

La acusación alternativa en el nuevo Código Procesal Penal de la Nación Argentina

David A. Cestari[♦]

Resumen:

Abordar temas de derecho procesal inéditos implica necesariamente retomar las bases conceptuales del sistema de derechos y garantías fundamentales que orientan el proceso penal, y a su vez, profundizar las raíces estructurales y principios sustanciales que definen el estado de derecho.

Pretendo en este artículo abordar un tema escasamente conocido en el foro procesal, como es la acusación alternativa, debido a su rara implementación en los países de habla hispana.

Considero que esta novedosa figura legal, que será estrenada en Argentina con la entrada en vigencia del Código Procesal Penal de la Nación (ley 27.063), afianzará el carácter garantista del nuevo sistema procesal, dándole connotación ejemplar en Latinoamérica.

Palabras Clave

Proceso acusatorio – Acusación - Acusación alternativa – Código Procesal Penal de la Nación (CPPN) – Ley 27.063.

The alternative accusation in the new Criminal Procedural Code of Argentina

Abstract:

Approaching unpublished procedural law issues necessarily involves retaking the basis of the fundamental rights and guarantees system that guide the criminal process, and, dig deepen in its structural roots and its substantial principles that define the rule of law.

[♦] Abogado egresado de la Universidad de los Andes. Especialista en Derecho Procesal UCAB. Especialista en Ciencias Penales y Criminológicas UCAB. Abogado Litigante especialidad: derecho penal y sistema penal acusatorio. Investigador.

In this article, I pretend develop a subject barely known on procedural forums, as is the alternative accusation, due to its uncommon implementation in the Spanish-speaking countries.

I believe this new legal action that will be apply in Argentina with the new Criminal Procedure Code (law 27.063), will strengthen the guaranteeing character of the new procedural system, giving an exemplary connotation in Latin America.

Keywords:

Accusatory process - Accusation - Alternative accusation - Criminal Procedural Code of Argentina (CPPN) – Law 27.063.

I. Introducción:

La acción penal ha sido concebida doctrinariamente como una facultad o potestad de perseguir a los presuntos autores de hechos punibles.

Dos sistemas procesales en materia penal han jugado un rol protagónico de manera contradictoria, al ejercicio de la acción penal. El sistema inquisitivo concentra la acción penal desde su inicio –investigación- hasta su conclusión –sentencia- en un organismo jurisdiccional, mezclando las funciones de investigador, acusador, y juzgador en un juez unipersonal, razón por la cual se restringe el derecho a la defensa del investigado. Además, en el sistema inquisitivo al no existir una relación entre el debate sobre los hechos y pruebas, y la decisión final que adoptará el juez, se ve obligado el procesado a realizar una defensa amplia que abarque la diversidad de calificaciones que pudiera absorber el hecho delictivo cometido.

Otro sistema que se debate por el perfeccionamiento del proceso penal, es el acusatorio, el cual, pese a sus antiguos orígenes, ha cobrado gran aceptación mundial, siendo acogido en países como Venezuela, Costa Rica, Chile, Perú, Ecuador, Paraguay y Colombia, y que será acogido en Argentina a partir del 1º de marzo de 2017, con la entrada en vigencia de la ley 27.063 que contiene el nuevo

Código Procesal Penal de la Nación¹.

La característica que más destaca –quizá- del sistema acusatorio, es la separación radical de las funciones necesarias para la materialización del proceso, desconcentrando de un funcionario único las cualidades de investigador, acusador, defensor y juez. Empero, a nuestro modo de ver, la característica más notable e importante del sistema acusatorio, es la delimitación del objeto del juicio en una calificación y tipo penal específico, creando para el acusado seguridad sobre los hechos que deberá rebatir durante la trabazón de la litis. Esta circunstancia establece una obligación impretermitible para el acusador de delimitar con precisión el delito que podrá probar en el juicio oral, so pena de que obtenga una sentencia absolutoria por falta de correlación entre la pretensión de la acusación y los hechos probados (principio de congruencia).

El sistema acusatorio que se establecerá en el nuevo CPPN², prevé la posibilidad para el fiscal, de indicar de manera alternativa, circunstancias de hecho que puedan definir la conducta delictual en un tipo penal distinto, para aquellos casos en que su argumentación principal sea probada de manera insuficiente. Establece el Artículo 242 del nuevo Código Procesal Penal de la Nación:

“El representante del Ministerio Público Fiscal podrá indicar alternativamente aquellas circunstancias del hecho que permiten encuadrar el comportamiento del imputado en una figura distinta de la ley penal, para el caso de que no resultaren comprobados en el debate los elementos que componen su calificación jurídica principal. La misma facultad tendrá la parte querellante”.

En nuestro criterio, la acusación alternativa marcará un hito en el proceso penal Argentino, en tanto y en cuanto reforzará el carácter garantista del Código, expresado con vehemencia en su libro primero, título I, al compeler al juez a absolver al acusado, cuando el acusador no demuestre la tesis sostenida en su acusación, evitando así que el juez subsane los errores o deficiencias del

¹ Véase artículo publicado en: <http://www.rionegro.com.ar/cipolletti/ratifican-para-2017-el-nuevo-codigo-procesal-penal-NY1504069>

² Ley 27.063 Código Procesal Penal de la Nación

Ministerio Público.

Se ha pretendido en este artículo explicar el alcance e importancia de esta figura, establecido una posición propia que da categoría y especificidad al tema tratado, discutiendo criterios esgrimidos por algunos autores.

Ahora bien, para comprender la acusación alternativa, debemos comenzar por entender la acción penal y su modo de ejercicio, haciendo referencia casi totalmente al sistema que establecerá el nuevo Código Procesal Penal de la Nación, así como definiendo elementos de importancia para el entendimiento de la acusación alternativa, con reseña breve a los diversos sistemas de proposición de la acusación, y al que será acogido por Argentina.

II. Antecedentes.

La Acción. Acción Penal. Definición. Acusación e Imputación.

Antes de profundizar en el tema, se debe necesariamente definir y entender que es la acción penal, que es la acusación y la imputación, de manera que el lector pueda ubicarse –legal y espacialmente- en el punto álgido a tratar.

La Acción ha sido entendida por mucho tiempo “como una parte integrante del derecho subjetivo sustancial, o como el mismo derecho en su fase activa y agresiva³”, es decir, viene a formar parte de un derecho subjetivo que confiere la ley al particular, para ejercitar la pretensión ante un órgano jurisdiccional, en reclamo de un derecho lesionado.

Podemos entender la acción como “el poder jurídico concedido a todo ciudadano, para solicitar del juez, la composición de la litis, mediante la actuación de la pretensión que hace valer el demandante contra el demandado⁴”. Couture⁵ nos dice que “La acción es el poder jurídico de hacer valer la pretensión”. Por su parte, Cuenca⁶ define la acción como “un poder público, puesto al servicio de un

³ LIEBMAN, Enrico, *Manual de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1980, p. 111

⁴ RENGEL ROMBERG, Aristides, *Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano*, Tomo I, Caracas, Ed. Arte, 1992, p. 162

⁵ COUTURE, Eduardo, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Depalma, 1981, p. 72

⁶ CUENCA, Humberto, *Derecho Procesal Civil*, Tomo I, Caracas, Ediciones de la UCV, 1994, p. 135

interés colectivo, que provoca la actividad jurisdiccional para obtener la tutela jurídica del estado”.

Este derecho subjetivo, custodiado por la acción, es otorgado tanto a los particulares, como al propio estado cuando se trata de intereses públicos. Así comenta Cuenca⁷ “es un poder que la ley coloca a disposición de todos los ciudadanos, sin distinción alguna, garantizado expresa e implícitamente por los ordenamientos jurídicos contemporáneos, y a veces este poder es confiado a la propia iniciativa del órgano jurisdiccional en ciertos litigios de orden público”. En éste último caso estaremos en presencia de la acción pública, por cuanto el Estado asume la titularidad –a veces exclusiva- del ejercicio de esa acción.

Esta acción pública puede ejercerse para pretender derechos civiles del Estado, cuando actúa como un particular, por ejemplo ejerciendo una acción para cumplimiento de alguna obligación contraída con particulares. Así también, puede el Estado, asumir el control del ejercicio de la acción –atribuido por ley- en materia de protección del orden público, especialmente en materia penal, en dónde absorbe y asume una condición de víctima.

Observamos que el concepto de acción ha venido desarrollándose sobre el concepto de la acción civil, por tal motivo los procesalistas penales, para llegar a conceptualizar la acción penal, han analizado las condiciones hechas a la acción civil en las teorías procesales que la definen.

Definir la acción penal presenta el problema de abarcar precisamente al titular de la misma, por cuanto se puede apreciar en esta materia legislaciones donde la acción penal no está otorgada exclusivamente al Estado, sino que es compartida, siendo prevista, en casos específicos, al necesario ejercicio por parte del particular agraviado o víctima⁸.

El concepto de acción penal tiene su antecedente en el Digesto de Justiniano, en la formulación que realizó Celso “*nihil aliud est actio quam ius quod sibi debeat indicio persequendi*”⁹ que fue entendido como el derecho de

⁷ ibíd

⁸ Sistema que acoge el Nuevo Código Procesal Penal de la Nación ley 27.063

⁹ Definición clásica enunciada por Celso que traduce “La acción no es otra cosa que el derecho de perseguir en juicio lo que se nos debe”.

perseguir mediante el proceso lo que es debido.

Para Binder, en materia penal la acción debe también tomarse en cuenta desde el punto de vista público y privado. La acción privada es la “facultad de la víctima para poner en marcha la persecución penal¹⁰”. También refiere Binder que la acción penal privada no solo se concentra en la pretensión formal, sino que se materializa, incluso, a través de la sola denuncia.

La acción penal pública “es aquella ejercida de forma exclusiva, excluyente y de oficio por el ministerio público, o el juez, según de que normativa procesal se trate, para la persecución de un delito¹¹”. “El concepto de acción penal pública se convierte entonces en uno de los elementos fundamentales de soporte de la legitimación de la acción del estado en el proceso penal¹²”.

Como expresamos *supra*, dos sistemas procesales en materia penal han dado protagonismo de manera contradictoria al ejercicio de la acción penal. El sistema inquisitivo concentra la acción penal desde su inicio hasta su conclusión en un organismo jurisdiccional plenipotenciario quien se mueve a conocer por *noticia criminis*, mezclando las funciones de investigador, acusador, y juzgador, razón por la que se restringe el derecho a la defensa del procesado, quien muchas veces no conoce de que se le acusa debido a la falta de precisión en la imputación, además, por no existir una relación entre el debate sobre los hechos y pruebas, y previendo la decisión final que pudiera adoptar el juez, el investigado se verá obligando a realizar una defensa amplia que abarque la diversidad de calificaciones que pueda absorber el hecho delictivo cometido. Este sistema –por ejemplo- rigió en Venezuela bajo la vigencia del código de enjuiciamiento criminal hasta 1999.

Otro sistema que compite por la primacía del proceso penal es el acusatorio, el cual ha cobrado gran aceptación en el mundo, siendo acogido en la

¹⁰ BINDER, Alberto, *Introducción al Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1999, p. 214

¹¹ WIKIPEDIA, *Acción Penal Pública* <[hytps://es.wikipedia.org/wiki/Acci%C3%B3n_penal_p%C3%BAblica](https://es.wikipedia.org/wiki/Acci%C3%B3n_penal_p%C3%BAblica) [consulta: 21 de noviembre 2016]

¹² BINDER, Alberto, *op.cit*, p. 213

mayoría de los países de centro y suramérica.

A nuestro modo de ver –como mencionábamos anteriormente- la característica más notoria e importante del sistema acusatorio es la delimitación del objeto del debate, en una calificación y tipo penal específico, creando para el acusado seguridad sobre los hechos que deberá rebatir durante el juicio. En razón de ello, el nuevo código¹³ establece la obligación para el acusador de delimitar con precisión el delito que podrá probar en el juicio, so pena de que se obtenga una sentencia absolutoria por falta de correlación entre la pretensión de la acusación y los hechos probados. Esto obliga al Estado –a través del fiscal del Ministerio Público- a intervenir en el proceso penal solo cuando se tenga verdadera razón para hacerlo, y por tanto debe ejercerlo en todos los casos¹⁴.

Haciendo referencia al sistema acusatorio, expresa Magaly Vásquez¹⁵:

El sistema acusatorio que es el primero en surgir en el tiempo y corresponde a una concepción privada del derecho penal, presenta como notas características:

1. La acusación la propone y sostiene una persona distinta del juez.
2. El procedimiento es oral.
3. Como consecuencia de la oralidad, el procedimiento es público.
4. Igualdad de derechos y poderes entre acusador y acusado.
5. Exclusión de toda libertad del juez en la búsqueda pruebas, es decir, la proposición de las pruebas está a cargo de las partes.
6. Libertad personal del acusado hasta tanto la sentencia esté firme.

Con la eminente vigencia del Código Procesal Penal de la Nación, se operará una verdadera revolución, adoptando un sistema acusatorio y dejando a un lado el sistema ecléctico –sistema francés- en el que se combinaba la fase inquisitiva o sumario y la fase pública o juicio, también llamada plenario.

La acción penal, en la nueva legislación procesal¹⁶ se ejercerá a través de

¹³ Código Procesal Penal de la Nación Argentina, Ley 27.063

¹⁴ BINDER, Alberto, op.cit, p. 220

¹⁵ VÁSQUEZ, Magaly, *Nuevo Derecho Procesal Penal Venezolano*, Caracas, UCAB, 1999, p. 27

¹⁶ Ley 27.063

varias figuras¹⁷, pero –a efecto del tema tratado– haremos énfasis en dos de ellas: la acusación y la –mal llamada– querella¹⁸. La acusación es el ejercicio que hace el Estado de esa acción. Vendría a ser lo que los procesalistas llaman la “pretensión”, traducida al campo penal, por cuanto a través de ésta acusación se discriminan los hechos delictivos, se encuadran dentro de un tipo penal, y se solicita el enjuiciamiento del imputado o presunto culpable. Como expresa Pérez Sarmiento¹⁹:

La acusación como forma de ejercicio de la acción penal, es el presupuesto fundamental del proceso acusatorio, tal y como claramente dimana de su denominación, pues, como regla general y casi inexorable, sin acción no hay jurisdicción en este tipo de procedimiento, el cual debe su nombre al hecho de que está totalmente supeditado a los términos de la acusación, a diferencia del procedimiento inquisitivo, que depende mayormente de la actividad ilimitada de un órgano jurisdiccional que es investigador, acusador y decisor al mismo tiempo.

Decíamos anteriormente que la acción penal en el proceso acusatorio se muestra a través de las figuras de la acusación y de la querella. La acusación se materializa cuando el Estado, por conducto del Ministerio Público, ejerce dicha acción penal como titular de la misma, en los casos en que ha sido lesionado un bien jurídico tutelado públicamente. Pero, cuando el delito afecta intereses que la ley considera que dependen del ejercicio de la víctima, esta titularidad de la acción se traslada al agraviado, y se ejerce a través de la querella. Entendiéndose

¹⁷ Necesario es destacar que no solo la acusación constituye ejercicio de la acción penal. La acción penal implica también la activación del aparato de justicia para perseguir un delito y juzgar a un delincuente. Luego, la acción también será ejercida cuando se denuncie un delito, o cuando la víctima se querelle.

¹⁸ Si se observa la estructura de la querella en el CPPN, esta constituye básicamente un modo de inicio de la investigación –Véase artículo 208 CPPN–. A través de la querella, quien se considera víctima se hace parte activa en el proceso y esto ocurre en delitos de acción pública –véase artículo 85 CPPN– pues los delitos de acción privada dependerán exclusivamente del impulso de la víctima. Sin embargo, cuando el Fiscal del Ministerio Público presente su acusación, el querellante podrá –conforme establece el artículo 243 CPPN– adherirse a la acusación fiscal, o presentar una acusación propia. En este caso, ya dejaría de ser querellante, y se constituiría en acusador “privado”.

¹⁹ PEREZ SARMENTO, Ecic, *Sistema Acusatorio y Juicio Oral*, Valencia, Vadell Hermanos, 1997, p. 39

entonces la querella como la acusación hecha por los particulares en su condición de víctima. También se puede ejercer la querella en un proceso de interés público, pero supeditada a la suerte de la acusación fiscal, en cuanto a su calificación y destino.

A través de la acusación o de la querella, se realiza la imputación del delito que se le atribuye al investigado, entendiéndose la imputación como “la atribución de un hecho punible²⁰”. Cuando se hace la labor de imputación, se debe encuadrar el hecho delictivo pasible de sanción, en un tipo penal (hurto, homicidio, robo), estableciendo asimismo la calificación jurídica adecuada conforme a las circunstancias que produjeron el hecho delictivo (calificado, agravado, simple). Para Carnelutti²¹ la imputación es propiamente “la formulación de la pretensión penal”. Estableciendo un sentido estricto penal, “la imputación consiste precisamente en atribuir a la conducta de una persona un resultado delictivo determinado²²”.

III. Formulación de la Acusación. Sistemas.

Una vez finalizada la labor investigativa, debe el Fiscal determinar si ésta proporciona fundamento serio para solicitar el enjuiciamiento público del imputado, es decir, la acusación “estará indudablemente basamentada en la alta probabilidad de que con la prueba que se ofrezca en el juicio oral se produzca una sentencia condenatoria”²³, lo cual se hará, luego de descartar los supuestos de disponibilidad de la acción penal, y de algunos actos conclusivos como el sobreseimiento. Si el Fiscal considera que existen méritos suficientes para el enjuiciamiento del imputado, formulará, a través de un libelo acusatorio, la imputación de los delitos que se atribuyen al investigado, reuniendo los requisitos que exige el artículo 241 del Código Procesal Penal²⁴. “Conjuntamente con la

²⁰ PEREZ SARMIENTO, op.cit, p. 347

²¹ CARNELUTTI, Francesco, “Lecciones sobre el Proceso Penal”, en PEREZ SARMIENTO, Eric, *Comentarios al Código Orgánico Procesal Penal*, Caracas, Vadell Hermanos, 2000, p. 346

²² PÉREZ SARMIENTO, Eric, *Comentarios al Código Orgánico Procesal Penal*, Caracas, Vadell Hermanos, 2000, p. 346

²³ BERRIZBEITIA, Pedro, “La fase intermedia y el control de la acusación” en *Primeras Jornadas. Derecho Procesal Pena. El nuevo Proceso Penal*, , Caracas, UCAB, 1998, p. 207

²⁴ Ley 27.063

imputación, en la acusación el fiscal habrá de promover las pruebas que deberán evacuarse en el juicio oral²⁵”.

Con la presentación de la acusación se da paso a la fase de control de la acusación²⁶ que concluirá con el auto de apertura a juicio oral²⁷. La acusación va a delimitar el objeto del debate, “por lo tanto, una de las virtudes esenciales del sistema acusatorio del enjuiciamiento penal consiste en que la acusación fija los marcos o límites del debate²⁸”.

Una vez que esta acusación es admitida, va a determinar con precisión:

1) El sujeto contra quien obra la imputación, quien de imputado, adquiere la categoría de acusado. Esto trae como consecuencia necesaria, en aras del derecho a la defensa, que el acusado debe ser notificado de la acción que obra en su contra, y solo debe defenderse en base a los límites que esta fija.

2) La acusación fija los límites del debate. Siendo esto, desde nuestra óptica, la función más importante de la acusación, pues permite ejercitar con mayor seguridad y certeza el derecho a la defensa. Además, porque obliga al actor a determinar con mucha precisión los hechos, que de conformidad con la investigación realizada, podrá probar, y en base a las circunstancias de ocurrencia del hecho, precisar la calificación jurídica que se atribuye al delito.

3) De acuerdo a la estructura del sistema acusatorio, las pruebas ofrecidas en la acusación, que en la investigación proporcionaron el fundamento para el enjuiciamiento público del acusado, deberán ser evacuadas en la audiencia del juicio oral, garantizando los principios de control y contradicción de las pruebas, colocando al fiscal en similar situación a la de las partes en un proceso civil, al debatir en igualdad de condiciones.

A. Sistemas de ejercicio de la acción penal:

Existen formas diversas para el ejercicio de la acusación. Estas se dan en las diferentes legislaciones que contemplan el sistema acusatorio, y se determinan

²⁵ *Ibíd.*

²⁶ Artículo 246 Código Procesal Penal de la Nación

²⁷ Artículo 247 Código Procesal Penal de la Nación

²⁸ PEREZ SARMIENTO, Eric, *op.cit.*, p. 40

de acuerdo al titular o al modo de proponerla.

1. Sistemas de ejercicio de la acción penal según su titular:

Se encuentra diversificado en tres modalidades que son: Los absolutos, los acumulativos y los alternativos.

En los sistemas absolutos, el estado se reserva exclusivamente el ejercicio de la acción penal, excluyendo a la víctima de intervenir activamente en el proceso. En cuanto a éste tipo de sistema, afirma Pérez Sarmiento²⁹ “postulan que la persecución judicial de los delitos de acción pública corresponde exclusivamente al Estado a través de la Fiscalía o Ministerio Público, por lo cual, de no existir interés de ese órgano en la formulación de los cargos en un proceso, no habrá juicio penal.”

Según este tipo de sistema “la acción penal para que el juez de la causa inicie el proceso, es ejercitada solamente por el Ministerio Público, y los particulares sólo tienen la facultad de instar la promoción de la acción, por aquél³⁰”, lo cual harán a través de la denuncia, por ser “una acción pública exclusiva del Ministerio Público³¹.”

Este sistema es el utilizado en la mayoría de los países Anglosajones, especialmente en los Estados Unidos de Norteamérica. Debido a la total absorción de la acción penal por parte del Estado, se considera que estos sistemas cercenan el derecho a la víctima, y “quizás sea ésta la mayor de las debilidades de esos sistemas³²”.

Los sistemas acumulativos, “son aquellos en que es posible el ejercicio simultáneo de la acción penal por diversos sujetos³³”, en ellos se observa participación del estado en el ejercicio de la acción, a través del fiscal, del acusador privado, y hasta de un acusador popular en hechos que causen conmoción pública. Pérez Sarmiento³⁴ considera “que los sistemas inspirados en

²⁹ PÉREZ SARMIENTO, Eric, op.cit, p. 44

³⁰ DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Compendio de Derecho Procesal*, Tomo I, Bogotá, ABC, 1985, p. 194

³¹ VÉLEZ MARICONDE, *Derecho Procesal Penal* en DEVIS ECHANDÍA, Hernando, op.cit, p.194

³² PÉREZ SARMIENTO, Eric, op.cit, p.44

³³ PÉREZ SARMIENTO, Eric, op.cit, p.45

³⁴ ibid

esta premisa son los más democráticos de todos cuantos ha conocido la humanidad”.

Existe una última categoría de sistemas de ejercicio de la acción penal, y son los llamados sistemas alternativos, en los cuales la titularidad de la acción pertenece al Estado de manera exclusiva, y residualmente a las víctimas, que harían uso de ellas cuando el Estado considere conveniente no ejercer la acción penal. En estos casos, es usual que cuando el Fiscal del Ministerio Público desista de formular acusación, el Tribunal bien puede convocar a los perjudicados o víctimas para que acusen³⁵.

2. Sistemas de ejercicio de la acción penal según el modo de proponerla.

Desde éste ámbito se habla de sistemas puros y simples, de alternativas limitadas y de alternativas plenas:

En el primer sistema (puros y simples), el acusador (público o privado) “solo puede proponer la acusación presentando los hechos de un solo y único modo, con una sola calificación posible y con una única pretensión punitiva³⁶”.

Según el sistema de alternativas limitadas el acusador puede presentar en su imputación, varias alternativas delictuales con diversas calificaciones jurídicas. Pero lleva ese nombre por cuanto terminado el debate probatorio, se obliga al acusador a “escoger una sola de dichas variantes para mantenerlas como único contenido de la acusación, explicando el porqué de su escogencia en el informe oral³⁷”.

Los sistemas de alternativas plenas, permiten al acusador “mantener las variantes acusatorias formuladas durante todo el proceso y sostenerlas hasta el final³⁸”. A nuestro criterio, este es el sistema que acoge el nuevo Código Procesal Penal de la Nación, con ciertas variantes que serán mencionadas en el capítulo siguiente.

Este último sistema, se subdivide, en sistema de alternativas plenas

³⁵ *ibid*

³⁶ PÉREZ SARMIENTO, Eric, *op.cit*, p.46

³⁷ *ibid*

³⁸ *ibid*

absolutas, en el cual el acusador podrá sostener varias alternativas como principales, y el de alternativas subsidiarias, en el cual el acusador hará una imputación principal y una o varias subsidiarias en caso de no quedar demostrada la principal.

IV. Acusación Alternativa.

Por regla general se establece que una vez concluida la investigación, que arroje fundamento serio para el enjuiciamiento oral y público del imputado, se presente la acusación, cuyos requisitos están bien definidos en el artículo 241³⁹, estableciendo, entre otros, *“La expresión precisa de las disposiciones legales aplicables y su debida correlación con los hechos y con la intervención atribuida al imputado en ellos”*.

De usual, la acusación se limita, entre otras cosas, a expresar con claridad el tipo delictual que se imputa al actor con la determinación precisa de la calificación jurídica, que por ciertas circunstancias específicas se atribuye al hecho punible. Al presentarse el libelo acusatorio se delimita el marco sobre el cual girará el debate en el juicio oral, razón por la cual se debe precisar, sobre la base de los hechos ocurridos y elementos probatorios de que hará uso, el tipo delictual y su calificación jurídica.

Ahora bien, esta acusación, sencilla en su concepto pero compleja en su esencia, determina de manera exclusiva el marco jurídico fáctico sobre el cual se tramará la *litis*, pues supedita al juez a decidir con base a lo formulado o pretendido en la acusación por el representante de la vindicta pública. Además, por razón obvia, obliga al acusador a demostrar durante el debate probatorio, el hecho calificado, pues de quedar desvirtuada su pretensión, cercenaría toda posibilidad de condena, no pudiendo ser subsanada por el juez pues viciaría la sentencia.

Es sencillo pensar o imaginarse un determinado caso en que pueda establecerse con precisión y sin mayores dificultades, la determinación del delito (hurto, robo, homicidio) y su calificación jurídica (agravado, calificado, simple).

³⁹ Código Procesal Penal de la Nación, Ley 27.063

Pero, hay hechos delictivos que surgen en circunstancias tales que juegan su ubicación entre determinados tipos penales o calificaciones jurídicas, como por ejemplo entre el hurto y el robo impropio⁴⁰; entre la violación y el acto carnal⁴¹; entre el homicidio culposo (culpa consiente) y el homicidio con dolo eventual; entre el homicidio simple y el preterintencional⁴²; creando una dificultad para diferenciar con precisión a que tipo penal pertenece, situación que materializa un riesgo al acusador de equivocarse su pretensión, y con ello obligar al Juez a decidir la absolución del acusado.

Esta situación se produce en la mayoría de las legislaciones que acogen el sistema acusatorio absoluto, dada la rigidez de su normativa. No obstante, no existe una tendencia unificada en los países que acogen el sistema acusatorio, pues el ejercicio de la acción varía de acuerdo al modo de proponerla (puro y simple, alternativa limitada, y alternativas plenas) o según su titular (absolutos, acumulativos o alternativos).

El nuevo sistema argentino acoge como postulado esencial la consecución de una verdadera justicia, otorgando amplios controles protectores de las garantías que contempla y resalta su libro primero, título I, donde el legislador destaca las garantías que protegen el proceso.

Hay que comentar que en otros países donde se ha implementado el sistema acusatorio, se ha cuestionado erróneamente que los derechos que establece se vuelcan exclusivamente a la protección del imputado por ser el débil jurídico. Empero, en Argentina esta posición sería perfectamente rebatible, pues se observa que el Código prevé como principio la igualdad de las partes⁴³, siendo, en todo caso su finalidad la de robustecer la majestad de la justicia a través de la reconstrucción de la verdad.

En el nuevo CPPN⁴⁴ existe la posibilidad alternativa de que el fiscal opte entre una y otra calificación, entre uno y otro tipo penal, tal como prevé el artículo 242 que establece:

⁴⁰ Valga destacar que estas figuras no existen en la ley penal Argentina

⁴¹ Véase artículo 119 Código Penal encabezado, y literal f0)

⁴² Literal b) artículo 81 Código Penal

⁴³ Artículo 2 Código Procesal Penal de la Nación

⁴⁴ Código Procesal Penal de la Nación Argentina, Ley 27.063

Artículo 242.- Acusación alternativa. El representante del Ministerio Público Fiscal podrá indicar alternativamente aquellas circunstancias del hecho que permiten encuadrar el comportamiento del imputado en una figura distinta de la ley penal, para el caso de que no resultaren comprobados en el debate los elementos que componen su calificación jurídica principal. La misma facultad tendrá la parte querellante.

Esta figura de acusación alternativa será de novísima aplicación en Argentina, además de no estar contemplada en muchas de las legislaciones que adoptan el sistema acusatorio en el mundo, teniendo referencias de su aplicación sólo en Venezuela⁴⁵, España y Cuba.

Ahora bien, siendo que la acusación determina el objeto del debate, hay autores como Pedro Berrizbeitia⁴⁶ que opinan que con esta figura se busca evitar “que la defensa pueda ser sorprendida en el juicio oral y que no demuestre hechos o produzca argumentos destinados a refutar esas posibles calificaciones jurídicas”.

Entendemos que la acusación alternativa proporciona una verdadera garantía en la búsqueda de la verdad, por cuanto evita que en la formulación de la acusación, debido a la circunstancia especial de algunos hechos delictivos, se impute con imprecisión el tipo penal, el cual, durante el debate oral sea probado ineficientemente, demostrando por el contrario, sobre la base de los mismos hechos, la ocurrencia de un tipo delictual distinto.

Así las cosas, al establecerse la posibilidad de que el fiscal interponga una acusación alternativa, se evidencia que el sistema procesal penal venidero es altamente garantista, destacando que el legislador quiere proteger a las partes. Por un lado protege al acusador de que quede ilusoria su pretensión, y por el otro,

⁴⁵ La acusación alternativa rigió desde la entrada en vigencia del Código Orgánico Procesal Penal el 01/07/1999 hasta reforma parcial del 14/11/2001. Se establecía en el aparte final del artículo 329: “El Ministerio Público podrá indicar, alternativa o subsidiariamente, aquellas circunstancias de hecho que permitirían encuadrar el comportamiento del imputado en un tipo distinto de la ley penal, para el caso de que no resulten demostrados en el debate los elementos que configuran la calificación jurídica principal, a fin de posibilitar la defensa del imputado”.

⁴⁶ BERRIZBEITIA, Pedro, ob.cit, p. 210

protege al acusado de sorpresas generadas por cambios de calificación, o incorporación de nuevos hechos -ya conocidos⁴⁷ - que menoscaben su derecho a la defensa, y de allí deriva la razón de esta novedosa figura. Luego, en aras de respetar las garantías que rigen el proceso penal, engalanadas en su primer título, el juez de juicio deberá ser severo al no admitir una acusación por inconsistencia probatoria, decretando el sobreseimiento o la absolución del acusado cuando no se pruebe ninguna de las acusaciones invocadas por el fiscal. Y, el Fiscal deberá ser más cuidadoso y asertivo al momento de presentar su acusación para evitar que sea destruida su pretensión.

Entonces, cuando el fiscal encuentre barreras que establecen una diferencia mínima entre dos tipos penales, o entre varias calificaciones, debe necesariamente interponer, junto con la acusación principal, una acusación alternativa, estableciendo en su libelo acusatorio una imputación principal y otra imputación accesoria evitando con ello que la acción delictiva quede impune.

Ahora, es necesario preguntarnos ¿De cuántas alternativas podrá hacer uso el fiscal en su libelo acusatorio? Creemos, conforme al texto del artículo 242 del código que el Fiscal podrá hacer uso de una sola imputación alternativa, por cuanto la norma se expresa en forma singular al establecer que: “podrá indicar alternativamente aquellas circunstancias del hecho que permiten encuadrar el comportamiento del imputado en **una figura distinta de la ley penal**” (negritas nuestras), razón ésta que nos lleva a pensar que el sistema que adopta el nuevo Código es de alternativas limitadas, a diferencia del que fue acogido en su momento en Venezuela.

También prevé la norma citada, que el fiscal podrá utilizar versiones de los hechos que de manera subsidiaria pudieran encuadrarse en un tipo penal distinto, por lo cual entendemos que la intención del legislador fue la de evitar imprecisiones en la apreciación de los hechos cuando estos pudieran jugarse entre diferentes delitos o calificaciones.

Una vez que el fiscal haya hecho uso de la acusación alternativa, nos

⁴⁷ Aclaremos que existe la posibilidad de ampliación de la acusación por hechos nuevos, no conocidos con anterioridad al juicio, o surgidos con ocasión de éste, tal como prevé el artículo 262 del CPPN.

preguntamos ¿hasta qué etapa del juicio podrá el fiscal sostener ambas posturas? Creemos que hasta la conclusión del juicio, en razón a que el legislador no limita la oportunidad⁴⁸. Sin embargo, pensamos que el Fiscal deberá, al momento del cierre del debate (discusión final artículo 268 CPPN), elegir cuál de las imputaciones escoge, si entre la principal o la alternativa, por la lógica razón de que para el momento de las conclusiones ya debe tener claro que hechos logró demostrar. Por otra parte, resultaría inconsecuente y poco didáctico, sostener al cierre del debate, dos tipos penales distintos que sancionen de manera diferente un hecho, por cuanto no puede arribarse a conclusiones que se excluyan mutuamente.

Finalmente debe destacarse que el artículo 242 del Código otorga la facultad de ofrecer acusación alternativa al querellante, pudiendo hacerlo a través de una acusación particular propia, o también, adhiriéndose a las presentadas por el Fiscal.

Hasta aquí la situación pareciera sencilla y completamente resuelta, pero detrás del velo de sencillez se esconde una realidad mucho mas compleja que amerita ser considerada.

Comenzaremos por decir que en algunos países se permite expresamente al juez, la modificación de la calificación jurídica del delito atendiendo a los hechos probados “con base al principio del *iura novit curia*⁴⁹”, y algunos consideran que esta actuación es perfectamente válida, pues, como opina Ormazabal Sánchez⁵⁰, “el examen del juez no se proyecta sobre la acusación en sentido técnico, sino, en todo caso, sobre la imputación realizada en la instrucción. En efecto, el juez está vinculado a los hechos objeto de la acusación, mas no a la calificación jurídica que el Ministerio Público y el querellante hubiere dado a esos hechos”. Así por ejemplo, en Venezuela se permite al juez en la audiencia preliminar (equivalente a la audiencia de control de la acusación en el

⁴⁸ Aquí cobra vida la máxima jurídica que expresa que cuando el legislador no distingue, el intérprete no debe distinguir.

⁴⁹ VÁSQUEZ, Magaly, op.cit, p. 171

⁵⁰ ORMAZÁBAL SÁNCHEZ en VÁSQUEZ, Magaly, “El control de la acusación” en *Segundas Jornadas de Derecho Procesal Penal*, Caracas, UCAB, 1999, p. 221

CPPN) atribuir al hecho una calificación provisional, e incluso atribuirle una calificación distinta a la considerada en la acusación⁵¹. Además, se permite al juez de juicio atribuir al hecho una calificación distinta a la establecida en el auto de apertura a juicio, e incluso, modificar la calificación previamente aprobada⁵², situación que –según algunos- comporta una reminiscencia al sistema inquisitivo anteriormente imperante.

Muy a pesar de las posiciones que pueda existir en defensa de los poderes del juez a la hora de sentenciar, existe la duda de si en el nuevo Código Procesal Penal de la Nación se le otorga la posibilidad de cambio de calificación, en razón a que dicha facultad no está definida expresamente en la ley procesal, por lo que podría concluirse anticipadamente que el juez deberá respetar la calificación, y atenerse a ella. Además, si el Fiscal ha considerado que la investigación arrojó fundamento serio para el enjuiciamiento del imputado, y ha seleccionado cuidadosamente los elementos probatorios que usará en el juicio, los cuales dirige a probar el tipo delictual y su calificación jurídica, no sería razonable pretender atribuir al juez otra posibilidad de control, cuando su tarea fundamental es juzgar. Luego, si en la acusación existiere una errónea determinación del tipo penal deberá en consecuencia el juez absolver al acusado.

Sin embargo, hay que entender que una cosa es probar el hecho delictivo, y otra es su calificación jurídica. Evidente es que si el representante Fiscal –o el acusador privado- no probaren el hecho que atribuyen al acusado, deberá el juez absolverlo pues su inocencia se presume. Empero, cuando el desacierto se da en la determinación jurídica, creemos que no debe ocurrir lo mismo, ello en razón a que –como referíamos supra- el juez no está atado a la calificación.

En este sentido, consideramos que puede el juez modificar la calificación jurídica atribuida al delito, pues en todo caso, es a quien corresponde aplicar el

⁵¹ El artículo 314 del Código Orgánico Procesal Penal venezolano establece: “El auto de apertura a juicio deberá contener (...) 2. Una relación clara, precisa y circunstanciada de los hechos, su calificación jurídica provisional y una exposición sucinta de los motivos en que se funda y, de ser el caso, las razones por la cuales se aparta de la calificación jurídica de la acusación”.

⁵² El artículo 345 del Código Orgánico Procesal Penal venezolano, en su aparte primero, establece: “En la sentencia condenatoria, el tribunal podrá dar al hecho una calificación jurídica distinta a la de la acusación o del auto de apertura a juicio (...)”

derecho. Ello aunado a que el problema de la calificación jurídica es un problema de mero derecho, sin incidencia sobre lo alegado y probado, es decir, sobre los hechos debatidos. Lo contrario representaría un excesivo formalismo que pudiera conducir a impunidad.

A este respecto vale traer como ejemplo un caso supuesto en el que el fiscal hubiese acusado por homicidio en grado de tentativa (artículo 79 en concordancia con el artículo 42 del Código Penal de la Nación), al haberse ejecutado un robo y amenazado la vida de la víctima con un arma de fuego. Empero, al concluir el juicio el juez considera que lo que se probó fue el robo agravado conforme a lo previsto en el numeral 2º del artículo 166 del Código Penal de la Nación. ¿Debería acaso el juez absolver al acusado muy a pesar de que haya sido probada su culpabilidad? Creemos que la respuesta lógica sería un rotundo no, ya que el juez no está atado a la calificación jurídica, sino a los hechos probados. Luego, el juez deberá dar al hecho la calificación que considere justa, obviando la sugerida por el Fiscal.

Aunado a lo antes dicho, también observamos que la facultad de modificación de calificación jurídica, incluso, la facultad de modificación de la acusación, tampoco le es otorgada expresamente al juez en la audiencia de control⁵³. Así vemos que el auto de apertura a juicio (artículo 247 CPPN) contendrá “solo” la mención de la acusación admitida.

Ahora bien, si la audiencia prevista en el artículo 247 del CPPN, tiene como finalidad el control de la acusación, es decir, constituye una audiencia de juicio a la acusación, parece absurdo pensar que la única función del juez es la de admitir o no la acusación.

Entonces, en la audiencia de control de la acusación se debatirá –entre otras cosas- el fondo de la acusación, es decir, se discutirá si el hecho es típico o atípico; si concurre una causal de justificación; si el investigado es inimputable; si el hecho es doloso o culposo⁵⁴. También se discutirán excepciones; se debatirá sobre la calificación del delito; se objetarán las pruebas en cuanto a su legalidad,

⁵³ Audiencia de control de la acusación artículo 246 Código Procesal Penal de la Nación

⁵⁴ Dejando a un lado el análisis de la culpabilidad, pues esta es materia a discutir en el juicio.

necesidad, pertinencia y utilidad; incluso, se debatirá sobre las posibles nulidades. Luego, resultaría un absurdo pretender que el juez solo puede admitir o rechazar la acusación.

Muy a pesar que el artículo 247 CPPN, que define lo que debe contener el auto de apertura a juicio no hace referencia a tales decisiones, debe aceptarse por lógica que el juez deberá elaborar una sentencia que incluya las incidencias y las decisiones tomadas en la audiencia⁵⁵. En dicha interlocutoria se expresará –entre otras decisiones- las pruebas que no fueron admitidas, el cambio de calificación, la aceptación total o parcial de la acusación, al decretarse por ejemplo el sobreseimiento de uno de los delitos alegados. Además, por tratarse de decisiones interlocutorias, estas podrán ser objeto de recurso.

No obstante a esta concusión, es necesario comprender que la función contralora del juez no constituye una función subsanadora de la actividad fiscal.

Luego, el juez dictará el auto de apertura a juicio que contendrá la acusación admitida y depurada, explicando los límites de esta en cuanto a hechos y calificación jurídica. Este auto no será apelable.

A este punto surge la pregunta ¿Para que sirve entonces la acusación alternativa? Tomando en consideración lo expuesto, pudiera pensarse que en futuro dicha figura quizá caerá en desuso tal como ocurrió en Venezuela, razón por la que fue eliminada del Código Orgánico Procesal Penal dos años después de su vigencia.

Ahora bien, sin pretender llegar a una conclusión que en el futuro resulte errada, me parece oportuno considerar que la razón de existencia de la acusación alternativa –como hemos reiterado varias veces- se centra en la protección del derecho a la defensa del acusado, al definir el marco jurídico-fáctico sobre el cual deberá ejercer su defensa, tanto para los efectos de la audiencia de control de la acusación, como para el juicio, una vez que la acusación haya sido depurada por el juez que la controló. En todo caso corresponderá a la jurisprudencia determinar en definitiva su valor y alcance.

⁵⁵ El aparte segundo del artículo 246 del CPPN, hace referencia a estas decisiones, las cuales deben quedar plasmadas en un documento, es decir, en una sentencia.

Bibliografía:

BERRIZBEITIA, Pedro, “La fase intermedia y el control de la acusación” en *Primeras Jornadas. Derecho Procesal Pena. El nuevo Proceso Penal*, Caracas, UCAB, 1998.

BINDER, Alberto, *Introducción al Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1999.

CARNELUTTI, Francesco, “Lecciones sobre el Proceso Penal”, en PEREZ SARMIENTO, Eric, *Sistema Acusatorio y Juicio Oral*, “Teoría y Técnica”, Valencia, Vadell Hermanos, 1997.

COUTURE, Eduardo, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Depalma, 1981.

CUENCA, Humberto, *Derecho Procesal Civil*, Tomo I, Caracas, Ediciones de la UCV, 1994.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Compendio de Derecho Procesal*, Tomo I, Bogotá, ABC, 1985.

Ley 27.063 Código Procesal Penal de la Nación Argentina

LIEBMAN, Enrico, *Manual de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1980.

PÉREZ SARMIENTO, Eric, *Comentarios al Código Orgánico Procesal Penal*, Caracas, Vadell Hermanos, 2000.

PEREZ SARMENTO, Eric, *Sistema Acusatorio y Juicio Oral*, “Teoría y Técnica”, Valencia, Vadell Hermanos, 1997.

RENGEL ROMBERG, Aristides, *Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano*, Tomo I, Caracas, Ed. Arte, 1992.

ORMAZÁBAL SÁNCHEZ en VÁSQUEZ, Magaly, “El control de la acusación” en *Segundas Jornadas de Derecho Procesal Penal*, Caracas, 1999, UCAB, p. 221

VÁSQUEZ, Magaly, *Nuevo Derecho Procesal penal Venezolano*, Caracas, UCAB, 1999.

VÉLEZ MARICONDE, “Derecho Procesal Penal” en DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Compendio de Derecho Procesal*, Tomo I, Bogotá, ABC, 1985

WIKIPEDIA, *Acción Penal Pública* <[hyyps://es.wikipedia.org/wiki/Acci%C3%B3n_penal_p%C3%BAblica](https://es.wikipedia.org/wiki/Acci%C3%B3n_penal_p%C3%BAblica) [consulta: 21 de noviembre 2016]