

AUSENCIA DE DETERMINACION DEL HECHO DE LA ACUSACIÓN.

*La importancia del **proceso de subsunción** en la correcta individualización del objeto del proceso y su vinculación con el Principio de Congruencia*

Por Víctor Hugo Benítez

PALABRAS PRELIMINARES

Este modesto trabajo solo pretende servir de plano indicador tanto al ávido lector, como al profesional litigante, del cual me encuentro, orgullosamente, siendo feliz parte, y a veces sufrida víctima. La labor del abogado defensor penal, es a mí entender una de la más laboriosa y sacrificada de esta hermosa profesión que abrazamos. Por que en el caso, no es la contraparte la que intenta esgrimir excepciones a fin de hacer valer sus pretensiones tratando de llevar al juzgador a una decisión que a su entender esté, además de ajustada a derecho, provista de la verdad procesal, principio que el Civilista tiene como dogma rector de su función tribunalicia.

El abogado penalista tiene en la vereda de enfrente no solo al Estado y su Política Criminal, circunscripta a un momento social, económico y político dado, sino que carga con el *plus* de la opinión pública, que bombardeada por los medios masivos de difusión, es capaz de llevar al punto de héroe nacional al mas detestable delincuente, como así también empezar a construir el cadalso para quien cometió una falta por estar en el lugar y momento equivocados.

Por eso esta profesión que elegimos y más aún esta especialidad de la profesión, muchas veces nos deja con un amargo sabor de boca al ver como dos individuos en las mismas circunstancias son juzgados, no solo por la opinión pública, si no por un Tribunal, por que tal o cual delito tuvo una trascendencia mediática mayor o menor.

Esta directriz de pensamiento, que el común de la gente posee, afecta en mayor o menor medida a cada uno de los miembros de la sociedad.

Y nuestros Jueces son también miembros de esta sociedad; participan de sus virtudes como de sus patologías. Es utópico pretender que nuestros Magistrados y miembros del Ministerio Público, sean permeables a esos avatares de la vida cotidiana. Ellos viven, conviven y participan de todos y cada uno de los momentos de nuestra vida. Eso es lo que aporta, o debería aportar, la cuota humanizante a la interpretación y aplicación del derecho. Esto mismo es lo que los distingue de las máquinas, es lo que permite una aplicación de la pena que se corresponda a las condiciones personales del acusado como lo indica el Art. 41 inc. 2º del Código Penal de la Nación.

Sin esta cuota de humanización solo deberíamos programar computadoras ingresar por un lado el material colectado en la instrucción y esperar automáticamente que por el otro lado emane, por medio de un proceso matemático, una sentencia condenatoria o no.

Empero la opinión pública a veces les juega en contra y es donde aparecen las garras de ese monstruo del cual todo Estado de Derecho teme; *la arbitrariedad*¹.

Arbitrariedad debe entenderse, sin pretender esbozar definiciones, como el actuar de alguien siguiendo su propio arbitrio, cuando reglas o normas lo ciñen a tomar decisiones dentro de ciertos parámetros que estas mismas normas plantean u obligan a seguir. El actuar arbitrario de un Tribunal Penal violenta el principio de *Defensa en Juicio* por el simple hecho de que el imputado y su defensa técnica deben indefectiblemente ceñir su actuar a las normas de derecho sustantivo o adjetivo y a las normas del propio Tribunal. Esto que parece infantil o tautológico no es más que una mera descripción de lo que en los estrados Judiciales ocurre a diario. Y esto ocurre entre otras cosas por que las patologías y prejuicios que existen en la vida cotidiana son trasladados a los

¹ La Jurisprudencia no ha obviado este tema y dice al respecto: "El pronunciamiento dictado en esas condiciones resulta arbitrario por cuanto ha efectuado un análisis parcial y aislado de los elementos de juicio obrantes en la causa, sin integrarlos ni armonizarlos debidamente en su conjunto, defecto que lleva a desvirtuar la eficacia, que según las reglas de la sana crítica corresponde a los distintos medios probatorios (CS, I-12-XXII, recurso de hecho "I. M. y otro).

fallos; no de una forma maliciosa, sino por el hecho de que caen el olvido los principios básicos del Derecho Procesal Penal que forman parte de los principios de todo Estado de Derecho.

Sobre la *arbitrariedad* el más alto Tribunal de la Nación tiene dicho que: “*Esa doctrina de la arbitrariedad tiende a resguardar la garantía de la defensa en juicio y el debido proceso, exigiendo que las sentencias sean fundadas y constituyen una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las circunstancias comprobadas de la causa*”.²

Es imposible adelantar una solución a este problema y menos aún resumirla aquí. Solo deberemos madurar como sociedad y empezar a ver las cosas como son y no como nos dicen que las veamos. O tal vez intentar dar el primer paso volviendo a las raíces, esto es, a los textos de nuestros maestros que iluminados por alguna deidad nos han dejado un legado imborrable que cimentó las bases de esta gran Nación.

Ello trae a la memoria un pasaje histórico -recordado por el doctor Jorge Reinaldo Vanossi, en las primeras jornadas sobre la Defensoría General de la Nación y que transcribe el doctor Rodríguez Sañudo en su artículo sobre el Estado de Derecho y Defensa Oficial en el ámbito de la Justicia Penal³-, que tuviera lugar después de Francia fuera liberada de la cruel ocupación nazi: Allí, cuando fue apresado Pierre Laval, persona que era el cabal sinónimo social del Anticristo, "el colaboracionista", el cómplice que se había sujetado a los designios de Hitler, que había traicionado la dignidad francesa, que había perseguido a los disidentes, el General De Gaulle --respondiendo al sentimiento genuino del pueblo francés- tuvo la idea de ejecutarlo en el acto. Allí se escuchó la voz de León Blum, el gran político francés que salía de un campo de concentración, torturado y vejado, perseguido y discriminado, y símbolo -por ser judío, republicano y socialista- de todos los que habían sufrido: Blum levantó la mano y dijo al General De Gaulle: "**No lo ejecute, General, para Laval ponga un Juez y un Defensor, nada más.**"

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

El Juez tiene una función gravísima en el Proceso Penal, función que permite que las conductas humanas puedan traducirse a normas Jurídico-Penales a fin de verificar si en el caso particular esa conducta humana exteriorizada ha quebrantado la vigencia de la norma penal. Digo esto ya que la teoría que postula que la Ley penal tiene como primigenia función la de proteger bienes jurídicos no resiste el más mínimo análisis, toda vez que, cuando la norma penal entra en juego el bien jurídico que protegía en la mayoría de los casos ya fue afectado.

Este proceso de verificación es el llamado por la doctrina *subsunción*, entendiéndose el mismo como el deber del Juez o el Ministerio Público de tomar una conducta humana determinada y hacerla coincidir, lo más perfectamente posible, con los elementos tipificantes de una norma penal, a fin de verificar si esta conducta encuadra en un tipo penal y también permitirle al imputado el conocimiento del tenor acusatorio para que ejerza una adecuada defensa de sus derechos.

KRAUSE/THON explican lo dicho refiriendo que: “Para la descripción del hecho en la acusación desde el punto de vista de la información del acusado se requiere que las circunstancias de hecho que conducen a los elementos del tipo legal de la disposición penal pertinente estén dados como datos precisos. Debe ser posible para el acusado poder llevar a cabo **el proceso de subsunción** que ha realizado el fiscal en el escrito de la acusación. Solo así es posible una defensa adecuada. Por tanto la descripción del hecho en la acusación tiene, junto a la delimitación del objeto del proceso, un valor de información propio.”⁴

² (M.705,XXI, "M., S. y otras s/homicidio calificado", del 7 de junio de 1988, considerando 7 y sus citas; B.168,XXII, "B., C. R. s/robo en concurso real con violación", y S.232,XXII).

³ (LL, 31.10.97)

⁴ KRAUSE / THON, *Mängel der Tatschilderung im Anklagesatz und ihre rechtliche Bedeutung [Vicios de la descripción del hecho en el tenor de la acusación y su significación jurídica]*, en "Strafverteidiger", 6/1985, pp. 252 ss., esp. Pp. 254 s.: BGHSt., t. 5, pp. 225, 22 (la bastardilla no es del original).

O sea que la **subsunción** de un hecho de la naturaleza debe ser lo más precisa posible a fin de que ningún otro hecho que no sea **ése** hecho específico pueda incluirse en el tipo penal correspondiente. Una vez que el imputado es llamado a prestar su declaración en ése carácter, a éste le es imposible reconstruir el hecho acaecido por que al ser éste un acontecimiento pasado no puede serle presentado para que lo identifique. Y menos aún como si éste fuera una imagen, un retrato de ese momento que lo defina *ostensiblemente*⁵.

SANCINETTI es claro cuando imprime su idea de este modo: "... el presupuesto de validez de la acusación reside, en cambio, en que, para la defensa, y para quien deba juzgar, sea posible ejercer control sobre el *proceso de subsunción* que ha realizado la acusación: *cual es la situación de hecho concreta que la acusación considera subsumible en el tipo legal*"⁶

Por lo que ése hecho de la naturaleza debe ser reconstruido si pretende, el juzgador, atribuirle consecuencias jurídico-penales. Ahora bien si se pretende reconstruir un hecho pasado mediante elementos existentes en el presente (pruebas), ese instante debe individualizarse lo más perfectamente posible, por que debe ser **ése** momento, en **esas circunstancias** la que se le atribuyan a ése determinado sujeto y no otro. Cualquier tipo de elasticidad en este proceso hará prevalecer el principio de *in dubio pro reo*, y por lo tanto deberá optarse por la desvinculación del sujeto del proceso. Este es el pensamiento de SANCINETTI al decir: "...la descripción habida en la acusación tiene que permitirle al acusado identificar *por qué razón*, en el acontecimiento histórico identificado por el acusador, se dan elementos fácticos como para considerar reunidos los conceptos jurídicos aplicables al caso. Es decir, que la *Defensa* tiene que poder controlar el procedimiento de subsunción"⁷.

Es necesario como condición *sine qua non* que exista una acusación que fije el hecho, y con ello, *el objeto del proceso*. No puede pedírsele, como es a menudo, que sea el imputado acercando material probatorio, o en su declaración de imputado, que complemente una defectuosa acusación en todas las lagunas de conocimiento que el órgano de investigación tiene sobre ella.

Es imposible, como numerosas veces ocurre en el ámbito forense, que el Agente Fiscal al carecer de elementos probatorios que abonen una acusación correctamente esbozada, pretenda completar las ausencias de esta, en el escrito acusatorio, solo indicando la norma penal que se ha quebrantado. Esto es así por que la norma penal, el tipo, solo es un concepto, un esbozo general de determinada conducta, expresada en abstracto. Ese *logos* es eminentemente teórico carente de datos de la realidad, vacío de contenido, ya que sin este proceso de *subsunción* es imposible pretender atribuir reproche a un determinado sujeto.

Esto es así por que en la mayoría de los casos los conceptos contenidos en la ley penal son conceptos técnico-jurídicos. Estos conceptos son asequibles por el estudioso del derecho en todos los casos, pero el *lego* carece de la posibilidad clara de entender algunas palabras que el tipo contiene. Por ejemplo el Art. 79 del CP. Es claro al referir que al que matare a otro..., el concepto "matar", u "otro", son fácilmente captables por cualquier persona, lo cual podrá facilitarle las cosas en el supuesto caso de encontrarse frente a un tribunal y que este lo intime penalmente por el delito de homicidio. Distinto será el caso de un delito contra la integridad sexual, por ejemplo, en estos delitos los conceptos contenidos son oscuros en la mayoría de los casos. Si a determinado sujeto se lo imputa de haber tenido **acceso carnal, abuso, corrupción**, estos conceptos no son nada claros, es más, discutidos por la doctrina, lo que enfrentará al imputado a una acusación totalmente inteligible para él, y para el común de la gente. Si se pretende describir el hecho de la acusación solamente utilizando las palabras del tipo penal, puede que esto sea aprehensible por un sujeto con conocimientos jurídicos básicos, pero ¿que sucedería con el *lego*? Es posible que

⁵ Para una identificación de este concepto, "Definición ostensiva", J. HOSPERS, *Introducción al análisis filosófico*, trad. De J. C. Armero San José (An introduction to Philosophical Analysis, 1967), Alianza Universidad, Madrid 1976, pp. 80 ss. Citado por SANCINETTI, op cit.

⁶ SANCINETTI, Marcelo A., *La nulidad de la acusación por indeterminación y el concepto de instigación*, Ed. AD-HOC, 2001, Pág. 103

⁷ SANCINETTI, Marcelo A., Ídem, p. 102

algunas de las palabras que la ley penal contiene sean entendibles por cualquier persona pero ¿quien socorrerá al ciudadano común? Es posible que algunas de las palabras que la ley penal contiene sean entendibles por cualquier persona pero muchas veces ese lenguaje no es asimilable al lenguaje vulgar y es ahí donde se suscitan los mayores problemas de individualización.

La descripción de la acusación citando solo la norma penal hace quedar la acusación estancada en el plano de las ideas, en el *limbo* platónico, en la imaginación.

Es necesario que mediante la *clara, precisa, circunstanciada y específica*⁸ individualización del objeto de la acusación de ése hecho histórico, ese concepto, que es el *tipo*, participe del mundo real *subsumido* en tal o cual acontecimiento histórico.

No es caprichosa la formula esbozada por el legislador en los textos de forma. Esta exigencia pretende salvaguardar los derechos del encartado, exigiendo al órgano Estatal que identifique de la manera más perfectamente posible la imputación que pesa sobre el acusado a fin de que este pueda ejercer una defensa eficaz.

El artículo 357 del Código Procesal Penal de Corrientes⁹, como el artículo 356 del Código Procesal Penal de Córdoba receptan esa formula con elogiada redacción teñida de un garantismo propio de las exigencias actuales.

Para que sea eficaz y cumpla sus fines, la intimación debe ser *concreta, expresa, clara y precisa, circunstanciada, integral y oportuna*.¹⁰

Sobre el requisito de concreción que VÉLEZ MARICONDE exige, el mismo prestigioso autor nos dice que ha de ser **concreta**, pues el Juez debe informar al imputado cuál es el hecho o acontecimiento histórico que el acusador le atribuye, con todas las circunstancias jurídicamente relevantes, y no hacerle conocer tan solo el tipo penal que se presume infringido. (por ej. no basta informarle que se lo procesa como supuesto autor de homicidio)¹¹

Es imposible establecer en que medida debe estar individualizado el hecho de la acusación para que el mismo participe de las exigencias que contiene la norma penal, (*clara, precisa, circunstanciada y específica*). A decir de SANCINETTI: "Para juzgar sobre la validez de la acusación, más bien vale la pregunta de cuánto es lo *mínimo* que tiene que estar aclarado y establecido el hecho individual"¹². Es más fácil determinar cuál es el mínimo de determinación suficiente para no violar el *principio de congruencia*. Ha de quedar claro que no toda variación del material fáctico colectado en la causa violentará el principio aludido. Una diferencia en la fecha del hecho cercana a la que primeramente se determinó, un error aritmético, no cercenará la correlación entre acusación y la sentencia.

Ahora bien, este principio participa de la estructura basal del debido proceso. La jurisprudencia nacional recepta este principio y abona lo que refiero al decir... " *La descripción clara, concreta, circunstanciada y específica del hecho atribuido al perseguido penalmente en el momento de recibírsele declaración, es una exigencia legal, pero de clara raigambre constitucional, ya que se relaciona con las garantías del "debido proceso" y de la "inviolabilidad de la Defensa", ambas contenidas en el art.18 de la Constitución Nacional. En efecto: el concepto que nuestra Corte Suprema de Justicia Nacional ha acuñado al elaborar la doctrina del recurso extraordinario, por arbitrariedad del "debido proceso constitucional", involucra cuatro momentos procesales indispensables y sucesivos: acusación, defensa, prueba y sentencia. La acusación en cada etapa en que se manifiesta un acto de contenido acusatorio durante el trámite debe ser clara y precisa, como única manera de asegurar que el consecuente posterior acto de defensa pueda ser ejercido plenamente por su titular. Se debe recordar, además que la garantía de inviolabilidad de la defensa requiere que el acusado esté en posición de ejercer todos los derechos que, la doctrina entiende, comprende el genéricamente descrito como derecho a la Defensa, a saber: ser oído, ofrecer y producir prueba, alegar recibir sentencia*

⁸ Es notable la correcta y completa redacción del Art. 357 del Código Procesal Penal de la Provincia de Corrientes con el aditivo de *específica* a diferencia del Código Nacional que carece de este requisito. Así el Código de Santa Fe en su art. 373, pero con la salvedad que esta provincia carece de Oralidad, resabio ayornado del sistema inquisitorio.

⁹ Artículo 357.- Requerimiento de elevación - El requerimiento de elevación a juicio deberá contener, bajo pena de nulidad: los datos personales del imputado, o si se ignoraren, los que sirvan para identificarlo; una relación clara, precisa, circunstanciada y específica del hecho y su calificación legal....

¹⁰ VÉLEZ MARICONDE, Alfredo, Derecho Procesal Penal, Tº II, p. 222, Ed. Marcos Lerner, 1981.

¹¹ Ídem.

¹² SANCINETTI, Marcelo A. lug. cit. p. 113

*debidamente fundada, recurrir, tener asistencia técnica, etc. La doctrina, además, requiere que exista una estricta congruencia fáctica, desde la primera actuación del imputado en su declaración, hasta la sentencia definitiva, pasando por supuesto por las actuaciones intermedias de elevación a juicio. Ello para asegurar la cabal ejecución de todas las garantías de la defensa durante el trámite del proceso; pero además para garantizar la vigencia del principio non bis in ídem el control casatorio, etc.”*¹³

En la mayoría de los casos el Agente Fiscal confunde la declaración de imputado con un medio de investigación y no de defensa, tratando de suplir las deficiencias de la acusación con datos que el mismo imputado deberá aportar para así de este modo eximirse de responsabilidad. El acusado no debe agregar nada ante la deficiencia de la acusación y a su vez debe poder hacer valer esas deficiencias en su favor.

El *Principio de Congruencia* o de *Correlación* entre la acusación y la sentencia no se limita a estos dos extremos del proceso, sino, a la correlación o concatenación de fundamentos que alimentan la acusación. Estos deben mantenerse desde la prevención, pasando por la indagatoria, el procesamiento, el requerimiento de elevación a plenario y la consecuente decisión que de este surja. La variación de la acusación hace caer al imputado en las tinieblas, ya que mediante su defensor técnico ha colectado todo el material probatorio de descargo y se ha orquestado una determinada defensa a fin de eximir o aminorar el reproche penal. Pero resulta que sorpresivamente ese material resulta inútil, inservible ante una nueva imputación y para colmo el Principio de Preclusión Procesal nos ha hecho agotar los momentos oportunos para acercar esas probanzas al Juzgador.

No es posible negar que el Tribunal puede variar la calificación del delito por el principio *iura novit curia*, presente también en el proceso penal. Empero el momento, el hecho, el acontecimiento debe permanecer inalterable a fin de violentar el principio referenciado.

El actual régimen procedimental posee esencialmente cuatro actos sustanciales que importan presupuestos condicionantes para la validez de todo lo actuado en consecuencia: el requerimiento de instrucción formal (art. 194), la declaración indagatoria (art. 291), el auto de procesamiento (art. 303) y el requerimiento de elevación a juicio (art. 355). La correlación en el cumplimiento de estos actos debe ser controlada por el tribunal del juicio en virtud de las previsiones del digesto adjetivo. Esta correlación lo es indefectiblemente con respecto al **hecho investigado**, no puede variarse el acontecimiento que se investiga; de tales pruebas colectadas surge que: tal día, a tal hora, el imputado desplegó tal conducta, en tales circunstancias, lo cual es subsumible en esta o estas normas jurídico-penales, etc.

La descripción del hecho en el escrito de acusación tiene que ser inequívoca, en el sentido de que, según las reglas generales de la lógica, de las ciencias naturales y de la experiencia restante sea prácticamente imposible que diversos hechos cumplan con esa descripción¹⁴.

Por lo que se denota la imperiosa necesidad de describir específica y circunstanciadamente que hecho determinado es el que ha configurado el delito que se intenta imputar a una determinada persona. El tiempo lugar, modo y circunstancia es imprescindible a fin de que el imputado pueda ejercer una correcta defensa de sus derechos. O sea que la subsunción de un hecho de la naturaleza debe ser lo mas precisa posible a fin de que ningún otro hecho que no sea **ese hecho** específico pueda incluirse en el tipo penal correspondiente.

PUPPE lo dice así...”El texto de la acusación debe aportar aquellas propiedades de un hecho y tantas de ellas como para efectivamente él sea cumplido por un hecho individual y sólo uno, en el sentido de ese concepto de hecho. Esta llamada **condición de especificidad** es la condición general de una correcta descripción individual de la acusación”¹⁵.

¹³ DRES VÁZQUEZ-NORRY-ARAOZ c/ACEVEDO JOSÉ, s/hurto c/escalonamiento robo agravado etc., 04/06/97, Sala II

¹⁴ MARKUS SCHÄPE, *La nulidad de la acusación y auto de apertura y su saneamiento en el proceso posterior*, Ed. Peter Lang, Frankfurt a.M. entre otras, 1997, esp. P. 54, 59, en el mismo sentido KRAUSE/THON y PUPPE

¹⁵ PUPPE, *De la individualización del hecho en el escrito de acusación*, publicado por NStZ, 1982, Pág. 230

ROXIN hecha luz sobre el tema diciendo que: “También es consecuencia del principio acusatorio que el acontecimiento de la vida sometido al tribunal por la fiscalía o el Juez, debe estar descrito del modo mas preciso que sea posible. *Una caracterización defectuosa del hecho constituye un impedimento para el proceso*”.¹⁶

Pues bien, faltando la *función de delimitación*, el objeto del proceso resulta oscuro e indeterminado.¹⁷

A manera de síntesis esbozaré en pocos puntos un resumen de lo que contiene la exposición realizada.

En primer lugar debemos decir que:

El proceso de **subsunción** es un mecanismo imprescindible a fin de determinar el hecho de la acusación y delimitar el objeto del proceso. (**Función de Delimitación**).

Debe permitirse al imputado conocer la **subsunción** que el Tribunal ha realizado a fin de que pueda ejercer una defensa eficaz de sus derechos. (**Función de Información**).

Una vez realizado este proceso la descripción que el hecho atribuido en el tenor acusatorio debe ser **claro preciso circunstanciado específico, además de integral y oportuno**.

Es imposible pretender describir el hecho citando solamente el tipo penal correspondiente.

El **Principio de Congruencia** lo es con respecto **al hecho que se investiga**, que debe quedar inmutable durante todo el proceso. El Tribunal podrá variar la calificación legal por el principio **iura novit curia**, pero nunca el acontecimiento histórico.

Sin esta correcta descripción se violentara el **Principio de Congruencia** indefectiblemente, y con ello el de **Inviolabilidad de la Defensa en Juicio**.

¹⁶ ROXIN, Claus, *Strafverfahrensrecht*, Pág. 234, en la traducción de Córdoba y Pastor, Pág. 338. La bastardilla no consta en el original.

¹⁷ Ver fallo de la Corte Suprema ("Polak") que además del derecho a ser juzgado en un plazo razonable introduce una cuestión relacionada con el principio de congruencia.

BIBLIOGRAFIA

- PUPPE, *De la individualización del hecho en el escrito de acusación*, publicado por NStZ, 1982.
- ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, en la traducción de Córdoba y Pastor.
- MARKUS SCHÄPE, *La nulidad de la acusación y auto de apertura y su saneamiento en el proceso posterior*, Ed. Peter Lang, Frankfurt a.M. entre otras, 1997.
- ALFREDO VELEZ MARICONDE, *Derecho Procesal Penal*, Tº II, Ed. Marcos Lerner, 1981.
- SANCINETTI, *La nulidad de la acusación por indeterminación y el concepto de instigación*, Ed. AD-HOC, 2001.
- KRAUSE / THON, *Mängel der Tatschilderung im Anklagesatz und ihre rechtliche Bedeutung [Vicios de la descripción del hecho en el tenor de la acusación y su significación jurídica]*, en "Strafverteidiger", 6/1985.