



LA ACUSACIÓN ALTERNATIVA COMO GARANTÍA DE DEFENSA

Jorge Andrés Álvarez

Revista Jurídica - Universidad Nacional del Oeste: ISSN 3008-8062

Año: 01/Nº1 - Diciembre 2023

Recibido: 10/08/2023

Aprobado: 25/08/2023

LA ACUSACIÓN ALTERNATIVA COMO GARANTÍA DE DEFENSA

THE ALTERNATIVE ACCUSATION AS A GUARANTEE OF DEFENSE

Por Jorge Andrés Álvarez¹

Universidad de Buenos Aires, Argentina

Resumen: La acusación alternativa, suele presentarse como un instituto procesal interactivo de la garantía constitucional de defensa en juicio.

Sin perjuicio de ello, no parece prudente que los hechos se imputen alternativamente, en oportunidad en que los titulares de la acción carezcan de conocimiento cierto respecto de cual pudo haber sido – en principio – la conducta delictiva, empleando la acusación subsidiaria como una especie de *ultima ratio* ante pesquisas con evidencias endebles.

Si la acusación alternativa es utilizada respetando los parámetros constitucionales de la defensa en juicio y la compatibilidad con el principio de congruencia, permite al imputado ejercer con mayor amplitud su defensa y aportar elementos de prueba al respecto.

De lo contrario, si es monopolizada como correctora de deficiencias investigativas, no se estaría respetando la garantía en cuestión como así tampoco los principios de objetividad e imparcialidad propios de un sistema procesal acusatorio.

Palabras clave: deficiencia argumentativa, presupuestos fácticos, imputado

Abstract: The alternative accusation is usually presented as an interactive procedural institute of the constitutional guarantee of defense in court.

Without prejudice to this, it does not seem prudent that the facts are imputed alternatively, at a time when the owners of the action lack certain knowledge about what - in principle - the criminal conduct could have been, using the subsidiary accusation as a kind of last ratio before investigations with flimsy evidence.

If the alternative accusation is used respecting the constitutional parameters of the defense in

¹ Abogado (UBA), Especialista en Derecho Penal y Procesal Penal (Universidad Austral). Juez de la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal de San Martín. Docente de la Facultad de Derecho (UBA). Asesor Académico del Consejo de la Magistratura de la Prov. de Bs. As. Identificador ORCID: <https://orcid.org/0009-0006-1283-1655>. Correo electrónico: joralvarez21@hotmail.com

trial and the compatibility with the principle of congruence, it allows the accused to exercise his defense more broadly and provide evidence in this regard.

Otherwise, if it is monopolized as a corrector of investigative deficiencies, the guarantee in question would not be respected, nor would the principles of objectivity and impartiality of an accusatory procedural system.

Keywords: argumentative deficiency, factual assumptions guarantee, accused

I - INTRODUCCIÓN

La acusación alternativa, tal como se encuentra regulada en el Código Procesal Penal de Buenos Aires (art. 335) es una temática compleja de abordar desde el orden constitucional, toda vez que se interrelacionan numerosas garantías y principios que hacen a la defensa en juicio de la persona imputada.

En este orden de ideas, el trabajo intentará ubicar el tema de forma sustancial, materializando un análisis conglomerado del derecho constitucional de defensa en juicio, del principio de congruencia y de que forma la aplicación de la acusación alternativa, vulnera o no dichas garantías constitucionales, como así también que tipo de aptitudes presenta para el estricto cumplimiento de las mismas.

II - RELACIÓN DE LA GARANTÍA DE DEFENSA EN JUICIO CON LA ACUSACIÓN ALTERNATIVA

Inicialmente, se expondrán cuestiones vinculadas a la defensa en juicio como garantía medular anexada al principio de congruencia, para luego reseñar de que forma la acusación alternativa puede ser utilizada en ciertas ocasiones como un derecho del causante o bien como una situación contraria a la garantía en tutela. En dicho orden, si se emplea incorrectamente podría cercenar la posibilidad de defenderse de manera eficaz, respecto del estado de sospecha que pesa sobre el inculpado. En tal génesis radica el análisis que estimo conveniente realizar y que hace a la esencia de estudio del tópico planteado.

En cuanto a la defensa en juicio, dicha garantía se encuentra reconocida en el art. 18 de la Const. Nac. cuando se sindicla “es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos”. Al respecto, se ha sostenido que

en la norma de cita se consagra en forma genérica el derecho a la jurisdicción, es decir, a recurrir a un órgano de justicia para la resolución de las controversias que se susciten, función que le está reservada al Estado en forma exclusiva. (Sabsay, Onaindia, 1999, pp. 69-70)

A ello, se adunan las normas internacionales reconocidas en el art. 75 inc. 22 de la Carta Magna. A saber, los arts. 10 y 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, art. 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica [PSJCR]), arts. 18 y 26 de la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre.

Por otra parte y como el presente trabajo intentará desplegar el ámbito de aplicación de la acusación alternativa en el actual Código de Procedimiento provincial, digesto este en el cual se reglamentó directamente la cuestión, entiendo oportuno destacar que la Constitución de la provincia de Buenos Aires reconoce la genérica garantía de la defensa en juicio en el art. 15, ampliando los términos utilizados por la Constitución nacional, toda vez que indica que la Provincia asegura la tutela judicial continua y efectiva, el acceso irrestricto a la justicia, la gratuidad de los trámites y la asistencia letrada a quienes carezcan de recursos suficientes.

Concomitantemente con las consideraciones expuestas, resulta primordial destacar, que una de las etapas básicas del proceso penal es, sin duda, la facultad del legitimado pasivo de ejercer suficientemente su defensa frente a la inculpación del poder punitivo estatal. En cuanto a esta situación la CSJN, ha sostenido que: "La garantía constitucional de la defensa en juicio requiere, esencialmente cuando se trata de pronunciamientos condenatorios en causa penal, que haya tenido lugar válidamente en el proceso la acusación, la defensa, prueba y sentencia final"².

En este orden de ideas, la garantía encuentra aristas que hacen a su aplicabilidad, considerando que la acusación alternativa debe ser examinada en relación a la obligación estatal de hacer conocer la imputación, es decir que haya vinculación conexa con la delimitación del objeto procesal, desde un inicio hasta el momento de dictarse sentencia. Es por ello que la genérica garantía de la defensa en juicio permite encontrar su ámbito de aplicación en los fundamentos constitucionales del derecho procesal penal, siendo junto al juicio previo, el principio de inocencia, la igualdad de posiciones y el *ne bis in idem*, las delimitaciones sustanciales de los preceptos relativos al procedimiento penal adversarial.

Las prerrogativas enunciadas precedentemente, también han sido reguladas expresamente en las distintas Convenciones Internacionales. Al respecto:

La norma citada – art. 8 PSJCR – regula en su primer apartado, el derecho de toda persona a acceder a una jurisdicción eficaz, sea cual fuere la naturaleza del proceso que deba enfrentar. En el segundo apartado – art. 8.2 – se establecen las garantías mínimas del debido proceso penal que se encuentran desarrolladas en 8 incisos ... El artículo 8.2. b) del tratado americano reconoce al inculpado la garantía de la comunicación previa y detallada de la acusación, en cuanto el artículo 8.2 c) concede al inculpado el tiempo y los medios adecuados para la preparación de su defensa, se trata de ofrecer las oportunidades adecuadas para una correcta defensa. (Albanese, 2000, p. 203)

² CSJN (1976). "Aduana de Paso de los Libres c/S.C.A. Belport" (fallos 295:591).

El punto de partida relacionado a la defensa en juicio, radica en la posibilidad de ser oído por el acusador, de forma tal que las expresiones vertidas por todo sujeto inculpado sean materializadas libremente (sin obligación de decir verdad, ni de recibir cualquier tipo de coacción). Se ha sostenido, respecto a lo antedicho, que:

La base esencial del derecho a defenderse reposa en la posibilidad de expresarse libremente sobre cada uno de los extremos de la imputación; ella incluye también la posibilidad de agregar, además, todas las circunstancias de interés para evitar o aminorar la consecuencia jurídica posible (pena o medida de seguridad y corrección), o para inhibir la persecución penal. Tanto es así que algunas constituciones incluyen directamente en su texto el derecho a ser oído como base de desarrollo de lo que nosotros conocemos como derecho a defenderse (p.ej. Ley Fundamental de la República Federal Alemana). (Maier, 2004, p. 552)

En tales cuestiones, deviene oportuno profundizar el tema de la acusación alternativa, ya que como veremos, el concepto inicial para definir acusaciones alternativas o subsidiarias radica en la idea de otorgarle al encausado la posibilidad de defenderse, en detalle, de aquellas cuestiones respecto de las que sería imputable.

No obstante, existen posibles problemáticas respecto a la interpretación que se realiza de la acusación alternativa, cuando el acusador no desarrolla una encuesta plena y por tales motivos no le es posible delimitar el objeto procesal; ergo, ante tal situación, decide imputar un hecho principal y otro secundario, pudiendo llegar a menoscabar la posibilidad de una defensa efectiva, en tanto si ni siquiera aquel que debe acusar se representa con claridad como podrían haber acontecido los sucesos, no parece pertinente exigirle al sujeto activo que se defienda de algo insustancial.

Por ello, deviene ineludible que quien convoca a un imputado a prestar declaración, relate en forma precisa las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que aconteció el suceso delictivo que se le endilga, a fin de propender a una defensa eficaz y acorde con las pautas constitucionales. Vélez Mariconde explica que

es imprescindible que exista algo de que defenderse: esto es, algo que se le atribuya haber hecho u omitido hacer, en el mundo fáctico, con significado en el mundo jurídico, exigencia que en materia procesal penal se conoce como imputación. (1992, pp. 215-216)

De ahí que, si se decide materializar una imputación alternativa, ambos presupuestos fácticos deben estar detallados en sintonía con el derecho de defensa. Las percepciones vertidas sintéticamente con anterioridad, en cuanto a la necesidad constitucional de materializar una descripción correctamente detallada, importa la posibilidad de que el inculpado pueda desarrollar con plenitud el derecho a ser oído, como así también proponer diligencias probatorias idóneas para defenderse eficazmente. Ello así, en tanto que

conectado con estos principios, la Corte ha sostenido la necesidad de que la acusación dirigida contra un imputado, describa con precisión la conducta reprochada, a fin de que

el procesado pueda ejercer con plenitud su derecho de ser oído y de producir prueba.
(Carrió, 2005, p. 72)

Esencialmente, aunado a los requisitos que debe sustentar una intimación válida, es dable destacar que el lenguaje utilizado por el funcionario debe ser el adecuado, para que el legitimado pueda no sólo conocer la acusación, sino que también pueda ejercer acabadamente la defensa de su interés. Y cuando exista una imputación alternativa, ambas deben describir específica e independientemente los presupuestos fácticos, entendiéndose con claridad donde radica la diferencia sustancial de la subsidiariedad del reproche.

Sobre el particular, no huelga señalar que una imputación adecuadamente instrumentada permite defenderse eficientemente, a la vez que posibilita desconocer todos o alguno de sus elementos para evitar la consecuencia jurídico-penal. Sobre dicha línea, a efectos de garantizar la defensa, no puede estimarse una imputación confusa, esto es, un relato impreciso y desordenado de la acción u omisión que se pone a cargo del imputado y mucho menos en una abstracción, acudiendo al nombre del tipo penal infraccionado, sino que por el contrario, debe tener como presupuesto la afirmación clara, precisa y circunstanciada de un hecho concreto, singular, de la vida de una persona (Maier, 2004, pp. 553-554).

En parigual, Clariá Olmedo elogia las letras del Código Procesal mendocino, por cuanto entiende que refleja la esencia básica de dicho acto, el que relata:

hacer saber al imputado detalladamente el hecho o específicamente los hechos si fueran más de uno... Debe tratarse de una intimación lo suficientemente amplia y completa, como para que el imputado se compenetre en toda su extensión del hecho que se le atribuye y de sus circunstancias. Debe ser oportuna para que el imputado pueda contestar a la imputación en el mismo acto de la indagatoria. Ha de ser clara y específica. (Clariá Olmedo, 1998, p. 514)

En cuanto a la forma y contenido de la imputación, es primordial que la misma – bajo ningún concepto – comprometa al Tribunal que, en definitiva, será la instancia que juzgará la conducta en un sistema acusatorio, como por ejemplo sucede en la provincia de Buenos Aires; ello debe ser valorado toda vez que como me explayaré en la conclusión del trabajo, es mi criterio que la imputación alternativa o subsidiaria sólo puede ser instrumentada en la etapa preparatoria del plenario, pero una vez alcanzada dicha instancia, el alegato último debe imputar un solo hecho, respecto del cual el Tribunal edificará la plataforma para sentenciar, lo cual no importa conforme indicara con anterioridad, compromiso alguno para el órgano jurisdiccional actuante, por cuanto debe primar el principio de imparcialidad.

En efecto, la imputación – por lo demás – no debe comprometer al tribunal que juzga. Es decir, que a fin de conservar su imparcialidad, debe mantener inalterable la hipótesis acusatoria que edifica el objeto del proceso. Allí, radica la regla esencial del

principio acusatorio, que en el procedimiento penal, sobre todo en la persecución de delitos de acción pública, tiene un sentido meramente formal, para posibilitar la defensa del imputado y la imparcialidad del tribunal, a contrario de lo que sucede de ordinario en el procedimiento civil, dado el dominio de la autonomía de la voluntad de las partes (Maier, 2004, p. 554).

Sentado ello, es posible concluir que dentro del ámbito de la acusación alternativa, aquel que efectúa la imputación, debe siempre interpretar el acto con tales premisas (defensa del imputado) y ante ello el suceso que se le endilga debe ser detallado en forma minuciosa y sin ambiguas postulaciones que perturben las posibles manifestaciones exculpatorias.

Sobre el particular, vinculado a la importancia que la declaración del imputado presenta, esencialmente como acto de defensa en juicio y en sintonía con la temática de la acusación alternativa, se ha entendido que:

Es la primera posibilidad que tiene el imputado para que se le escuche en el proceso. Consiste en la exposición espontánea o provocada por un interrogatorio que aquel cumple facultativamente ante el juez. La realización del acto que la dispone deviene esencial para el desarrollo del proceso respecto de determinada persona, aunque el compareciente se niegue a declarar. (D'Albora, 2003, p. 630)

Dichas posibilidades expresadas, que hacen a la defensa en juicio, operan en forma necesaria siempre que exista un conocimiento cierto y determinado de la imputación realizada. En efecto, partiendo de la premisa primordial, de que nadie puede defenderse de algo que no conoce, la comprensión cierta de la intimación hace a la genérica garantía de la defensa en juicio, como derivación sustancial del derecho a ser oído.

Esta situación, se vislumbra claramente en la temática de la acusación alternativa, ya que la primera posibilidad de escuchar al causante debe ser analizada desde la perspectiva – cuasi ambigua – de considerar que el mismo *prima facie* pudo haber participado de dos accionares delictivos disímiles, aunque no exista seguridad alguna de que haya participado en alguno de ellos.

A modo de síntesis, la genérica garantía de defensa en juicio con las acepciones explicitadas en los párrafos que preceden, son cuestiones vinculantes al amplio espectro que presenta el análisis de la acusación alternativa, puesto que dicha prerrogativa inherente al órgano acusador, encuentra límites pragmáticos en el derecho constitucional examinado.

III - RELACIÓN DEL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA CON LA ACUSACIÓN ALTERNATIVA

En primer lugar, es oportuno visualizar que desde el momento en que se materializan acusaciones subsidiarias, aquel representante del órgano judicial que la instru-

menta, persigue la idea tangencial que el procesado conozca las posibilidades que hacen a la persecución estatal.

Ello así, a efectos de respetar la defensa en juicio y el derecho a ser oído resulta acertado, aunque no se presentaría lógico que los hechos se imputen alternativamente cuando no se ostente conocimiento potencial, de cual podría haber sido esencialmente la conducta que cometió el individuo, utilizando de esa forma el instituto en análisis como una especie de “excursión de pesca”, ante investigaciones precarias desde lo probatorio.

En cuanto a los fundamentos normativos del principio de congruencia, los mismos se encuentran en la Const. Nac. (art. 1 – principio republicano, modelo de enjuiciamiento acusatorio –; art. 18 – derecho de defensa – y 75 inc. 22 – tratados internacionales –). El art. 8 del PSJCR. y el art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos también tutelan, entre las garantías judiciales del imputado, el derecho a ser oído e informado detalladamente de la acusación.

En este sentido, el principio de congruencia radica en que la sentencia, debe adecuarse a los presupuestos fácticos que vienen siendo expuestos durante la totalidad del proceso penal instrumentado. A saber, que el hecho delictivo por el cual se lo condena al imputado, sea idéntico al que se le hizo saber en las oportunidades en que fuera citado a prestar declaración o bien cuando se dictó su procesamiento o cuando se elevó a juicio la encuesta preliminar desarrollada (siendo indistinto el Código Procesal que se analice en cuanto a las terminologías utilizadas).

La reglamentación esencial del derecho a ser oído, no tendría razón de ser, si no se estimara a su vez, que la sentencia sólo se debe referir al evento y las circunstancias que contiene la acusación, las cuales han sido intimadas al acusado y por consiguiente sobre aquellos elementos de atribución de responsabilidad sobre los que ha ejercido su derecho a ser oído. Dicha es la regla que trasluce el principio de correlación entre la acusación y la sentencia (Maier, 2004, p. 568).

Esta interpretación erige la máxima inviolabilidad de la defensa en juicio, ya que no puede existir durante el proceso penal ningún tipo de situación sorpresiva para el encartado que restrinja sustancialmente su posibilidad, no sólo de conocer las imputaciones que se le efectúan, sino también defenderse en forma eficaz y uniforme de las mismas.

Es por ello, que aquí ostenta un papel central la temática de la acusación alternativa, puesto que la congruencia a partir de la existencia de una intimación subsidiaria deberá mantenerse incólume durante la totalidad del proceso hasta el alegato fiscal, en tanto lo contrario vulneraría el derecho de defensa eficaz y se colocaría tanto al imputado, como a su defensa letrada, en la ardua tarea – constitucionalmente inválida – de afrontar dos presupuestos fácticos en la etapa final del proceso, con la consecuente carga de planificar una doble estrategia de confrontación.

Cabe señalar, que en dicha oportunidad conclusiva el acusador está obligado “objetivamente” a tener por acreditado un hecho disvalioso, puesto que de lo contrario se

vería en la obligación de no materializar acusación alguna. En tal contexto, entiendo que en la etapa del plenario el estado debe haber acreditado un hecho en particular, puesto que, si materializa en dicho momento procesal una acusación alternativa o subsidiaria, significaría que no ha logrado probar ninguna de las dos conductas en forma “objetiva”.

Desde el plano jurisprudencial, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha expresado la idea que las distintas etapas del proceso deben encontrar los mismos presupuestos fácticos que se le endilgaron al procesado en oportunidad de recibirle declaración indagatoria o su asimilable en los distintos Códigos Adjetivos provinciales.

De esta forma se ha pronunciado en el caso “Zurita” donde indicó que

la correlación necesaria entre el hecho comprendido en la declaración indagatoria, el que fue objeto de acusación y el que fue considerado en la sentencia final, correlación que es natural corolario del principio de congruencia, no se ha respetado en el caso.

La Corte puntualizó, que ni en la indagatoria, ni tampoco en la acusación o en la sentencia de primera instancia, se le había atribuido al procesado que el arma agravante para el robo, fuese la misma que resultara sustraída en el atraco en cuestión. Ello le impidió, concluyó el Alto Tribunal, la defensa material y técnica, con directa e inmediata afectación de la garantía del art. 18 de la Const. Nac. respecto de la circunstancia de agravación tal como fue concebida en la sentencia apelada (Carrió, 2005, p. 72).

Este caso deviene paradigmático, para destacar el criterio antes sustentado, que imposibilita materializar acusaciones alternativas entre figuras básicas y agravadas, puesto que si en primera instancia se imputaba tanto el robo simple, como así también el agravado en razón que uno de los elementos sustraídos era un arma, se vulnerarían las posibilidades de defensa, toda vez que la refutación de un hecho podría importar la confesión del otro.

A modo de ejemplo, podemos decir que si el imputado se intentaba defender del robo agravado sosteniendo que el arma se encontraba en el lugar y él no la portaba al momento del desapoderamiento, estaría confesando necesariamente el robo simple y ello es claramente contradictorio respecto a la garantía constitucional de la no autoincriminación (art. 18 de la Const. Nac.). Al respecto, se ha entendido que: “En sede penal el derecho a guardar silencio implica la facultad de no auto incriminarse y a que la eventual confesión rendida lo sea conforme a determinadas garantías” (Gelli, 2002, p. 174); ante tal premisa parece que al ser imputados hechos que podrían ser denominados contrapuestos en su esencia básica, se restringiría la posibilidad de defenderse sin auto incriminarse respecto de otro suceso, con relevancia penal.

En otros pronunciamientos, la CSJN ha respetado los conceptos antes vertidos, considerando al principio de congruencia como un derivado esencial del derecho de defensa en juicio. A partir de lo expuesto, las acusaciones subsidiarias deben respetar el principio de congruencia y ello es así toda vez que, si se instrumenta a fin de otorgar

la posibilidad de defenderse y en el debate se prueba el hecho secundario, debe mantenerse incólume el principio en trato.

Este, a mi criterio, es un punto favorable de la acusación alternativa, en tanto permite llegada la instancia, seleccionar un solo hecho, habiéndole otorgado al encausado la posibilidad previa de defensa, sin ver contrariada la congruencia entre las imputaciones desarrolladas durante la sustanciación del proceso de enjuiciamiento.

Son hermenéuticas las consideraciones vertidas por Francisco D'Albora, quien entiende que:

esta singular descripción de los hechos cobra un singular relieve si el imputado se abstiene de declarar ya que la pormenorizada acotación de cada uno de los episodios servirá para que, tanto los acusadores como los defensores y el propio tribunal, se encuentren en condiciones de determinar si este principio de congruencia garantizado por la Constitución nacional se ha observado fielmente. La predeterminación del fallo, a través de su cumplimiento, exige que las palabras empleadas en la narración histórica de los hechos estén en la tipología penal con carácter normativo y jurídico. En el sistema del código una mutación en cuanto al hecho exigiría la remisión del proceso al juez competente; más aún si del debate surgen hechos que evidencian la existencia de un delito continuado o circunstancias agravantes de calificación, el tribunal debe suspender el juicio si lo pide la defensa. De ahí la importancia del principio de congruencia ... Para verificar el ajuste del principio de congruencia corresponde comparar el objeto procesal materia de la indagatoria con la requisitoria de elevación a juicio y la sentencia. (2003, p. 630)

Por tales motivos, es que la acusación alternativa puede llegar a ser un instituto que se utilice para garantizar la defensa en juicio, ante supuestos en que no existan motivos suficientes para presumir que una persona participó de un solo hecho. De esta forma, se concede al imputado la posibilidad de defenderse de las dudas que recaen sobre su comportamiento y que se resuelva su situación procesal en forma expedita.

No obstante, como explicaré en el siguiente capítulo con mayor precisión, la acusación alternativa o subsidiaria solamente puede ser utilizada en la etapa preliminar al plenario, pero llegado el momento en que el órgano acusador debe instrumentar el alegato, solamente podrá acusar por un solo hecho que considera probado, por cuanto de lo contrario – en caso de ostentar dudas al respecto – el camino correcto que debe seguir, adoptando un criterio objetivo de oportunidad, es peticionar al Tribunal la absolución del acusado.

En este orden de ideas, Maier analizando cuestiones paradigmáticas del principio de congruencia afirma que:

Otro caso específico puede hallarse en las prohibiciones alternativas, que incluyen comportamientos numéricamente indiferentes: aquellas que vedan varios comportamientos diversos, cuya consumación delictual solo requiere que uno de ellos se perpetre y al mismo tiempo cuya consumación conjunta no multiplica los hechos punibles. Es un

buen ejemplo la figura descrita por el Art. 224 del Código Penal – espionaje –, los diferentes comportamientos que allí se describen consuman individualmente, cualquiera de ellos la infracción y a la vez si todos se llevaran a cabo conjuntamente no multiplicarían la infracción en el sentido del concurso material de los hechos punibles. Desde nuestro punto de vista, la regla procesal que estudiamos, sin embargo, no habilita la condena por otro comportamiento alternativo, si el no ha sido objeto de la acusación; diríamos, con cierta licencia de vocabulario que la imputación no es, desde este punto de vista fungible. (2004, p. 569)

El conocimiento total de las imputaciones posibles que el órgano acusador pueda instrumentar en el proceso respecto del encartado, podría operar ciertamente como una garantía extra dentro de los confines de la defensa en juicio. Es decir, que si la vindicta pública en la etapa investigativa no ostenta sospechas ciertas respecto de una sola conducta delictiva, puede utilizar el instituto de la acusación alternativa para generar una eficaz defensa en juicio del procesado, permitiendo que tanto él como sus letrados establezcan estrategias de justificación y que en la etapa del plenario no se vean sorprendidos por una acusación disímil, respecto de la cual jamás tuvieron posibilidad de contrarrestar.

Vinculado a la exculpación y al ejercicio del derecho de defensa se ha entendido que:

A su vez, otro principio procesal, el de contradicción, exige, entre más factores, ese conocimiento completo y oportuno de la acusación para que su destinatario tenga la oportunidad de exculparse y ejercer su derecho a la defensa, por sí mismo o asistido de abogado, derecho para cuya satisfacción no basta la mera designación de los correspondientes profesionales, siendo necesario que los así nombrados puedan proporcionar una asistencia real y operativa a sus patrocinados (*right of effective representation*), con un contenido real y la suficiente eficacia dialéctica, sin reducirla a un cumplimiento formal. El hecho que, de un lado, haya una acusación y, de otro, una defensa, atribuye al proceso un planteamiento dialéctico que se traduce en la regla de la contradicción, mediante la cual se separa lo verdadero de lo falso, lo útil de lo inútil, lo esencial de aquello que no lo es. (Langevin, 2007)

Como corolario de la temática expuesta precedentemente, resulta dable aclarar, que el Tribunal de Sentencia no se encuentra obligado a mantener la calificación legal sustentada por el Ministerio Público Fiscal, sino que aquello que debe respetar son los sucesos descritos en cada una de las etapas del proceso. Opinar lo contrario importaría vulnerar la posibilidad de defensa del encausado, en tanto cambios radicales en los acontecimientos endilgados significaría dificultar la tarea probatoria defensiva, de aquel que tutele los intereses de un imputado y ello cobra especial trascendencia frente a la presencia de una acusación alternativa en distintas etapas del procedimiento.

Es por ello, que reviste significativa importancia el primer acto en que se le recibe

declaración al sujeto activo, al delimitar el objeto procesal sobre el que deberá analizarse el proceso inculminatorio. Así las cosas, lo que interesa, entonces, es el acontecimiento histórico imputado que se pone a cargo de alguien como protagonista, del cual la sentencia no se puede apartar porque su misión es, precisamente, decidir sobre él. Cualquier modificación sustancial, desde el punto de vista jurídico, sobre el cual se examina un hecho, puede provocar indefensión, por lo inimaginable de la situación que se produce desde un ángulo de observación de la defensa técnica (Maier, 2004, p. 569).

IV - ANÁLISIS ESTRICTO DE LA ACUSACIÓN ALTERNATIVA

El siguiente capítulo está dirigido a desentrañar las aristas que presenta el tema en estudio, intentando dar una perspectiva integradora en orden a los cuestionamientos constitucionales que podrían articularse respecto de la acusación alternativa. Asimismo, se establecerán pautas de interpretación relacionadas con las posibles afectaciones de la acusación subsidiaria a partir de casos particulares.

Ahora bien, como ha sido detallado previamente, la acusación alternativa merece ser examinada conjuntamente con el concepto de congruencia en la inteligencia que establecer, en un proceso penal, imputaciones subsidiarias a la principal posibilitaría, en definitiva, que se mantenga vigente dicha premisa vinculada al derecho de defensa, ante supuestos en que durante el debate oral no sea posible acusar por el hecho principal.

En este orden de ideas, jurisprudencialmente se optó por analizar la acusación alternativa como una forma cierta y eficaz en que el imputado, ante determinados supuestos delictivos, pueda conocer las sospechas absolutas que recaen sobre él, para de esta manera ejercer su derecho constitucional de defensa en juicio en forma eficiente, sin riesgo alguno de ser turbado en etapas posteriores por estrategias acusadoras ocultas. Se ha sostenido que:

Las hipótesis subsidiarias o alternativas, aun las que se excluyen entre sí, resultan recomendables en ciertos casos y favorecen que el acusador, cuando no puede asegurar el éxito de su tesis principal, posibilite una condena por el mismo acontecimiento histórico³.

Por su parte la Corte Suprema de Justicia puntualizó que: “la acusación alternativa o subsidiaria es el mejor remedio para evitar la doble acusación penal, susceptible de provocar la indefensión del imputado”⁴.

³ CCCF, Sala I, L.L. del 27/11/2000, f. 101.247

⁴ L.L. SJP del 30/5/2003, f. 105.571

En concordancia con las postulaciones reseñadas, es posible colegir que la concreción de una acusación alternativa en oportunidad de requerir la elevación a juicio de una encuesta preliminar, permite al imputado además de conocer las imputaciones que recaen en su contra, idear una estrategia probatoria acorde a las circunstancias del caso, para luego no verse sorprendido por la incorporación en la etapa final del proceso de nuevos elementos, que el acusador no había exhibido durante etapas previas.

Por consiguiente, la instrumentación de la acusación alternativa puede caracterizarse no solo por la posibilidad de conocimiento que le otorga al imputado de saber cuáles son los objetos procesales que circunscribirán el proceso, sino que también permite la recolección anticipada de complementos probatorios. Sobre esta premisa, D'Albora entiende que:

La indicación de las probanzas que sustentan el requerimiento de elevación a juicio – los motivos – se exige para posibilitar su refutación a través del ofrecimiento de prueba para el debate (art. 354 párrafo primero). Tal facultad – producir pruebas – integra una cabal defensa (art. 18 Const. Nac.). (2003, p. 765)

Ahora bien, en acápites previos, se han plasmado supuestos en los cuales es viable observar que la acusación alternativa resulta ser un remedio atinado para alcanzar una tutela categórica del derecho de defensa en juicio y por consiguiente del principio de congruencia durante la sustanciación del proceso. Asimismo, se destacaron las ventajas que ello implica para la recolección previa al debate de elementos probatorios inherentes al ejercicio de la defensa estrictamente técnica. No obstante, lo cual, recordemos que, no todos los delitos admiten la posibilidad de instrumentar acusaciones alternativas o subsidiarias (p. ej: figuras básicas y agravadas, etc.) siendo que ello podría generar una “coacción encubierta” respecto del encartado de confesar el hecho menos grave.

En este orden de ideas, el profesor Sancinetti ejemplifica situaciones dogmáticamente puntuales respecto de figuras delictivas que no admiten una persecución punitiva alternativa o subsidiaria, ensayando la cuestión desde la perspectiva del caso “García Belsunce”.

Así, explica que:

La curiosidad de que la sentencia haya llegado a una condena por la imputación alternativa (subordinada), que contenía la acusación: intervención en un homicidio (arts. 45, 79, 80, C.P) o bien encubrimiento por ocultar, alterar o hacer desaparecer los rastros de un hecho delictivo en el que uno mismo no haya participado (art. 277, inc. 1, a y b, e inc. 3, a, C.P).

A primera vista, una imputación ambivalente de esa clase se presenta como contradictoria para el lego, porque quien afirma que alguien intervino en un delito (imputación principal) no puede afirmar a la vez que no intervino en él (imputación alternativa). Pero esta apariencia engaña: la acusación alternativa es legítima, aunque esta cuestión está discutida en la doctrina y, por lo demás, es vidriosa en los detalles.

No hay ningún vicio lógico en que el acusador parta de la base de que cierto hecho, que para él es “claro”, está probado, y piense a la vez que los jueces pueden no coincidir con él, es decir, que ellos consideren que “no está probado” el hecho de la imputación principal. Y si se tiene por no probada la participación en el homicidio, entonces, al menos los actos que para el acusador son de “auto” – encubrimiento, deberían ser valorados por los jueces – esa es la lógica de la acusación alternativa – como encubrimiento de un tercero, por ende, como hecho punible por esta razón. La acusación, acaso, denunciaba su inseguridad respecto de la imputación principal, pero no era lógicamente contradictoria.

Sin embargo, aunque ese procedimiento es teóricamente factible, en el caso concreto tropezaba con un obstáculo que, a mi juicio, era insalvable. Y es que el delito de encubrimiento tiene prevista una excusa absolutoria (lo que quiere decir que entonces el hecho no es punible), cuando el que realizó los actos de ocultamiento “hubiere obrado en favor de un pariente” (hasta cierto grado de parentesco que señala la ley) o “de un amigo íntimo o persona a la que se debiese especial gratitud” (art. 277, inc. 4, C.P). Dicho a modo de ejemplo: si se encubre al propio hermano, el hecho no es punible. Ahora bien, aun cuando uno no conozca las vicisitudes de la causa judicial, parece evidente que en un caso de estas características el “verdadero” responsable bien podría estar en una relación personal con el acusado de aquellas que indica el art. 277, inc. 4, C.P, por lo que, entonces, el hecho no sería punible.

El tribunal, al parecer, ha expresado que no se sabe en favor de quién se realizó el encubrimiento, pero justamente esto implica que pudo tratarse de un hecho impune, ya sobre la base del propio punto de partida del tribunal. Para la condena por encubrimiento, entonces, y en razón de las especiales circunstancias del caso, habría sido necesario – tal es mi opinión – que hubiera estado identificada positivamente la persona encubierta y que ésta no fuese de aquellas cuyo favorecimiento la ley no somete a pena. En suma, a mi modo de ver, en el caso concreto no era posible la condena por la imputación alternativa. (Sancinetti, 2007)

Pese a coincidir con lo señalado precedentemente en cuanto a que el Tribunal de intervención, debiera tener por acreditado quien es el autor del homicidio para descartar la excusa absolutoria prevista para el delito de encubrimiento, entendiendo que el *onus probandi* recae sobre el Ministerio Público Fiscal (el cual no acreditó ello en el marco de la causa de referencia) y no sobre la defensa; me permito disentir en cuanto a que sea posible la instrumentación de una acusación alternativa, en oportunidad de materializar el alegato el representante estatal.

Al respecto, la propia letra del Código Procesal Penal provincial, fija pautas interpretativas en tal sentido. En efecto, el art. 335 establece que

el requerimiento podrá indicar alternativamente aquellas circunstancias de hecho que permitan encuadrar el comportamiento del imputado en un tipo penal distinto, para el caso de que no resulten demostrados en el debate los elementos que componen su calificación jurídica principal, a fin de posibilitar la correcta defensa del imputado.

Es por ello que la terminología “para el caso de que no resulten demostrados en el debate los elementos que componen su calificación jurídica principal”, importa sus-

tancialmente que durante el plenario debe optarse por una de las dos opciones, siendo aquella que se encuentre probada, de lo contrario deberá requerirse la absolución del imputado.

Recordemos en este sentido, que el Ministerio Público Fiscal ostenta la obligación de mantener durante la totalidad del proceso, un criterio objetivo de intervención (art. 59 del CPP).

Permitir lo contrario, estimo, resultaría tanto como otorgar una autorización para apartarse de ese criterio de objetividad, en tanto si entiende que se probaron posiblemente dos hechos delictivos, ello implicaría *mutatis mutandi* la carencia convictiva de haber podido acreditar racionalmente la participación, en al menos, uno de ellos.

Las leyes argentinas han sido ambivalentes en cuanto a la incorporación expresa de la acusación alternativa en sus reglamentaciones procesales. No obstante, en ningún caso la han prohibido expresamente, ni se han opuesto a que el acusador proceda de esta manera, estableciendo formas recomendables en casos conflictivos e, incluso, en aquellos en los cuales el acusador no puede asegurar el éxito de su tesis principal. La práctica ha impuesto esta forma de acusar en las ofensas progresivas contra el honor (calumnia e injuria, CP 109 y 110). (Maier, 2004, p. 574).

En efecto, ello describe que más allá de la no incorporación de la temática en los digestos procesales, lo cierto es que como hemos podido observar tanto la jurisprudencia, como así también la doctrina han emitido distintas opiniones sobre el asunto, promoviendo a mi criterio la incorporación dentro del art. 335 del Ritual bonaerense del instituto, en forma expresa, como lo reseñara anteriormente.

Algo similar ha sucedido en el Código Procesal Penal de Santa Fe, el cual luego de su última modificación, incluyó la previsión normativa que permite al titular de la acción pública efectuar un requerimiento acusatorio alternativo. Específicamente el art. 295 establece que en

el requerimiento acusatorio... podrán indicarse y servirán como acusación alternativa, aquellas circunstancias del hecho que permitirían encuadrar el comportamiento del imputado en una figura distinta de la ley penal, que se precisará, para el caso que no resultaren demostrados en el debate los elementos que componen su calificación jurídica principal.

Por demás, deviene interesante transcribir lo reseñado por el Dr. Tomás Gabriel Orso (fiscal de Primera Instancia, provincia de Santa Fe), quien en las conclusiones de un trabajo materializado con motivo de la reforma indicó acertadamente que:

En definitiva y por los motivos expuestos, considero que una estrategia fiscal consistente en la introducción, durante el plenario, de una acusación principal y otra subsidiaria, formuladas no solapadamente sino de modo explícito y respetuosa del marco fáctico contenido en la primigenia intimación no sólo resulta respetuosa del debido proceso sino

que no causa sorpresa a la Defensa, quien estará en condiciones de adoptar la estrategia que estime adecuada, pudiendo rebatir todas las hipótesis que el acusador puso en juego y sobre las cuales deberá pronunciarse el órgano jurisdiccional.

Finalmente, como corolario del capítulo en trato, es factible afirmar que la acusación alternativa resulta ser un medio apto, para abordar cuestiones en las que no existan en la encuesta preliminar indicios vehementes que permitan presuponer que una persona denunciada penalmente ha participado de un evento en particular, siendo que la pesquisa preparatoria no ha podido dilucidar acabadamente tales extremos.

En tal inteligencia, se ha sostenido que:

En relación a los casos de congruencia deben analizarse a la luz de la ley penal que provoca el llamado concurso de leyes o concurso aparente. Lo importante para el principio estudiado, propio del derecho procesal, es comprender que, a pesar de la vigencia de la regla *iura novit curia*, la sentencia, para no provocar la indefensión, no puede exceder el marco de las circunstancias fácticas efectivamente descriptas por la acusación (eventualmente el auto de apertura del juicio) para ser corroboradas durante el debate; y más allá de ello, advertir que en estos casos, regularmente jugará un papel esencial el principio *ne bis in idem*, de manera que si la acusación fracasa u obtiene cierto resultado no será posible perseguir penalmente con posterioridad, introduciendo las circunstancias faltantes en la primera persecución ... Es por ello que el mejor remedio para estos - y otros casos - es acudir a la acusación alternativa o subsidiaria: ella supone que el acusador pondrá en juego las hipótesis posibles, cuidando de describir todas las circunstancias necesarias para que puedan ser verificadas en la sentencia, sin perjuicio de ordenar el escrito de manera que permita entender cuál es la tesis principal y cuál o cuáles las subsidiarias o alternativas. Una acusación construida de esta forma permite la contestación defensiva, la prueba y la decisión; se observa claramente como ella es el pilar fundamental que permite el ejercicio idóneo del derecho de defensa. (Maier, 2004, p. 574)

Por otra parte, la inclusión de acusaciones alternativas previo al desarrollo del plenario, permite disminuir complicaciones que suelen presentarse ante la existencia de hechos diversos que requieren la suspensión del debate, a los efectos de que la defensa del encartado analice la situación y se decida el temperamento procesal que corresponda adoptar.

Así, se ha expresado que:

El pronunciamiento del Tribunal debe circunscribirse con precisión a los términos del debate y tal como han sido formuladas las pretensiones de la acusación y la correspondiente defensa. A fin de evitar como consecuencia de la aplicación de estos principios, absoluciones discutibles para el Ministerio Público, es aconsejable el empleo de acusaciones alternativas, en la que se distinga la tesis principal de la subsidiaria. Ello posibilitaría la condena por receptación frente a una acusación principal por hurto, lo que resultaría vedado, si el primer delito no fue requerido por el Fiscal y por lo tanto el acusado no pudo defenderse. (Falcone, 2002, pp. 101-102)

V - CONCLUSIÓN

Como corolario, deviene apropiado elaborar una sinopsis conceptual unificadora de los criterios sustentados, en lo atinente a los principios constitucionales valorados en relación a la acusación alternativa, como así también respecto del ámbito de aplicación que propicio conforme las consideraciones examinadas.

Sentado ello, destaco que la acusación alternativa resulta ser un instituto derivado sustancialmente de la garantía constitucional de la defensa en juicio, entendiéndose que la idea consistente en que un individuo sea intimado respecto de un accionar disvalioso principal y otro subsidiario importa un debido ejercicio de la prerrogativa legal en cuestión. No obstante, en ciertas ocasiones puede presumirse que ello no es analizado bajo dicha modalidad por los acusadores, en la inteligencia que las acusaciones alternativas importan la idea de no tener acreditado cual es realmente el acontecer delictivo en que pudo ostentar participación el imputado, posiblemente por ineficacia investigativa.

Asimismo, se ha propiciado la idea relativa a que si se entiende menester conformar una imputación subsidiaria, los objetos procesales deben estar individualizados de forma tal que el imputado se defienda de tales acusaciones, sin menoscabar el derecho de defensa.

Por otra parte, se postuló que una importante arista de la acusación subsidiaria, es no permitir sorpresas inimaginables durante el plenario que restrinjan derechos inherentes a la defensa del imputado. La congruencia de una intimación subsidiaria, deberá mantenerse incólume en la totalidad del proceso hasta el alegato fiscal, ya que de lo contrario se vulneraría la garantía constitucional en trato.

En definitiva, considero que la acusación alternativa opera como una garantía complementaria dentro de los confines de la defensa en juicio y le exige al representante del órgano acusador una actuación acorde a criterios de objetividad, que deben guiar inexorablemente su intervención en el proceso.

La propia letra del art. 335 del CPP estipula que al final del debate se podrá acusar solo por un hecho, resultando apropiado el texto en resguardo de las garantías constitucionales y convencionales que han sido enunciadas.

En definitiva, la acusación alternativa es un instituto que utilizado respetando los parámetros constitucionales de la defensa en juicio y la compatibilidad del principio de congruencia permite al imputado de un delito ejercer con mayor aptitud su defensa y aportar elementos de prueba al respecto. De lo contrario, si es utilizada como corrector de deficiencias en la pesquisa, las garantías en trato se verían seriamente transgredidas.

REFERENCIAS

- ALBANESE, S. (2000). *Garantías Judiciales (algunos requisitos del debido proceso legal en el derecho internacional de los Derechos Humanos)*. Ediar.
- CARRIÓ, A. D. (2005). *Garantías Constitucionales en el Proceso Penal*, (5° ed. actualizada). Hammurabi.
- CLARIÁ OLMEDO, J. A. (1998). *Tratado de Derecho Procesal Penal. Tomo IV*. Ediar
- D'ALBORA, F. J. (2003). *Código Procesal Penal de la Nación Comentado. Tomo II*, (7° ed.). Abeledo Perrot.
- ERBETTA, D., FRANCESCHETTI, G. Y ORSO, T. (2009). *Código Procesal Penal de la provincia de Santa Fe*. Rubinzal- Culzoni.
- FALCONE, R. A. (2002). *El principio acusatorio (El procedimiento oral en la provincia de Buenos Aires y en la Nación)*. Ad-Hoc.
- GELLI, M. A. (2002). *Constitución de la Nación Argentina Comentada y Concordada*, (2° ed. ampliada). La Ley.
- LANGEVIN, J. H. (2007) Los límites punitivos del juzgador en el proceso penal. En *Revista Jurídica La Ley*. LA LEY 2007-D. 633-649
- MAIER, J. (2004). *Derecho Procesal Penal. Tomo I Fundamentos*. (2° ed.). Editores del Puerto.
- SABSAY, D. A. Y ONAINDIA, J. M. (1999). *La Constitución de los argentinos, Análisis y Comentario de su texto luego de la Reforma de 1994*. Errepar.
- SANCINETTI, M. A. (2007). ¿Homicidio versus encubrimiento del autor del hecho, que acaso pudiera ser pariente? A propósito de la sentencia sobre el homicidio de María Marta García Belsunce. En *ElDial.com biblioteca jurídica online*. www.eldial.com
- VÉLEZ MARICONDE, A. (1981). *Derecho Procesal Penal. Tomo II*. (4° ed.) Editorial Lerner.