiccional, en el sub examine se verifica un exceso en el ejercicio de ella en la medida en que el juez sentenciante excedió la pretensión punitiva del órgano acusador e impidió con ello el pleno ejercicio de aquella garantía en lo que respecta a la individualización y proporcionalidad de la pena finalmente impuesta.* 19) *Que, en consecuencia, el fallo cuestionado no guarda una completa correspondencia con las circunstancias fácticas tenidas en cuenta por el órgano acusador para formular su requerimiento punitivo, razón por la cual la sentencia condenatoria se funda en elementos que no habrían sido incluidos en aquel acto procesal y respecto de los cuales Héctor Luis Amodio no ha tenido oportunidad de defenderse. Además, al colocarse al procesado en una situación más desfavorable que la pretendida por el propio órgano acusador lo cual implica un plus que viene a agregarse en una instancia procesal que es posterior a la oportunidad prevista para resistirlo se vulnera también la prohibición de la reformatio in pejus”.*

Salcedo, Patricio Javier s/ causa N° 6084” del 24 de junio de 2008 (C. 964. XLIII), con la diferencia de Amodio que en dichos precedentes la cuestión federal había sido introducida oportunamente, no obstante ello, la Mayoría de la Corte decidió inadmitir formalmente el recurso.

Otro precedente importante es, “Acosta, Orlando Daniel s/ causa N° 5019” del 18 de diciembre de 2007 (A. 1491. XL). Allí, el fiscal actuante ante el Tribunal Oral, solicitó una pena de cinco años de prisión, no obstante lo cual se le condenó a Acosta a la pena de seis años de prisión. Al llegar el caso a la Corte, en Oportunidad de dictaminar el Procurador General de la Nación, compartió el criterio de la defensa recurrente, en el sentido de que no podía aplicarse más pena de la requerida por el Ministerio Público. Sin perjuicio de ello, y la tempestiva introducción de la cuestión federal, se rechazó por mayoría el recurso con la sola invocación del artículo 280 C.P.C.C.N. Cabe aclarar, que los jueces Lorenzetti y Zaffaroni no suscribieron la sentencia, ni siquiera al amparo de su disidencia registrada en “Amodio”.

- Puede darse también el caso de que el Tribunal imponga una pena distinta a la solicitada por el fiscal, para ello, es bueno traer a colación la Sentencia del 11 de agosto de 2010, recaída en los autos: “Albarracín, Marcos H.”, dictada por la Sala 1ra. De la Exma. Cámara Nacional de Casación Penal.<sup>59</sup> Allí el Tribunal Oral en lo Penal Económico N° 1, en el marco de la realización de un juicio abreviado, condenó a Maco H.A. Albarracín a la pena de cuatro años de prisión, pérdida de la concesiones, regímenes y prerrogativas de que gozare, inhabilitación absoluta de ocho meses para ejercer el comercio, inhabilitación especial perpetua para desempeñarse como miembro de la fuerza de seguridad, inhabilitación absoluta por el plazo de la pena de prisión, el pago de costas y el decomiso de divisas extranjera secuestra en su poder.

Pero es el caso, que al momento de formular el acuerdo de juicio abreviado, se omitió cualquier tipo de referencia al decomiso, por lo que la defensa recurrió en casación dicho fallo, en razón de lo cual fue revocado, por cuanto la Cámara de Casación consideró, que el tribunal de grado habría excedido sus potestades

---

<sup>59</sup> Publicada en la Revista Derecho Penal y Procesal Penal”, Edit. Abeledo Perrot, N° 6 de año 2011,

jurisdiccionales al resolver sobre este punto, puesto que no formaba parte de la negociación, lo cual violentó el principio de congruencia.

En suma, en todos estos casos, claramente resultan afectado el principio de congruencia, puesta que la sentencia es dictada *ultra petita*, toda vez que, la acusación circunscribe el *thema decidendum*, no pudiendo el sentenciante excederse de esos límites, puesto que ello implica claramente una violación del principio “*ne procedat iudex ex officio*”, por lo que el *iudex* no solo se ve limitado para condenar cuando existe acusación, sino también en la medida de tal acusación.

Es así, que esta evolución del principio de congruencia, luego es recogida por el legislador en el nuevo Código de Procedimiento Federal, que en su art. 307 última parte reza. “*No podrán imponer una pena más grave que la solicitar por los acusadores...*”<sup>60</sup>, lo cual implica lógicamente un verdadero acierto, toda vez que viene a saldar una vieja deuda que tenía la jurisprudencia.

Con esta norma, ya no quedan dudas de que la acusación limita el alcance de la jurisdicción, y todo exceso importa por lógica la afectación del principio de coherencia, el cual no solo implica que no puede haber condena sin acusación, sino que tampoco puede haber una condena más allá de los estrictos límite demarcados por la acusación.

## **VIII.- Alternativas para morigerar el alcance del principio:**

1.- Al largo de la exposición hemos visto, que el cambio de calificación jurídica de oficio, afecta el principio de coherencia cuando agrave de algún modo la situación del imputado. Sin embargo, la aplicación irrestricta del principio bajo estudio, puede llegar a traer consecuencias indeseables, toda vez que el respeto de éste axioma por simple apego a la simetría, por el solo resguardo de las formas sin contenido relevante, puede llevar a consecuencias implausibles incluso para el propio imputado.

Fíjese sino el lector, lo grave que puede resultar que en la etapa del juicio oral alguna circunstancia probatoria novedosa, por mínima que sea, pueda hacer retrotraer todo el proceso, afectando no solo el correcto y sano desenvolvimiento

---

<sup>60</sup> Idéntica norma posee el nuevo Código Procesal Penal para la provincia de Corrientes en su art. 349 (Ley 6518).

de la administración de justicia, sino también perjudicando los derechos del propio imputado que tiene derecho a obtener un desenlace del proceso en tiempo razonable (Art. 7.5., C.A.D.H.).

Por ello, en ocasiones se hace no solo posible, sino incluso necesario, flexibilizar el alcance del axioma permitiendo modificar la calificación jurídica. A tal efecto, el Código Procesal Penal de la Nación contiene en su art. 381 una regla (la también se encuentra en el art. 295 en el Nuevo Código Federal (Ley 27.063), que palabras más palabras menos, se repite en todos los códigos provinciales, la cual establece la posibilidad de ampliar la acusación, cuando surjan circunstancias novedosas no contenidas en la acusación.

En la fórmula utilizada por la norma, se exige básicamente, que la circunstancia novedosa surja del curso del debate, y que haga modificar la plataforma fáctica contenida en el requerimiento de elevación a juicio. Es decir que, si no surge del curso del debate alguna circunstancia novedosa, no puede variarse la calificación en forma sorpresiva so pretexto de “readecuar la calificación jurídica”, no solo porque la ley no contempla esta posibilidad, sino por cuanto ello genera indefensión, toda vez que rompe con las reglas procesales, que deben estar perfectamente claras para los contendientes procesales.

Por ello, si durante el curso del debate se permitiese cambiar libremente la calificación, por ejemplo, pasando de un hurto a un robo o de un robo simple a uno calificado, se estaría cercenando al imputado a que en la fase crítica haya pueda oponerse al requerimiento, como también que durante la fase preliminar pueda armar una estrategia de defensa, ofrecer pruebas, etc. En suma, no debemos olvidar que la imputación (tanto es su aspecto fáctico, como jurídico) orienta la actividad defensiva durante todo el proceso.

Véase, que cuando el codificador permitió dilatar la imputación, legisló meticulosamente los presupuestos para ello, como así también previó, el remedio para evitar la indefensión del imputado (ver 2do, párrafo del art. 381 C.P.P.N.). No obstante, cuando se modifica la cuadratura legal bajo el eufemismo “readecuación de la calificación legal”, el imputado no tiene posibilidad de pedir la suspensión del debate para rearmar la defensa, tampoco se le practica la intimación

complementaria, resultando así irónico, que a mayor afectación al principio de congruencia, se le otorgue menores posibilidades de defenderse.

Por eso, entendemos que la posibilidad de ampliar la acusación en este último supuesto, no abarca los casos en que existan elementos incorporados al proceso antes del requerimiento y que no obstante la posibilidad de su valoración el actor penal, éste o bien no lo ponderó, o bien valorados no fueron considerados para agravar la calificación o configurar delito continuado.

Es decir, que si el fiscal y querellante ya tuvieron a su alcance esos elementos para formular sus requerimientos, no pueden luego en la etapa del plenario, permitirse ampliar la calificación con una nueva valoración de los mismos, puesto que su poder o facultad ya precluyó en la etapa investigativa.

2.- Ahora cuando resulte admisible el cambio de calificación por tratarse de la aplicación de figuras fungibles, de igual manera debe darse al imputado la oportunidad de debatir la nueva calificación. Así el nuevo Código Procesal Federal (Ley 27.063) en su art. 275<sup>61</sup> prevén la posibilidad de la “acusación alternativa”, lo que permite que, para el caso de fracasar su teoría del caso principal realizar una acusación subsidiaria.

En efecto el art. 275 del Código Procesal Federal (Ley 27.063, modif. Ley 27.482), regulan la posibilidad de que el representante del ministerio público, pueda indicar alternativamente las circunstancias del hecho que permitan encuadrar el comportamiento imputado en una figura distinta, para el caso de no prosperar su hipótesis acusatoria principal.

Así entonces, cuando se trata de una misma circunstancia fáctica, en la que el acusador fracasa en acreditar algún elemento del delito, permite al Juzgador condenar por figuras menos o igual de graves sobre la base de acusaciones introducidas en subsidio y disminuir el impacto que ocasiona el cambio abrupto de calificación jurídica, poniendo al imputado de sobre aviso, a fin de que pueda defenderse también subsidiariamente de todas las hipótesis acusatorias.

---

<sup>61</sup> Idéntica previsión contiene el art. 295 del Nuevo Código de Procedimiento para la provincia de Corrientes.

Así, por ejemplo, si no prospera la acusación por hurto o usurpación, se puede acusar subsidiariamente por el delito de daño o violación de domicilio. Lo importante entonces, será siempre (como bien dice Maier)<sup>62</sup>, que el acusador ponga bien en claro cuál es la tesis principal y cuáles son las accesorias, para evitar la indefensión.

En decir que, ello nos permite trazar una regla, cuando la acusación subsidiaria es tempestiva y además se trata de figuras homogéneas, no genera indefensión. Pero sin embargo, cuando las hipótesis acusatorias son múltiples, abriendo (por así decirlo, numerosos frentes de batalla), puede violentar el derecho de defensa, toda vez que quién debe defenderse de todo, en definitiva, no se puede defender de nada.

Con un ejemplo lo clarificamos el punto, suponiendo que un sujeto es acusado por robo calificado, luego el fiscal acusa subsidiariamente por robo simple, o por hurto, o por daño, o lesiones o violación de domicilio, incluso en estos casos donde puede tratarse de figura fungibles, el ministerio público pone al imputado ante tantas hipótesis acusatorias, que crean incertidumbre y zozobra, haciendo muy difícil que éste pueda defenderse (ello sin mencionar, que un acusador que esgrime múltiples hipótesis acusatorias, estaría evidenciado, que en realidad no tiene suficiente certeza para pedir una condena).

Idéntica situación se da, en los casos de disparidad de calificación jurídica entre la acusación del fiscal o y del o las partes querellantes, por lo que esto solo se puede solucionar aplicando las mismas reglas ya analizadas para las acusaciones alternativas.

## **IX.- Conclusión**

El principio de congruencia no implica una absoluta identidad entre el sustrato fáctico contenido en el acto inicial y el que existe en la sentencia, sino que el hecho es como un germen que va creciendo a lo largo del proceso.

De modo que, esa descripción fáctica que aparece muy rudimentariamente descrita en los primeros estadios del proceso, no permanece invariable, sino que en realidad va cambiando a lo largo de su evolución. Y es natural que ello ocurra,

---

<sup>62</sup> Ob.Cit. 574.

porque de no admitirse ningún tipo de variación, puede traer consecuencias indeseables, incluso para el propio imputado.

Entonces, si aceptamos que el hecho va cambiando, la problemática se desplaza a determinar hasta qué punto puede modificarse, sin lesionar la garantía del debido contradictorio. Consideramos entonces, que lo importantes es que el núcleo fáctico permanezca inmutable, todo lo demás, es decir las circunstancias que lo circundan pueden sufrir algunas modificaciones durante el desarrollo del proceso.

Por otra parte, también ha quedado desmitificado, que a través del principio *iuria novit curia*, el sentenciante puede mudar antojadamente la calificación jurídica contenida en la acusación, puesto que si bien es cierto, como bien dice Ángela Ledesma, que en definitiva, lo único importante son los hechos y no la remisión normativa, no puede perderse de vista que, por un lado, es imposible una división tajante entre el hecho y el derecho, y por otro lado, la acusación es una amalgama fáctica y jurídica que circunscribe la actividad defensiva.

Entonces, como bien señala el profesor Pessoa, si la ley penal crea figuras diferentes es porque prohíbe conductas diferentes, pues es obvio que el legislador no crea distintos tipos para sancionar el mismo comportamiento. Por lo que en definitiva, todo cambio de encuadre normativo, encierra por lo general una mutación en el sustrato fáctico de la imputación, que al ser abrupta y sorpresiva puede generar indefensión.-

## **X.- Bibliografía**

- Alvarado Veloso, Adolfo; “El Debido Proceso de la Garantía Constitucional”, Edit. Zeus S.R.L., año 2.003.
- Abalos, Raúl Washington, “Derecho Procesal Penal”, Tomo I, Edit. Ediciones Jurídicas. Mendoza Argentina, 1993.
- Almeyra Miguel A., Revista de Derecho Penal y Criminología, Año IV - Número 4 – mayo 2014.
- Bacigalupo, Enrique - Derecho Penal Parte General, 2ª edit., Hammurabi.
- Binder, Alberto M.; “Introducción al Derecho Procesal Penal”, Edit. Ad-Hoc 2da. Edición, Bs.A., año 1.999.

- Cafferata Nores, José I., “Cuestiones Actuales sobre el Proceso Penal”, Edit. Editores del Puerto, 3ra edit. Bs.As.año 2.005.
- Clariá Olmedo, Jorge A., “Derecho Procesal Penal”, Edit. Marcos Lerner, Córdoba.1985.
- Cernelutti, Francesco “Lecciones sobre el proceso penal”, Edit. Bosch y Cia, Bs.As., 1950.
- Caramuti, Carlos S. “Concurso de delitos”, Edit. Hammurabi, Bs. As., 2010, pág. 28.
- Carrió, Alejandro D. “Garantías constitucionales en el proceso penal”, 3ra. Edic., Hammubrabi, Bs.As., 1994.
- D’Albora, Francisco J., Código Procesal Penal de la Nación, Anotado. Comentado. Concordado”, Edit LeixNeis, Abeledo Perrot, 5ta edit. Bs.As. 2002.
- Donna, Edgardo Alberto Derecho penal parte especial”, T. IV, Edit. Rubinzal-Culzoni.
- Ferrajoli, Luigi; “Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal”, Edit. Trotta, año 2.005.
- Gimbernat Ordeig, Enrique, “La causalidad en la omisión impropia y la llamada “omisión por comisión”, Edit. Rubinzal –Culzoni, año 2005.
- Jakobs, Günther, “Derecho Penal Parte General, Fundamentos y teoría de la imputación, edit. Marcial Pons.
- Jakobs, Günther, “Fundamentos del Derecho Penal, edit. AD-HOC.
- Jescheck, Tratado De Derecho Penal. Parte General.
- José de Cafferata, Cristina del Valle, “El Ministerio Público Fiscal, Advertencias y propuestas alternativas”, edit. Alveroni, Córdoba, 1997.
- Ledesma, Ángela Ester, “Principio de congruencia en el proceso penal. Reglas aplicables”, Ponente General WWIV, Congreso nacional de Derecho procesal, Comisión Procesal Penal, Mar del Plata, noviembre 2007.
- Maier, Julio B.J., “Derecho Procesal Penal”, Edit. Del Puerto S.R.L., 1era edit., 2003 BS.As.
- Mendíaz, Roberto Abel, trabajo publicado en la Revista N° 1, 2008, de la Asociación Argentina de Profesores de Derecho Procesal Penal – Regional Nordeste Argentina.



- Mill, Rita; Alegre, Juan Ramón & Aromi Gabriela Alejandra, “Derecho Procesal Penal, Derechos Humanos”, Edit. Universitaria de la Universidad Nacional del Nordeste, año 2.004.
- Mir Puig, Santiago “Derecho Penal Parte General”, 5ta edit. Corregrafic. S.L. Barcelona 1998.
- Pessoa, Nelson R.: “Injusto Penal y Tentativa, Desvalor de Acción y Desvalor de Resultado. Injusto Tentado e Injusto Consumado”, Edit. Hammurabi.
- Pessoa, Nelson R. “Teoría de la unidad y pluralidad delictiva – estudio del “múltiple encuadre típico”. Edit. Rubinzal – Culzoni, Bs.As. 2018.
- Pessoa, Nelson R. artículo publicado en revista: “El debido proceso penal – Doctrina – Análisis Jurisprudencial. Fallos Fundamentales”. Edit. Hammurabi.
- Revista de Derecho Penal y Criminología, edit. La Ley, Año IV - Número 4 – mayo 2014
- Revista “Derecho Penal y Procesal Penal”, edit. Abeledo Perrot, N° 3, de marzo de 2012.
- Publicada en la Revista Derecho Penal y Procesal Penal”, Edit. Abeledo Perrot, N° 6 de año 2011,
- -Roxin, Calus, “Derecho Procesal Penal”, Editores del Puerto S.R.L., año 2000.
- Sancinetti, Marcelo A. “Teoría del Delito y Disvalor de Acción”, Edit. Hammurabi.
- Sancinetti, Marcelo A. Marcelo, “Casos de Derecho Penal, parte general”, Hammaurabi, 3ra edit. Reelaborada y ampliada.
- Stratenwerth, Günter: “Derecho Penal Parte General I”.
- Struensee Eberhard, “El tipo subjetivo del delito imprudente”, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=46308>
- Velez Mariconde, Alfredo; “Derecho procesal Penal”, Tomo I, Edit. Marcos Lerner-Editora Cordoba, año 1.986.
- Welzel, Hanz, “Derecho Penal, parte general”, Edit. Depalma, Bs.As. 1956.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl: “Tratado De Derecho Penal, Parte General”, Edit. Cardenas Editos y Distribuidor.

- Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, “Manual de Derecho Penal Parte General”, Edit. Ediar, Bs.As. año 2005.-
- Zielinski, Diethart, “Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito”, Edit. Hammurabi Bs.AS. 1990.

**Páginas web consultadas:**

- Sitio oficial del Ministerio Público de la Defensa <http://www.mpd.gov.ar>
- Sitio oficial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (www.csjn.gov.ar)
- [http://www.revistarap.com.ar/Derecho/administrativo/derecho\\_penal\\_i\\_r8/ciuffo\\_javier\\_daniel\\_s\\_causa\\_5579.html](http://www.revistarap.com.ar/Derecho/administrativo/derecho_penal_i_r8/ciuffo_javier_daniel_s_causa_5579.html)
- <http://catedradeluca.com.ar/wp-content/uploads/2015/01/sistematizacion-tematica-2005-2011-garantias-procesales-dofcsjn.pdf>