

¿Reconfiguración del hecho en el juicio penal?

¿Reconfiguration of the fact in the criminal trial?

ÁNGEL ZERPA APONTE*

Resumen: El Código procesal penal venezolano (“COPP”) contempla la “Congruencia entre Sentencia y Acusación” en el sentido que el acusado no puede ser condenado por precepto penal distinto al acusado. Pero no obstante ello también incorpora dicho Código normas sobre ampliación de la acusación durante el debate en juicio, o el cambio de calificación del hecho, o, inclusive, el conocimiento de un “nuevo hecho”. En el ensayo se plantean las diferentes variables de este cambio calificadorio y su relación con el citado principio de congruencia como sustento constitucional del sistema acusatorio penal. Pretendemos encontrar algunas hipótesis de viabilidad de tales circunstancias “discongruentes” -si se nos permite la expresión- atendiendo a la noción de verdad de los hechos a ser concebido por el juez en su fallo, pero sin desatender la presunción de inocencia, si no hay eficiente desvirtuación de aquella, con pruebas.

Palabras claves: Cambio calificadorio en juicio penal.

Abstract: *The Venezuelan Criminal Procedure Code (“COPP”) contemplates the “Congruence between Sentence and Accusation” in the sense that the accused cannot be convicted by a different criminal provision than the accused. However, this Code also incorporates rules on expanding the accusation during the trial debate, or changing the classification of the fact, or even the knowledge of a “new fact.” The essay presents the different variables of this qualifying change and its relationship with the*

aforementioned principle of congruence as the constitutional support of the criminal adversarial system. We intend to find some hypotheses of viability of such “incongruent” circumstances -if we may use the expression- taking into account the notion of truth of the facts to be conceived by the judge in his ruling, but without neglecting the presumption of innocence, if there is no efficient distortion of that, with evidence.

Key words: *Qualifying change in criminal trial.*

¿Reconfiguración del hecho en el juicio penal?

ÁNGEL ZERPA APONTE*

Revista FCJP, ISSN 0798-4456, ISSN-e 3007-4436,

N.º 141, 2024, pp. 245-292

SUMARIO: **Introducción.** 1. Planteamiento del problema: la existencia de institutos procesales discongruentes entre la acusación y la sentencia. 2. Los “postulados de la congruencia sentencia-acusación”. 3. Clases de congruencia. 4. ¿Puede haber una reconfiguración del hecho objeto del proceso ya admitida la acusación penal? 5. Hipótesis con respecto a la víctima aportando hecho o calificación jurídica como parte procesal. 6. Un aspecto transversal: las “pruebas complementarias”. 7. La admisión... ¿de qué hecho? 8. ¿Bonam partem o reforma peyorativa en el cambio de calificación? 9. Cambios de calificación en el devenir del debate de juicio. 10. Hipótesis con respecto al llamado “nuevo hecho”. 11. “Nuevos hechos” en el devenir procesal pero manteniéndose el mismo “supuesto de hecho”, del hecho acusado. **Conclusiones.**

* Profesor de Pre y Postgrado en la Universidad Central de Venezuela, y otras Universidades venezolanas. Ha pertenecido al Poder Judicial como Juez Titular en la Corte de Apelaciones de Caracas. Conferencista nacional e internacional. Autor de artículos y ensayos jurídicos.

Introducción

El Código Orgánico Procesal Penal¹ venezolano (a partir de ahora, “COPP”) contempla la “Congruencia entre Sentencia y Acusación” en el sentido que el acusado no puede ser condenado por precepto penal distinto al acusado. Pero no obstante ello también norma una ampliación de la acusación durante el debate en juicio, “...mediante la inclusión de un nuevo hecho o circunstancia que no haya sido mencionado y que modifica la calificación jurídica”..., lo mismo que también se le concede al juez de juicio una advertencia judicial de cambio de calificación. Inclusive dicho Código contempla la posibilidad que en juicio se conozcan “nuevos hechos”, “...que requieren su esclarecimiento”... En este entramado de normas, y en muchas otras más, se evidencia a las claras que aquel “Principio de Congruencia” entre la sentencia y la acusación que impone el COPP se ve revestido de reacomodos, de ajustes. Ahora bien, si entendemos por “congruencia”, la consonancia de las resoluciones judiciales en relación a las imputaciones formuladas, para que exista identidad jurídica entre el resultado y lo imputado en materia penal, debe haber contenciones, diques de precisión para evitar injustas decisiones en violación a la exigida congruencia habida cuenta institutos procesales dis-congruentes como los señalados.

Así, entre las imputaciones formuladas al encausado, para su procesamiento o enjuiciamiento definitivo, y la decisión que resuelve sobre la existencia de los hechos ilícitos en que se basan tales imputaciones, debe existir una “correspondencia plausible” ya que es la acusación la que fija el objeto del juicio y su relato de los hechos es lo que subsidiariamente fija la calificación jurídica propuesta. La congruencia entre sentencia y acusación es la garantía para el acusado de no ser condenado por un precepto legal distinto, como prin-

1 Ley Orgánica de Reforma del Código Orgánico Procesal Penal (Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N.º 6644 extraordinario, del 17-09-2021).

cipio pilar fundamental del sistema acusatorio. De allí que cuando se le condene por un hecho que no se le advirtió, necesariamente queda en indefensión frente a la determinación que le declara culpable.

Adentrémonos pues en esta realidad normativa que permite la reconfiguración del hecho en el juicio, y veamos su relación con respecto a la calificación jurídica sobre tal hecho.

1. Planteamiento del problema: la existencia de institutos procesales discongruentes entre la acusación y la sentencia.

El art. 345 del COPP nomina la llamada “Congruencia entre Sentencia y Acusación” en el sentido que el acusado “...no puede ser condenado o condenada en virtud de un precepto penal distinto del invocado en la acusación, comprendida su ampliación, o en el auto de apertura a juicio, si previamente no fue advertido o advertida, como lo ordena el artículo 333 de este Código, por el Juez”... (*omissis*) . Por su parte, la mencionada “Ampliación de la acusación” es normada en el art. 334 *eiusdem*, parcialmente transcrito, de manera tal que “Durante el debate, y hasta antes de concedérsele la palabra a las partes para que expongan sus conclusiones, el Ministerio Público o el o la querellante podrán ampliar la acusación, mediante la inclusión de un nuevo hecho o circunstancia que no haya sido mencionado y que modifica la calificación jurídica o la pena del hecho... todas las partes...tendrán derecho a pedir la suspensión del juicio para ofrecer nuevas pruebas”...

La llamada advertencia judicial de cambio de calificación en pleno juicio, mencionada en el art. 345 transcrito, no es más que el instituto procesal regulado por el COPP en su art. 333, como la “Nueva Calificación Jurídica”...

Si en el curso de la audiencia el tribunal observa la posibilidad de una calificación jurídica que no ha sido considerada por ninguna de las partes, podrá advertir al acusado o acusada sobre esa posibilidad, para que prepare su defensa. A todo evento, esta advertencia deberá ser hecha por el Juez o Jueza inmediatamente después de terminada la recepción de pruebas, si antes no lo hubiere hecho. En este caso se recibirá nueva declaración al acusado o acusada y se informará a las partes que tendrán derecho a pedir la suspensión del juicio para ofrecer nuevas pruebas o preparar la defensa.

Además, el art. 342 del COPP, precisa lo que bajo el epígrafe de “Nuevas pruebas”, también contempla una hipótesis de variación del hecho a enjuiciar...

Excepcionalmente, el tribunal podrá ordenar, de oficio o a petición de parte, la recepción de cualquier prueba, si en el curso de la audiencia surgen hechos o circunstancias nuevos, que requieren su esclarecimiento. El tribunal cuidará de no reemplazar por este medio la actuación propia de las partes.

En este entramado de normas, y en muchas otras más, se evidencia a las claras que aquel “Principio de Congruencia” entre la sentencia y la acusación que impone el art. 345 del COPP se ve revestido en el *iter* procesal de una serie de reacomodos, de ajustes. Según el Diccionario Esencial de la Lengua Española, se entiende por congruencia, la “...Conformidad entre los pronunciamientos del fallo y las pretensiones de las partes formuladas en el juicio”... . Según Devis...

...Se entiende por congruencia o consonancia, el principio normativo que delimita el contenido y el alcance de las resoluciones judiciales, en relación a las peticiones o imputaciones formuladas y con los puntos que la ley procesal ordene resolver sin necesidad de instancia de

parte, para que exista identidad jurídica entre el resultado y lo pedido o imputado u ordenado resolver de oficio por la ley (...) en materia penal, debe haberla entre las imputaciones formuladas al imputado o indiciado para su procesamiento o enjuiciamiento definitivo y la decisión que resuelve sobre la existencia de los hechos ilícitos en que se basan tales imputaciones y la responsabilidad que a aquel corresponda por ellos...²

Binder señala que según el principio de congruencia entre acusación y sentencia, "... la precisión y la claridad de la acusación son muy importantes, porque es la acusación la que fija el objeto del juicio, el cual está fijado fundamentalmente por el relato de los hechos que hace la acusación, por lo que subsidiariamente está fijado por la calificación jurídica que propone la acusación"...³. Al respecto, hasta ahora, el jurisdatio de la Sala Constitucional (a partir de ahora "SC") del Tribunal Supremo de Justicia (a partir de ahora, "TSJ") en su Sentencia N° 811 (a partir de ahora, se indicará solo el número de la sentencia y su fecha) del 12-5-05, no hace más que transcribir el citado art. 345 del COPP, sin mayor análisis...

...El principio de congruencia entre sentencia y acusación es la garantía para el acusado de no ser condenado por un precepto legal distinto del invocado en la acusación, comprendida su ampliación, o en el auto de apertura a juicio, si previamente no fue advertido por el juez sobre la posible modificación de la calificación jurídica...

La Sala de Casación Penal (a partir de ahora "SCP"), en la 420 del 11-11-11, refiriéndose al mencionado instituto procesal, asentó...

2 Hernando Devis Echandía, *Teoría general del proceso aplicable a toda clase de procesos*, I (Buenos Aires: Editorial Universidad, 1984), 49-50.

3 Alberto Binder, *Introducción al Derecho Procesal Penal* (Buenos Aires, Ad-hoc, 1993), 67.

...La norma “*in comento*” no hace otra cosa que consagrar el principio de congruencia o consonancia que debe existir entre sentencia y acusación. Este principio es uno de los pilares fundamentales del sistema acusatorio, el escrito o acusación por medio del cual el Ministerio Público imputa a determinada persona un hecho ilícito contiene una narración del tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos. El acusado ante los ilícitos imputados dispone de elementales garantías procesales para desvirtuarlos y aceptarlos o rechazarlos. De allí que cuando se le condene por un hecho que no le fue imputado o sobre el cual no se le advirtió durante la correspondiente etapa procesal, necesariamente quedó en indefensión frente a la determinación que le declara culpable resultando que se le violó la tutela judicial efectiva, el debido proceso y el derecho a la defensa, entendiendo nosotros que tal situación no es subsanable bajo ningún aspecto por cuanto atañe al orden público...⁴

2. Los “postulados de la congruencia sentencia-acusación”.

Así, desde una perspectiva constitucional, con respecto a la congruencia entre acusación y sentencia, se pueden asentar los siguientes postulados:

- a) No son relevantes, a efectos de congruencia, las resoluciones del tribunal que benefician al acusado. En este apartado se incluyen la sentencia absolutoria, la imposición de pena inferior a la de la acusación y la apreciación de circunstancias que reducen la pena. No así la apreciación de oficio de circunstancias agravantes, lo que debe llevar a la impugnación de tal sentencia.
- b) Tampoco es relevante a efectos de la congruencia la opción por

4 En otra, la 1592 de la SCP, del 5/12/00, el criterio fue que ...”*la calificación jurídica que el Fiscal del Ministerio Público da a los hechos en su acusación, sí puede ser cambiada por el Juez de instancia si el hecho controvertido no es congruente con la calificación dada por el Ministerio Público en su acusación y tal como lo dispone el... Código Orgánico Procesal Penal, el tribunal puede dar una calificación jurídica distinta a la de la acusación*”...

el grado de pena que pueda hacer el Tribunal, siempre que con ello no se pene un delito más grave del que es objeto de acusación;

- c) Se produce incongruencia por defecto cuando no se resuelva en ella sobre todos los puntos que hayan sido objeto de la acusación y defensa;

Se colige, entonces, que la congruencia es la conformidad de la sentencia con las pretensiones de las partes formuladas en el juicio, y comprende los siguientes aspectos: 1) Que el fallo se limite al hecho y circunstancias descritas en la acusación y en el auto de apertura a juicio; 2) Que el acusado no sea condenado en virtud de un precepto legal distinto del invocado si previamente no fue advertido sobre la posible modificación de la calificación jurídica; 3) Que la sentencia sea exhaustiva, esto es, que contenga decisión sobre todos los alegatos de las partes, tanto los acusatorios como los de descargo.

3. Clases de congruencia.

Así, se habla de clases de congruencia, a saber:

- a) Subjetiva: se refiere a la persona del acusado e implica que no podrá ser condenado si no tuvo previamente aquella condición;
- b) Objetiva: Se refiere al hecho punible e impone su inmutabilidad.

Entonces, la correcta intimación y descripción del hecho imputado -a lo largo de todo el proceso- posibilita el respeto por el principio de congruencia y éste, a su vez, posibilita - o es una manifestación- del adecuado ejercicio de la defensa en juicio. En efecto, el art. 1 del COPP prescribe que nadie puede ser penado sin juicio previo, siendo que el art. 23 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (a partir de ahora, “CRBV”) le otorga jerarquía constitucional a la Convención Americana sobre

Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) y al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Estos instrumentos, al estipular las garantías judiciales del imputado (art. 8° y 14° respectivamente), mencionan el derecho a ser oído y a recibir detallada comunicación de la acusación formulada. Esta, debe contener una relación circunstanciada del hecho con indicación del lugar, tiempo y modo de ejecución, lo que alguna doctrina describe como el ser anoticiado detalladamente del hecho que se le atribuye.

Enseña Maier⁵ que la base esencial del derecho a defenderse reposa en la posibilidad de expresarse libremente sobre cada uno de los extremos de la imputación (y sus pruebas), esto es la llamada contradicción; que nadie puede defenderse de algo que no conoce y por ello es tan importante hacer saber al imputado de esa acusación; que para posibilitar esa defensa, la imputación debe ser correctamente formulada (detallada, clara, que no alcanza con la mera mención el *nomen iuris* asignado a hecho, etc.).

La importancia cardinal de este punto, que técnicamente recibe el nombre de la intimación, y de acuerdo a Pessoa⁶, es evidente que si no se le hace saber al acusado el hecho que se le atribuye, dicho acto será nulo por cuanto tal irregularidad está referida a una forma procesal esencial que tiende a preservar la garantía de defensa en juicio. Binder⁷ pone de resalto que una incorrecta intimación, ocultar pruebas o realizar preguntas capciosas, etc., va en contra de los principios de un fair trial (juicio justo).

En tal sentido, vemos que en nuestro ordenamiento procesal ésta necesaria detallada descripción del hecho imputado es requerida tanto

5 Julio Maier, *Derecho Procesal Penal. I- Fundamentos* (Editores del Puerto, 2002), 559-560.

6 Nelson Pessoa, *La Nulidad en el Proceso Penal*, (Mario A. Viera Editor, 1997), 29-31.

7 Alberto Binder, *Introducción al Derecho Procesal Penal*, 154.

en la imputación (art. 126 del COPP⁸), con mayor vigor en la acusación (art. 308.2) y en el auto de apertura a juicio (art. 314.2, todos del COPP). Es la llamada “relación clara, precisa y circunstanciada de los hechos”. Por ello es que si la acusación fiscal no estuviera revestida de la precisión requerida, se puede solicitar al tribunal su declaración de nulidad, argumentándose que aquella imprecisión la priva de ejercer una adecuada defensa. Por su parte, el art. 346.2 del COPP, establece como requisito de la sentencia, la enunciación del hecho y las circunstancias que hayan sido materia de acusación.

Ahora bien, empero lo anterior, diversas normas del ordenamiento procesal penal le autoriza al tribunal a dar al hecho una calificación jurídica distinta a la contenida en la acusación. Aquí es donde entra a jugar el ya citado principio de congruencia, porque ese hecho (u hechos) es lo que determina el objeto del juicio (objeto procesal). En principio éste debe permanecer inalterable (congruente) a lo largo de todo el iter procesal conformado por sus diversos y progresivos estadios de imputación-intimación-contradicción-prueba-sentencia.

Queda claro entonces que este principio es una manifestación fundamental del derecho de defensa, pues ¿qué sentido tendría afirmar la inviolabilidad de la defensa en juicio, si luego de intimar a un imputado por un hecho del que se lo acusa, se lo condenara por un hecho distinto?. Esto se llama correlación entre acusación y sentencia: la sentencia no puede ampliar ni restringir el supuesto de hecho presentado por el acusador. La ampliación de ese contenido implica actuar *ex officio*, por falta de excitación de la jurisdicción. La omisión implica no agotamiento de la *res iudicanda*. En ambos casos la sentencia será nula. Advierte Clariá que la correlación no se trata de un rigorismo matemático; sin que debe recaer sobre los elemen-

8 Imputado o imputada. Se denomina imputado o imputada a toda persona a quien se le señale como autor o autora, o partícipe de un hecho punible”... (*omissis*).

tos esenciales y realmente influyentes del hecho. Por su parte, Vélez Mariconde⁹ expresa que entre la acusación intimada (originaria o ampliada), y la sentencia debe mediar una correlación esencial sobre el hecho, la que impide condenar por otro hecho diverso (*ne est iudex ultra petita partium*). Y agrega: el acusador formula una hipótesis fáctica que somete a la consideración del juez, determinando así el objeto procesal concreto. La sentencia debe referirse a ese mismo hecho imputado (o acontecimiento histórico, o asunto de la vida en torno del cual gira el proceso, tal como gráficamente lo definiera Beling).

Puesto el énfasis por esta calificada doctrina respecto de la congruencia fáctica, va de suyo que la correlación no atañe a la calificación legal del hecho imputado, que permite que en la sentencia, el tribunal podrá dar al hecho una calificación jurídica distinta a la contenida en el requerimiento fiscal. Esta potestad de definir jurídicamente, de otorgarle un marco o encasillamiento legal a los hechos, tiene basamento en el principio conocido como *iura curia novit*¹⁰. Recuerda Adolfo Alvarado Velloso¹¹ que en el sistema de procesamiento denominado inquisitivo el juez tenía poderes absolutos, no sólo para aplicar el derecho sino para fijar los hechos. Con la Revolución Francesa comienza a emerger nuevamente el sistema ya conocido por la ciencia jurídica greco-romana: el sistema dispo-

9 Alfredo Vélez Mariconde, *Derecho Procesal Penal. Tomo II*, 3ª edición (Marcos Lerner Editora, 1986), 233-234.

10 "...En cuanto al posible origen del aforismo, hoy transformado en regla procesal, Sen-
tís Melendo -citando a Augenti y a Planiol- relata que pareciera remontarse al siglo
XIV y encontrarse como casualmente en una frase, casi podría decirse un exabrupto,
de un juez que fatigado por las disquisiciones jurídicas de un abogado, lo interrumpió
exclamando "*Venite ad factum. Curia novit ius*"(Trae los hechos, el juez conoce
el derecho)..." (cfr. Daniel Horacio Morbiducci "Calificación legal de la pretensión
y el límite de la congruencia", Ponencia presentada ante el VI Congreso Nacional de
Derecho Procesal Garantista. Publicado en *ElDial.com*, el 22-11-04).

11 Alvarado Velloso, "*El debido proceso de la garantía constitucional*" (Argentina, Rosario:
Editorial Zeus, 2003), Capítulo III, publicado en *ElDial.com* el 24-2-05).

sitivo (denominado acusatorio en materia penal). En la paulatina mutación hacia este sistema, tanto la doctrina como la jurisprudencia comenzaron a avizorar que los poderes que le daba al juez la regla *iura novit curia* de ninguna manera podían ser absolutos y que su actividad debía estar limitada por principios procesales de inexcusable cumplimiento para que fuera respetado principalmente el derecho de defensa de las partes.

Ahora bien, aun cuando pareciera sencillo poder distinguir cuándo estamos en presencia de un mero cambio de calificación legal o de una variación de las circunstancias fácticas, ello no ocurre con tal claridad en todos los casos. Tan es así, que el punto suscitó el tratamiento de la más calificada doctrina. Vélez Mariconde¹² cita a Manzini en relación a cómo establecer una especie de regla general para lograr aquella distinción. Refiere Manzini que no puede determinarse a priori en qué casos resulta modificado el hecho intimado.

Aporta entonces Vélez Mariconde su propia regla: la sentencia condenatoria debe ser idéntica a la acusación en cuanto a los elementos esenciales capaces de influir sobre la culpabilidad del acusado. Es admisible la diversidad entre ambos actos siempre que ello no implique privar a aquel de su defensa. Binder¹³ recalca esta imposibilidad de que el cambio de calificación resulte sorpresivo y no haya sido tenida en cuenta en ningún momento del desarrollo del juicio o los debates particulares. Maier¹⁴ llega a la misma conclusión al señalar que la pauta hermenéutica ante los casos problemáticos está dada por la máxima de la inviolabilidad de la defensa.

12 Alfredo Vélez Mariconde, *Derecho Procesal Penal*, 238-239.

13 Alberto Binder, *Introducción al Derecho Procesal Penal*, 160.

14 Julio Maier, *Derecho Procesal Penal. I- Fundamentos*, 569.

4. ¿Puede haber una reconfiguración del hecho objeto del proceso ya admitida la acusación penal?

Ahora bien, volviendo al caso venezolano, es francamente verificable con la redacción de las normas arriba transcritas del COPP, que si existe una reconfiguración, una suerte de mutación del hecho objeto del proceso penal, del sustrato factico de la sentencia, aquel por el cual se condena, se absuelve o se sobresee a un acusado, durante el desarrollo del juicio. Esto debe analizarse jurídicamente, porque al estar así regulado normativamente, ciertamente es un problema concreto que no dejaría de estar ausente en no pocos juicios penales, posibilitando entonces la vulneración de variadas garantías procesales, inclusive de origen constitucional.

El llamado “Principio de necesidad” en el proceso penal, es entendido en diversas acepciones. Fundamentalmente está vinculado a la llamada Presunción de Inocencia que conforme al art. 49.2 de la CRBV, impone que “Toda persona se presume inocente mientras no se pruebe lo contrario”. Es decir, la desvirtuación de la natural condición de inocente de toda persona, solo se logra a través de pruebas, pero no pruebas de cualquier hecho sindicado, sino de aquel que, preparatoria o preliminarmente¹⁵ imputado a un procesado, ya es señalado de manera expreso como el hecho frente al cual se es defendido¹⁶ en el devenir de la causa y no frente a cualquier otro.

Así, de haber otro hecho penal imputable al ya procesado, por causa primigenia, o contemporánea, o posterior al hecho imputado, ello obligaría al titular de la acción penal, al Ministerio Público, a re-iniciar tal imputación por el hecho distinto. Ello con miras a que no se le amputen fases procesales al imputado por aquel hecho nuevo,

15 Como son denominadas las fases iniciales en el proceso penal venezolano.

16 Entendiéndose que el “derecho a la defensa”, es eso, un “derecho”, potestativo del defendible, más no es un “deber”, de asunción obligatoria.

evitando incorporarle hechos penales a ser enjuiciados, a mitad de camino del proceso, ante el cual primigeniamente ya se ha edificado una estrategia de defensa.

De tal forma que la relación gradual entre: 1°, sospecha; 2°, imputación; 3°, acusación; y 4°, sentencia, guarda una imbricación progresiva en el proceso -más allá de la calificación jurídica con la que se le nomine- referida es al hecho objeto del proceso, el *factum* por el cual se encausa una acción en contra de alguien. Una abundancia de imputaciones incorporadas a cuenta gotas durante el proceso afecta indudablemente el Derecho a la Defensa, de rango constitucional, conforme al Numeral 1 del Artículo 49 de nuestra Carta Magna, ya que, por obvia razón, nos preguntaríamos: ¿frente a qué señalamiento en concreto se asume tal defensa?¹⁷. Esto lo percibimos desde los momentos iniciales del proceso, por lo que es perfectamente asible hablar de la exigencia de congruencia entre imputación y acusación. Emblemática en tal sentido es la jurisprudencia vinculante de la SC, en la 1381 del 30-10-09...

...Imputar significa, ordinariamente, atribuir a alguien la responsabilidad de un hecho reproable, concretamente, adjudicar a una determinada persona la comisión de un hecho punible, siendo el presupuesto necesario para ello, que existan indicios racionales de criminalidad contra tal persona; mientras que imputado, obviamente, es aquel a quien se le atribuye ese hecho”...

17 TSJ/SCP, sent. N.º 299, de 12-06-2007 “...Debió entonces el Ministerio Público en su acto conclusivo de acusación, exponer de manera clara, todas las conductas, hechos y circunstancias de modo tiempo y lugar, que comprendía la actividad delictiva que se le estaba imputando a la ciudadana ... no consta en el escrito de acusación (como tampoco consta que el Ministerio Público haya hecho ampliación de la misma) la descripción detallada en torno al delito de...que presuntamente “también” cometió la ciudadana acusada ...Aceptarlo, sería violar el derecho a la defensa consagrado en el artículo 49 de la Constitución”...

De allí que la imputación, más que una prelación¹⁸, es un presupuesto de la acusación. Interesante en tal sentido, es la 14 de la SCP del 14-2-12...

Es criterio reiterado...la necesaria congruencia que debe existir entre el acto de imputación y la acusación, lo cual no se observa de modo estricto en el caso de marras, donde la fiscalía, ante un cambio en la calificación debió haber imputado de nuevo, y así, pasar luego a acusar en los mismos términos. Por tal razón, lo ajustado a derecho es que se realice de nuevo el acto formal de imputación a los fines de garantizar cabalmente el derecho a la defensa de los imputados (...omisis...) La referida congruencia debe ser tanto positiva como negativa, vale decir, se debe acusar por los mismos delitos por los que se impute y al mismo tiempo, no se debe guardar silencio respecto de aquellos delitos por los que se impute y luego no se acuse, de modo que el acto conclusivo debe incluir todos los delitos imputados.¹⁹

Por su parte, la SCP en su 712, del 16/12/08 expresó...

...fueron violados el derecho a la defensa y al debido proceso, al haber sido admitida, por el Tribunal en funciones de Control, la ampliación de la acusación para incorporar hechos conocidos, obviando que sólo se permite, excepcionalmente, ampliar la acusación por hecho

18 TSJ/SCP, sent. N.º 701, de 15-12-2008, "...no puede el Ministerio Público acusar, sin haber imputado a quien estuvo señalado e investigado como autor o partícipe de un delito. Aceptarlo, implicaría convalidar un comportamiento silencioso, a espaldas o a escondidas, no sólo de los ciudadanos sino de la Ley y de la Justicia".

19 Ya que "...el objeto primordial del acto de imputación es garantizarle al imputado su derecho al debido proceso y el de la defensa, consagrados en la Constitución... y en el Código...porque es a través del acto de imputación, que el investigado tiene la oportunidad de solicitar la práctica de diligencias probatorias que desvirtúen su participación en el hecho objeto de investigación, así como, de ser informado sobre los argumentos de hecho y de derecho que sobre él recaen; produciendo la omisión de dicho acto, una causal de nulidad absoluta" ... TSJ/SCP, sent. N.º 366, de 10-08-2010.

nuevos; es decir, hechos desconocidos por las partes que fueran obtenidos de la investigación...

Pero volvamos a lo que pretendemos indagar en el presente, dejemos atrás el asunto de la necesaria congruencia entre imputación y acusación, para concretarnos al tema de la mutación del hecho objeto del proceso una vez mediando acusación en la causa. Nuestra mira está puesta desde la acusación hacia delante, dejando para otra oportunidad el abordaje del hecho imputado con respecto al acusado. Así, se supone que la acusación es la muestra más preclara del convencimiento positivo del titular de la acción penal dentro de un sistema acusatorio, como es el Ministerio Público. Si observamos la estructura de la misma, conforme a la norma que en el COPP la regula, su art. 308 en el Numeral 2, se inicia esa cadena descriptiva del hecho sustrato de la imputación definitiva...

“Cuando el Ministerio Público estime que la investigación proporciona fundamento serio para el enjuiciamiento público del imputado o imputada, presentará la acusación ante el tribunal de control. La acusación debe contener:

(...)

2. Una relación clara, precisa y circunstanciada del hecho punible que se atribuye al imputado o imputada”...

Es decir, la acusación es el producto de una investigación. Pero es un producto que no puede ser endeble, dúctil, cambiabile. Lo “serio” del fundamento acusatorio lo es porque denodadamente hay claridad sobre lo preciso de las circunstancias del hecho que se le señala definitivamente a alguien como autor del mismo -repetimos-, más allá de la calificación jurídica que sobre tal hecho le precise el fiscal con su conocimiento jurídico, o el juez, por medio del exigible *iura novit curia* (conocimiento judicial del derecho). Ejemplificando: es claro, preciso y circunstanciado en el convencimiento fiscal que hubo

un apoderamiento sin consentimiento de un bien mueble, aunque puede haber alguna duda sobre si ello es hurto, robo, estafa o apropiación; que el hecho incuestionable para el convencimiento fiscal es que la víctima fue disparada en una zona noble aunque no murió, independientemente que aquello pueda ser calificado como homicidio frustrado o lesiones gravísimas intencionales; que la relación sexual cometida entre hermanos fue testimoniada como violenta, al margen del hecho que en el devenir procesal aquello pueda ser catalogado como incesto si persiguió el escándalo público, o violación si no media consentimiento (o ambos en concurso de delitos).

Pero, presentada la acusación fiscal pública, a ella le puede seguir la llamada acusación particular propia, de parte de la víctima, habiendo sido ésta denunciante anterior o no, o habiendo sido querellante anterior o no, o habiendo sido aprehensora del delito flagrante o no. Particularmente interesante son los apartes finales del art. 309 del COPP...

...La víctima podrá, dentro del plazo de cinco días, contados desde la notificación de la convocatoria, adherirse a la acusación de el o la Fiscal o presentar una acusación particular propia cumpliendo con los requisitos del artículo anterior.

La admisión de la acusación particular propia de la víctima al término de la audiencia preliminar, le conferirá la cualidad de parte querellante en caso de no ostentarla con anterioridad por no haberse querellado previamente durante la fase preparatoria. **De** haberlo hecho, no podrá interponer acusación particular propia si la querella hubiere sido declarada desistida.

5. Hipótesis con respecto a la víctima aportando hecho o calificación jurídica como parte procesal.

- a) Si la víctima opta por adherirse a la acusación fiscal -por lo menos en lo que atañe al hecho objeto del proceso-, está comul-

gando, aceptando, que éste no es otro más que el llamado “hecho imputado” en la acusación fiscal. Esto conlleva una situación de asertividad -casi testimonial- inicial sobre el mismo, la llamada conducta procesal de las partes como fuente de prueba. Así, tal aseveración por adhesión a la acusación fiscal, no podría ser dejada de lado por el juez de control, que en la audiencia preliminar evalúa si admite o no la acusación fiscal, a los fines de dictar el auto de apertura a juicio. Es decir, si la víctima que ha sufrido el delito, que ha sido ofendida directamente por el mismo²⁰, asume la iniciativa de ejercer la pretensión procesal de acusar, cuando no está obligado a hacerlo por la representación de sus intereses que el sistema procesal acusatorio le imprime al fiscal público, entonces, dicho comportamiento procesal de la víctima le incorpora un elemento fundamental a ser apreciado por el juzgador al pronunciarse sobre la idoneidad formal de la acusación fiscal. Sería, entonces, contradictorio el pase a juicio de dicha acusación pública si se inadmite la acusación adhesiva sobre la base de que el adherente no es víctima, siendo señalada tal persona como tal, en el hecho imputado en la acusación fiscal;

- b) Si la víctima opta por acudir a otro curso procesal, y prefiere presentar la llamada acusación particular propia, la norma trascrita le exige como carga procesal cumplir con los requisitos de la acusación fiscal. Ahora bien, tal impretermitible cumplimiento no significa que la adopción del requisito le imponga señalar la misma calificación jurídica del hecho imputado. Distinta a dicha calificación, el “hecho imputado”, como circunstancia del mundo físico y no jurídico, acontecido en el pasado en una relación de causa-efecto dentro de una realidad demos-

20 Obviamente en el caso de la víctima así relacionada con el hecho, y no el concepto de víctima desde el punto de vista procesal, que no ha intervenido en el hecho, pero que está cercana jurídicamente a quien por aquel, fue ofendida (Art. 121. 2, 3, 4 y 5).

trable, ciertamente tiene que ser el mismo. Ello porque mal se podría a mitad de camino procesal, en plena fase intermedia, abrir en el mismo proceso, un cargo ulterior en contra de quien ya fue imputado. ¿La razón?: tal imputado asumió la fase preparatoria como un escenario para las pruebas de descargo. Ahora bien, dicha víctima -máxime la víctima directa, no la procesal, la que si presenció y sufrió el hecho- que señala la precisa circunstancia del hecho, ciertamente, puede darle una calificación jurídica distintiva al hecho físico sustrato de la calificación y -a nuestro entender-, siempre que en tal calificación distintiva se ubique dentro del mismo tipo de bien jurídico que protege el específico ilícito penal que acusó el fiscal. Así se explica por qué el legislador no solo consideró la existencia de una acusación adhesiva o adherente -copia al carbón de la acusación fiscal-, sino que también incorporó otro tipo de acusación, la acusación particular, sirviendo ésta como válvula de escape ante el posible cuestionamiento propio de la víctima, a la escogencia de lo jurídico-calificatorio de parte del Ministerio Público. Con dicha acusación puede la víctima contrariar la postura calificatoria jurídica del hecho físico, pero siendo éste el mismo. Por ejemplo, el hecho es el perjuicio por la gran cantidad de dinero sustraído de las cuentas de la víctima, que el fiscal califica como estafa pero que la víctima percibe como apropiación indebida: el sitio, el momento, el victimario, la víctima y hasta el bien jurídico, propiedad, seguirán siendo los mismo. Es el mismo hecho, pero su adjetivación jurídica varía entre una acusación y la otra, con miras a que el juez -llamado por demás “juez de control”- asuma, precisamente, el “control judicial” de la acción, calificando jurídicamente, aunque sea de manera provisional, tal hecho, que los dos pretensores nominan de manera diferenciada;

- c) Interesante es encontrar que conforme al in fine del transcrito art. 309 del COPP, se le impide a la víctima acusar de manera

particular y propia si su “...querella hubiere sido declarada desistida”... . Es significativa porque, a nuestro entender, configura una vulneración de los derechos constitucionales de la víctima en relación al proceso, contraviniendo la igualdad ciudadana ante la ley, exigida en el art. 21 Constitucional, y el derecho al *ius puniendi* o derecho a la sanción, conforme al art. 30 Constitucional. Dicha previsión final del art. 309 del COPP guarda una gran paradoja si se le contrasta con las causales de desistimiento de la querella normada en los numerales del art. 279 del COPP. En efecto, si la víctima no puede presentar su acusación particular y propia porque su querella fue desistida, entonces, la obvia conclusión procesal es que, a pesar del desistimiento de la querella como acto de empuje de la acción penal, aun el Ministerio Público puede seguir analizando la imputabilidad del hecho que contenido en la querella, ésta le fue negada a la víctima como parte que promovió una imputación, por vía del desistimiento. La redacción del *in fine* del art. 309 del COPP traduce que, a pesar que la víctima incumplió con una carga procesal para mantener su pretensión de querellante de un hecho que calificó como delito de acción pública, ello no le niega al fiscal de la causa seguir el curso imputatorio posterior si en su criterio legal, ese hecho representa un delito. Por cierto, que esa calificación jurídica del delito puede ser la querellada por el querellante desistido, u otra asumido técnicamente por la representación fiscal. Pero siempre versando sobre el mismo hecho como circunstancia fáctica, querellado por la ahora desistida. Nótese por demás que conforme al art. 279.1 del COPP, una de las causales para el desistimiento de la querella interpuesta por la víctima es que habiendo sido citada “...a prestar declaración testimonial, no concurra sin justa causa”..., con lo cual, resulta extraño que se le niegue la posibilidad acusatoria a la víctima si esa es la causa para considerarse desistida la querella, toda vez que si a pesar de la incomparecencia para testimoniar

en sede fiscal, aun el Ministerio Público encontró elementos de convicción para acusar públicamente, entonces se está sancionando procesalmente en demasía a la víctima desistida. Tal víctima tiene un justo derecho a acusar porque, o bien cuestiona la calificación jurídica del hecho que no solo presencié, sino que sufrió, o bien ostenta un cumulo probatorio más eficiente o por lo menos diferente al ofertado por el Ministerio Público en su acusación. Por lo demás, en una exacta racionalidad y temporalidad procesal, las restantes causas de desistimiento de la querella contenidas en el art. 279 del COPP son incongruentes con el momento procesal, ya después de haberse presentado la acusación pública. En efecto, si conforme al Numeral 3 de ese artículo, debe declararse desistida la querella por no asistir el querellante “...a la audiencia preliminar sin justa causa”..., o conforme al Numeral 5 *ibidem*, por no haber concurrido “... al juicio o se ausente del lugar donde se esté efectuando, sin autorización del tribunal”..., ¿se está refiriendo el legislador al querellante o al acusador particular propio? De referirse al primero, la pregunta resultaría obvia: ¿Puede entonces considerarse desistida la querella a posterioridad de haberse admitido la acusación particular propia en la audiencia preliminar, quedando entonces aun en plena vigencia procesal, la acusación particular propia? El entuerto, a nuestro modo de ver, radica en la falta de sistematicidad del COPP en entender que la querella es un acto que pro-forma la acción, que pone en conocimiento el hecho para la búsqueda de un convencimiento fiscal habida cuenta la estructuración constitucional de la titularidad de la acción penal en el Ministerio Público para los delitos de acción pública. Entendemos que, a partir de tal convencimiento fiscal a accionar, le renace un derecho a la víctima que pudo haber pro-formado o no la acción (por denuncia, por querella o por aprehensión flagrante) a asumir un litis consorcio activo con el Ministerio Público para colaborar en el ejercicio de la acción,

de la cual no tiene poco interés siendo la más perjudicada directa por el delito.

Ahora bien, lo cierto es que, versando tanto la acusación pública del fiscal, como la acusación particular y propia de la víctima, como la acusación adhesiva de ésta última, sobre el mismo hecho, puede haber una diferenciación de calificación con respecto al mismo, entendido éste como realidad demostrable acontecido en el pasado. Ello explica el por qué ante cada acusación -la pública, la propia o la adhesiva- le renace el derecho al acusado -y en general, a todas las partes- para interponer excepciones frente a cada una de ellas. De ahí la redacción de la parte in fine del art. 311.1 del COPP (“Facultades y cargas de las partes”)...

...Hasta cinco días antes del vencimiento del plazo fijado para la celebración de la audiencia preliminar, el o la Fiscal, la víctima, siempre que se haya querrellado o haya presentado una acusación particular propia, y el imputado o imputada, podrán realizar por escrito los actos siguientes:

1. Oponer las excepciones previstas en este Código, cuando no hayan sido planteadas con anterioridad o se funden en hechos nuevos”...

Tales “hechos nuevos” presentes en una acusación, ante los cuales pueden presentar excepciones todas las partes, pueden ser entendido en ambos sentidos. O bien como, a) Realmente un “hecho nuevo” como hecho físico atribuible a alguien o a algo, que por ello es que, precisamente, la parte presenta excepción ya que o nunca antes fue imputado -por lo que está imputación primigenia en el periodo intermedio es violatorio del debido proceso, al cercenarse una fase procesal, la preparatoria, como fase de descargo convictivo frente a un cargo-; o interpone excepción frente a dicho hecho imputado, al no ser producto de un quehacer humano, bien del acusado o de nadie; o b) Con dichos “hechos nuevos” en realidad lo que se alude es una

calificación nueva, ya que aun versando sobre la misma circunstancia fáctica imputada en la fase preparatoria, ahora el convencimiento del acusador es otro en lo que atañe a su calificación; o existe discordancia de las calificaciones que frente al hecho, se expresan en las diferentes acusaciones.

De allí la necesidad de la interposición de la excepción individual frente a cada acusación. Por cierto: nada obsta para que el propio fiscal o la víctima asuman excepciones cruzadas, ergo, se excepcionen entre ellos, cuestionándose, precisamente, o bien el hecho-realidad que uno presenta frente al acusado, o la calificación jurídica que la otra presenta, diferenciándose del acusado por la otra parte. La lógica procesal de ello deviene en impedir perturbaciones de inexactitud en la conformación de la causa petendi, que pueda tender a situaciones posteriores de impunidad por posturas contradictorias de los litis consorciados.

Entonces, conforme al art. 313.2 del COPP, finalizada la audiencia preliminar el juez de control...

...resolverá, en presencia de las partes, sobre las cuestiones siguientes, según corresponda:

(...)

2. Admitir, total o parcialmente, la acusación del Ministerio Público o de él o la querellante y ordenar la apertura a juicio, pudiendo el Juez o Jueza atribuirle a los hechos una calificación jurídica provisional distinta a la de la acusación Fiscal o de la víctima.”...

6. Un aspecto transversal: las “pruebas complementarias”.

Resuelto entonces en la finalización de la audiencia preliminar, tanto la conformación fáctica del hecho objeto del proceso, realmente el “hecho imputado” -inmodificable en el devenir del juicio-, como su calificación jurídica -con susceptibilidad de ser modificada a poste-

riori, al ser ella expresamente “provisional”-, nos adentramos en las vicisitudes que acontecerán en el debate. Él está fundamentalmente concebido para la demostración del hecho-realidad por el que se abrió el juicio. En el ínterin, mientras, y conforme al art. 326 del COPP..

Las partes podrán promover nuevas pruebas, acerca de las cuales hayan tenido conocimiento con posterioridad a la audiencia preliminar,

razón por la cual estas “pruebas complementarias” aun siendo nuevas por su conocimiento ulterior post-audiencia preliminar, no pueden las que demuestren un hecho imputable nuevo. Precisamente, el hecho nuevo es la existencia de dichas pruebas no conocidas con anterioridad. Pero ellas no pueden versar más que sobre el hecho imputado, o sobre la calificación jurídica provisional de dicho hecho, o como prueba de descargo para demostrar que ese hecho o esa calificación otorgada en la audiencia preliminar no es conforme con lo que realmente sucedió. Dicho en otras palabras, no se podrá a través de pruebas complementarias fundarse la imputación novedosa de otro hecho, para que dicho hecho novedoso sea el que en definitiva se coloque en el juicio ya abierto para ser debatido en el mismo en su condición de hecho imputado²¹.

Más aun: dentro de la resolución del incidente de admisión o no de la prueba complementaria que deberá realizarse en el juicio de forma inicial antes de cualquier otro aspecto²², el debate de admisión o no

21 La sistematicidad del COPP en cuanto a impedir imputaciones a mitad del camino del proceso se nota a las claras en la regulación del llamado “Delito en audiencia”, en su art. 328, “Si durante el debate se comete un delito, el tribunal ordenará la detención del autor o autora y el levantamiento de un acta con las indicaciones pertinentes; aquel será puesto a disposición del funcionario o funcionaria del Ministerio Público que corresponda, remitiéndosele copia de los antecedentes necesarios, a fin de que proceda a la investigación”, investigación ésta que conducirá a la fase preparatoria de ese ulterior delito verificado en el escenario de un proceso anterior por otro delito.

22 Art. 329 del COPP: “Trámite de los Incidentes. Todas las cuestiones incidentales que

de dicha categoría de prueba deber versar sobre la idoneidad de dichas pruebas complementarias, idoneidad ésta que se sustenta sobre: a) Si realmente fue conocida por la parte promovente después de la audiencia preliminar, y/o b) Sobre si se refiere al hecho imputado en el auto de apertura a juicio, bien sea porque lo refuerza demostrativamente o porque lo cuestiona. De acuerdo a Binder...

...El auto de apertura a juicio es la decisión judicial por medio de la cual se admite la acusación: se acepta el pedido fiscal de que el acusado sea sometido a juicio público. Como decisión judicial, el auto de apertura a juicio cumple una función de gran importancia. Dicho auto debe determinar el contenido preciso del juicio, delimitando cual será su objeto. Por tal razón, el auto de apertura también debe describir con precisión cuál será el hecho justiciable. Esta determinación no se exige solo por una razón de precisión o prolijidad, sino porque existe un principio garantizador, ligado al principio de defensa, según la cual la sentencia que se dicte luego del juicio oral solo podrá versar sobre los hechos por los cuales se ha abierto el juicio. La delimitación del hecho que será objeto del juicio cumple una función garantizadora, porque evita acusaciones sorpresivas y permite una adecuada defensa”...²³

Se inicia el juicio oral y público teniendo el juez de juicio ante sí, un auto de apertura a juicio proveniente del juez de control, que conforme al art. 314.2 del COPP...

“...deberá contener:
(...)

se susciten serán tratadas en un solo acto, a menos que el tribunal resuelva hacerlo sucesivamente o diferir alguna, según convenga al orden del debate. En la discusión de las cuestiones incidentales se les concederá la palabra a las partes sólo una vez, por el tiempo que establezca el Juez o Jueza.”.

23 Alberto Binder, *Introducción al Derecho Procesal Penal*, 92.

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 las cuales se aparta de la calificación jurídica de la acusación”...

Nótese entonces que el legislador patrio separó de manera expreso el hecho -claro, preciso y circunstanciado-, de “...su calificación jurídica provisional”... . Dicho auto de apertura a juicio funciona como una suerte de reglamento, de instructivo, a semejanza de una receta, para indicar sobre lo que debe versar el juicio: (a) el hecho que debe ser probado es el indicado en él, (b) con las pruebas en él admitidas -salvo, claro está, la mencionada prueba complementaria, que de ser admitida, se incorpora con posterioridad-, y (c) sobre la base inicial de la calificación provisional de ese hecho, en el auto de apertura precisada. Llegado a este inicio del juicio deberá ahora dejarse trabajar a las pruebas para que éstas demuestren o no el hecho imputado.

7. La admisión... ¿de qué hecho?

Es importante advertir que dicho comienzo de juicio también es uno de los momentos procesales para que se verifique un procedimiento especial penal, la admisión de los hechos a los fines de la imposición inmediata de la pena. Pudiendo ocurrir dicha admisión tanto en la audiencia preliminar como al comienzo de la audiencia de juicio, lo que aquí se expone al respecto vale para los dos momentos procesales en que se escenifique dicha admisión. El art. 375 del COPP, parcialmente transcrito, dispone...

“...El procedimiento por admisión de los hechos tendrá lugar desde la audiencia preliminar una vez admitida la acusación, hasta antes de la recepción de pruebas.

El Juez o Jueza deberá informar al acusado o acusada respecto al procedimiento por admisión de los hechos, concediéndole la palabra. El acusado o acusada podrá solicitar la aplicación del presente procedimiento,

para lo cual admitirá los hechos objeto del proceso en su totalidad y solicitará al tribunal la imposición inmediata de la pena respectiva.

En estos casos; el Juez o Jueza podrá rebajar la pena aplicable al delito...pudiendo cambiar la calificación jurídica del delito, atendidas todas las circunstancias, tomando en consideración el bien jurídico afectado y el daño social causado y motivando adecuadamente la pena impuesta”... (*omissis*) .

Entiéndase entonces, conforme a la norma trascrita, que el hecho a admitir por el acusado es el hecho objeto del proceso hasta ahora formalmente concebido en el auto de apertura a juicio, y no puede ser otro. Ahora bien, describiendo dicha norma la posibilidad de que posterior a tal admisión, el juez puede optar por “...cambiar la calificación jurídica del delito”..., interesante sería preguntarse qué sucedería si el propio acusado admitiendo el mismo hecho-realidad, manifiesta que lo admite siempre y cuando sea calificado jurídicamente de manera distintiva. Es decir, dentro del amplio margen del constitucional derecho a la defensa, acude a un expediente de defensa personal para propiciar una respuesta jurisdiccional que lo favorezca al exponer en iniciativa la posibilidad de una calificación jurídica más provechosa.

Ante ello, y a pesar que la descripción constitucional del derecho a la defensa contenida en el art. 49.1 del Texto Supremo no hace cortapisa para el ejercicio de tal derecho conforme a una instrumentalización legal, con expresiones tales como “de acuerdo a lo que establezca la Ley”, u otra similar, no debemos dejar de lado que conforme al art. 253 Constitucional debe respetarse el principio de legalidad adjetiva, y por ello es de obvio raigambre constitucional, que se le exige al juez el cumplimiento de las pautas de ley adjetiva en el ejercicio de sus funciones. Conforme al art. 375 del COPP transcrito se le impone al acusado que, si opta por admitir, lo hará sobre “...los

hechos objeto del proceso en su totalidad y solicitará al tribunal la imposición inmediata de la pena respectiva”..., redacción ésta que a las claras no le da la posibilidad de condicionamientos a la admisión propugnando la expresión del acusado a acogerse a una calificación distintiva a la hasta ahora formalizada. De acuerdo a Roxin...

...el tribunal también en la sentencia, solo puede juzgar sobre el hecho circunscripto por el auto de apertura. Si. p.ej., durante el juicio oral el acusado confiesa que ha cometido otros hechos no mencionados en el auto de apertura, el tribunal no está autorizado a juzgar inmediatamente por esos hechos. Antes bien, para ello necesita de una nueva acusación de la fiscalía.” ...²⁴

Aun siendo esta admisión un acto procesal personalísimo en cabeza del acusado que no puede ser asumido por nadie más -inclusive su defensor-, no es descartable que dicho defensor, antes o después de la admisión, haga alegatos frente a su contraparte y ante el juez, propiciando la revisión de la calificación jurídica del hecho admitido o que se admitirá. Esto en perfecta consonancia con lo establecido en el ya tantas veces citado art. 49.1 Constitucional, que hace distinguir la defensa entre defensa personal, la del procesado, y asistencia letrada, la de su defensor. Por otra parte, en sentido contrario, mal se le puede imponer al acusado, contra su voluntad, admitir otro hecho imputado, en cualquier momento procesal, configurándose ello una declaración coactiva, negada por el art. 49.5 de la CRBV²⁵. Ahora bien, el transcrito art. 375 del COPP refiere también la posibilidad que el juez de juicio -o el de control, en la audiencia preliminar-, habida cuenta la libre manifestación de voluntad del procesado de admitir el hecho acusado, dicho juez pueda decidir su conformidad

24 Claus Roxin, *Derecho Procesal Penal* (Buenos Aires, Editores Del Puerto, 2003), 465.

25 Obviamente, el escenario natural para tal admisión debió haber sido en la audiencia preliminar, pero el COPP le concede esta ulterior oportunidad, vestibularmente al comienzo de juicio.

con otra calificación jurídica sobre ese hecho, distinta a la provisionalmente admitida por el juez de control en el auto de apertura a juicio (o la acusada, cuando la admisión ocurre en la preliminar).

8. *¿Bonam partem o reforma peyorativa en el cambio de calificación?*

Esta reconfiguración de la calificación de parte del juez en el procedimiento por admisión de hechos, nominando jurídicamente de forma distinta el mismo hecho por el que se inició el juicio -o el acusado-, en aras al varias veces citado derecho a la defensa, aconseja una nueva instrucción al acusado. Tal apercibimiento es a los fines de verificar sobre si, a pesar del cambio de calificación oficioso de parte del juez de juicio, dicho acusado insiste en seguir admitiendo el hecho nominado jurídicamente de otra manera. Si con tal calificación distinta el acusado se resiente a la admisión porque la calificación nueva, a pesar de versar sobre el mismo hecho, empeora su condición como acusado²⁶, tal admisión retractada no debe conducir a efecto alguno de apreciación de confesión. Por el contrario, deberá continuar el juicio -o la audiencia preliminar, si ahí se verificó la admisión- sobre la base de la nueva calificación jurídica ya expresada por el decisor al verificarse la fallida incidencia de admisión de hechos.

Frente a esta posibilidad de cambio de calificación del hecho por parte del juez, mediando una admisión de hechos, es resaltante lo que impone el legislador en la norma trascrita: el cambio de calificación debe ser atendiendo "... todas las circunstancias, tomando en consideración el bien jurídico afectado y el daño social causado"... Debe ser un cambio de calificación que le dé mérito no solo

26 Ejemplificando: En el auto de apertura a juicio, el hecho era calificado como lesiones intencionales gravísimas, y el juez de juicio reconfigura la calificación nominado al hecho homicidio intencional en grado de frustración; o el hecho imputado en el auto de apertura era el hurto simple, considerando ahora el juez de juicio que es hurto agravado, etc.

a lo factico-real del hecho, su data, sus partícipes, su modalidad, la intención comisiva, sino que debe evitarse que, con tal cambio de calificación se varíe el bien jurídico afectado.

En efecto, si los tipos penales están concebidos para la específica protección de bienes jurídicos como relación jurídica entre el objeto pasivo del delito y la víctima que es la titular de tal relación, entonces, mal se podría cambiar la calificación jurídica del hecho imputado desplazándose dicho cambio hacia un delito que protege otro tipo de bien jurídico. Por ejemplo, imputado el delito de violación en el auto de apertura -o en la acusación, si la admisión ocurre en la preliminar-, como delito que protege al bien jurídico libertad sexual, mal podría mutarse dicha calificación a robo, como delito que protege la propiedad mueble.

Pero es que aun dentro del mismo tipo de categoría de delitos que se unifican en la protección primordial de un solo tipo de bien jurídico, pueden hallarse delitos pluriofensivos, porque no solo protegen primordialmente al bien jurídico querido en ofensa primigenia como finalidad del agente, sino también, vulneran otro bien jurídico secundario, de menor valía, pero también afectado en la comisión delictiva. Son delitos pluriofensivos, por ejemplo, el robo, el secuestro, los delitos contra la cosa pública, entre muchos otros más, porque no solamente protegen al bien jurídico propiedad sino otros bienes.

Frente a ello surge la necesaria inquietud sobre si el cambio de calificación asumido por el juez es desechando el delito uniofensivo para aceptar el delito pluriofensivo que afecta el mismo bien jurídico imputado al primero, pero aunado a otro bien jurídico, siendo el hecho exactamente el mismo. Por ejemplo, el hecho imputado es la sustracción del dinero por un apoderamiento sin consentimiento que fue concebido inicialmente como hurto, pero que ahora -sin debate sobre las pruebas-, el juez considera debe ser calificado como robo.

¿Cómo llega el juez a tal conclusión?: porque revisó los elementos de convicción presentes en la acusación, o vio que tales elementos son los mismos ofrecidos como pruebas, presentes en el auto de apertura a juicio.

El juez verificó la convicción de dichos elementos, en las actas fiscales de entrevistas, en las conclusiones de las experticias, o hasta en el propio razonamiento contradictorio del fiscal en la acusación, aunado ahora a la voluntaria admisión de los hechos por el acusado. De ahí el decidir del juez que el hecho fue mal calificado anteriormente. A nuestro entender, aun lo anterior, el art. 375 del COPP le impone al juez tomar “...en consideración el bien jurídico afectado y el daño social causado”..., por lo que inadecuadamente el juez podrá hacer un cambio de calificación jurídica -siendo el objeto pasivo del delito el mismo-, si existe al menos otro bien jurídico como relación de derecho entre el objeto pasivo y la víctima, calificando novedosamente como un delito pluriofensivo, aquel hecho que inicialmente fue calificado como un delito uniofensivo.

El hacerlo así es colocar en una situación de perjuicio al acusado que conforme al art. 49.1 de la Constitución ya le fue impuesto de un cargo ante el cual defenderse, aun cuando la opción que tomó dicho acusado para defenderse, paradójicamente, es la admisión de los hechos. La razón de ello es que todos los actos procesales -al igual que todo acto jurídico de proveniencia humana-, debe ostentar como elemento primordial la voluntad como causa de una finalidad. Ergo, en este caso admite los hechos el acusado con la voluntad de defenderse porque se procura para ya, una rebaja de la pena a serle impuesta de inmediatamente y así ser acreedor (o deudor, en realidad) de formas alternativas a la ejecución de la pena que lo benefician en el corto plazo, evitándose cambios de calificación del tipo de delito encausado. Estos ulteriores cambios pueden acaecer en el juicio, bien por la advertencia judicial del cambio de calificación, art. 333;

o por la ampliación fiscal de la acusación, art. 334; o la existencia de un hecho nuevo, art. 342, todos del COPP, arriba transcritos, que desmejorarían la posición procesal del acusado al final del juicio. Vale decir que en la redacción normativa de estas variaciones, no se expresó con tino el impedimento para un cambio de calificación si la nueva, aun versando sobre el mismo hecho -lo cual debe ser inexorable, impretermisible, un apotegma-, lo sea por un delito pluriofensivo distinto al inicial uniofensivo.

9. Cambios de calificación en el devenir del debate de juicio

Superada la oportunidad procesal para la comentada admisión de los hechos, se inicia la sustanciación del juicio oral y público teniendo como referencia del hecho imputado y su calificación, lo que de ellos está descrito en el auto de apertura a juicio. Ese hecho se verifica -por la expresa previsión del art. 49.2 de la CRBV- es con pruebas. Terminada la recepción probatoria, conforme al transcrito art. 333 del COPP, el juez de juicio podrá advertir a las partes “...una calificación jurídica que no ha sido considerada por ninguna de las partes”...

Nótese, insistimos, que la advertencia²⁷ versa sobre una calificación jurídica novedosa, pero no sobre el hecho-realidad que jurídicamente así se es calificado y que debe ser el mismo desde que fue imputado inicialmente en la fase preparatoria. Insistimos en la distinción entre (i) hecho-circunstancia y (ii) calificación jurídica de éste, porque así, sistémicamente -como se ha analizado antes y se continuará analizando-, lo ha dividido el legislador procesal penal venezolano, en aras al respeto del derecho al conocimiento oportuno del cargo de imputación como elemento del derecho a la defensa, de raigambre

27 Según, el Diccionario de la Real Academia, “*Advertencia*”, se refiere a “...la acción de...prevenir, a su vez, se puede considerar como la idea de una representación mental de una realidad”...

constitucional (art. 49.1 de la CRBV). También debe asentarse que la previsión legal solo alude a que esta advertencia de cambio de calificación de parte del juez de juicio no puede propiciarse si alguna de las partes lo consideró con anterioridad.

En tal sentido, resulta obvio, que si las partes que advierten el cambio de calificación son las partes acusadoras -una o la otra, bien el Ministerio Público o la víctima acusadora particular propia o adhesiva-, a la finalización de la recepción probatoria, conforme lo regula el art. 334 del COPP, entonces no se le impone al juez advertir de forma oficiosa ningún cambio de calificación si comulga con lo manifestado por el o los acusadores, ya que los efectos de ejercicio del derecho a la defensa que se derivan de ambos institutos procesales -la advertencia judicial de cambio de calificación y la ampliación fiscal de la acusación-, son los mismos: la reapertura del lapso probatorio, si alguna de las partes lo solicita. Tal reapertura, entonces, tendrá que ser concedido por el juez, bien por su personal advertencia, o ante la ampliación del fiscal, si lo pide alguna de las partes de haberse dado los dos supuestos antes dicho.

Conforme al art. 333 del COPP, concretémonos ahora en la circunstancia que la referida advertencia judicial de cambio de calificación le es dada al juez solo si “...no ha sido considerada por ninguna de las partes”..., con lo cual, fuera de la parte acusadora -ya tratada-, nos preguntamos sobre la potestad que pudiera tener el acusado y/o su defensa de advertir un cambio de calificación del hecho imputado a la finalización de la recepción probatoria, sin que hasta ahora ni los acusadores ni el juez lo hayan hecho. Para algunos pudiera sonar extraño este curso de actuación procesal, toda vez que el acusado, primordialmente, buscara una completa des-imputación de cualquier hecho penal en procura de una absolución o sobreseimiento. Coloquémonos en la situación en que la parte acusada ha verificado -nótese el momento, a la finalización de la recepción probatoria- la

robustez del cumulo probatorio ya conocido y debatido en el juicio, que demuestran inexorablemente el hecho-realidad, pero difiere de su calificación en aras a identificar un delito con menor repercusión sancionatoria que también describa jurídicamente ese hecho. Tal curso es perfectamente viable como estrategia de defensa material. El asistente letrado no solo debe plantearle a su defendido que el único resultado de defensa es su total absolución, sino que debe plantearle que hay la posibilidad de una parcial absolución -si se nos permite la expresión-, máxime si el acusado ya ha estado privado procesalmente de su libertad por un tiempo lo suficiente extenso que haga viable un considerable descuento de pena en fase de ejecución que permita, inclusive, la adopción de prontas alternativas a la ejecución de la pena. Y ello se lograría si en lugar de ser condenado por la calificación jurídica original de su hecho, lo fuere por otra calificación. Frente a tal advertencia de cambio de calificación surgida del propio acusado, una respuesta obvia es aceptar el carácter perenne, eterno, del derecho a la defensa, como previsión constitucional, al contemplarlo así la parte inicial del art. 49 Constitucional, “La defensa y la asistencia jurídica son derechos inviolables en todo estado y grado de la investigación y del proceso”.... De allí que el alegato de cambio de calificación en cualquier momento puede ser asumido por el acusado invocando el principio de legalidad sustantiva a la adecuada sanción, conforme al art. 49.6 de la CRBV,²⁸ y el principio de tipicidad regulado en el art. 1 del Código Penal.²⁹

Tanto es así, que la vulneración de tal derecho a exigir una adecuada calificación jurídica del hecho imputado, al no ser reconocido ello en la sentencia condenatoria, es apelable conforme art. 444.5 del COPP, “...Violación de la ley por inobservancia o errónea aplicación

28 Constitución nacional con la Enmienda N° 1 (Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N.º 5.908 extraordinario, del 19-02-2009).

29 Ley de Reforma Parcial del Código Penal (Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N.º 5763 extraordinario, del 13-04-2005).

de una norma jurídica”. Entonces, el punto crucial en este sentido, es discernir si el juez de juicio debe reconocer el efecto de reapertura del lapso probatorio una vez culminada la recepción probatoria, si es el acusado el que hace la advertencia del cambio de calificación. En tal sentido, volviendo al texto del art. 333 del COPP, cuando en él se expresa que “... A todo evento, esta advertencia deberá ser hecha por el Juez o Jueza inmediatamente después de terminada la recepción de pruebas, si antes no lo hubiere hecho”..., la aparente impretermibilidad de la advertencia no lo es porque sea una parte procesal la que lo haya advertido con anterioridad, sino es una imperiosidad de momento procesal para que el juez haga la advertencia -si escoge ese curso procesal-, siempre a la finalización de la recepción probatoria. Ergo, debe dejarse trabajar a las pruebas.

Entonces, en aras no solo al derecho a la defensa, sino al principio de igualdad de partes, que sustentado en el art. 21 Constitucional, se instrumentaliza en el COPP en su art. 12, “Igualdad entre las Partes”³⁰, si a la finalización de la recepción probatoria es el acusado quien advierte el cambio de calificación y el mismo solicita la reapertura del lapso probatorio debe serle concedida tal reapertura si el eventual sustento de tal cambio calificadorio no es un asunto de mero derecho, de alegato jurídico en la audiencia, sobre la base de lo ya demostrado en la recepción probatoria original³¹. En tal

30 “Defensa e Igualdad Entre las Partes. La defensa es un derecho inviolable en todo estado y grado del proceso. Corresponde a los jueces y juezas garantizarlo sin preferencias ni desigualdades”... (*omissis*).

31 Como ejemplo imaginemos que el delito calificado originalmente es el *robo propio*, siendo el hecho acusado que la coacción fue anterior frente a la víctima tenedora del bien mueble, y que con motivo de tal coacción dicha víctima entrego el bien mueble al victimario. Ahora, después de la recepción probatoria, testigos declararon que la apropiación del bien mueble por parte del victimario, sin consentimiento de la víctima, fue anterior a que terceros aparecieran en el sitio, por lo que defendiendo ellos el bien ya apropiado, el victimario los coaccionara ahora a ellos para lograr escapar. Ante tal *nuevo hecho* demostrado, solo el acusado advierte el cambio de calificación a robo impropio, con menor *quantum* sancionatorio que el delito calificado provisional-

sentido, el juez al conceder la advertencia de cambio de calificación en ese contexto -ergo, cuando solo sea un asunto de mero derecho siendo ya el hecho demostrado-, puede hacer uso de su racional potestad limitadora del quehacer probatorio sustentada en el art. 182 del COPP, "... Los tribunales podrán limitar los medios de prueba ofrecidos para demostrar un hecho o una circunstancia, cuando haya quedado suficientemente comprobado con las pruebas ya practicadas"...

Si la advertencia de cambio de calificación solo originada por el acusado fue sobre algún asunto que se asume oscuro, confuso o contradictorio, de la demostración del hecho imputado, luego de la recepción probatoria, siendo que tal opacidad no es tan relevante para absolver al acusado pero si lo es para proceder a un cambio de calificación del hecho, tal advertencia de cambio de calificación, al ser ya expresada por la defensa, obligaría a su análisis de parte del juez. Más aun, podría acogerla, razón que permitiría a los acusadores a solicitar la reapertura del lapso probatorio, conforme al art. 333 del COPP. Entonces, en aras a la invocada igualdad de parte (art. 21 Constitucional y art. 12 del COPP), también dicha reapertura debe serle concedida por el juez al acusado si así lo pide, porque considera que el punto no es de mero derecho y si de certeza probatoria. Hay una justa proporcionalidad en tal curso de acción procesal: siquiera es que el acusado está alegando una absolución total frente al hecho que se le imputa, sino que, inclusive, está asumiendo la voluntad de considerar que puede ser condenado pero por otra calificación, lo cual en aras al cumplimiento del principio de verdad material, contenido en el art. 13 del COPP³², el tribunal debe concederlo.

mente. Dado ese nuevo hecho demostrado, en principio, no se requerirá una nueva reapertura probatoria, porque el debate ya versará sobre la calificación adecuada el hecho imputado, que mutó.

32 "Finalidad del Proceso. El proceso debe establecer la verdad de los hechos por las vías jurídicas, y la justicia en la aplicación del derecho, y a esta finalidad deberá atenerse el

Finalmente, concretemos en los vericuetos que pueden surgir del ya transcrito art. 342 del COPP..

Excepcionalmente, el tribunal podrá ordenar, de oficio o a petición de parte, la recepción de cualquier prueba, si en el curso de la audiencia surgen hechos o circunstancias nuevos, que requieren su esclarecimiento. El tribunal cuidará de no reemplazar por este medio la actuación propia de las partes.

Dicho “hecho nuevo” que podrá conducir a la oficiosidad probatoria, es un nuevo hecho como por ejemplo, otro ilícito que vulnera el mismo bien jurídico protegido por el tipo y vinculado al mismo hecho que se acusó por ilícito distinto (Ejemplos: se inició el juicio por estafa y el hecho nuevo es que fue un hurto; se incorporó al juicio como hecho el abuso sexual sin penetración y resulta como hecho demostrado por las pruebas ofertadas, que hubo penetración, etc.); o la revelación de una circunstancia modificativa de la responsabilidad penal no conocida hasta ahora (Ejemplos: la alevosía; o que el autor del hecho tenía 18 años cuando lo cometió habiéndose acusado que realizó el hecho teniendo 21 años, -lo que incide, obviamente, en su penalidad, conforme al 74.1 del Código Penal³³; etc). Podría haber un hecho nuevo probado oficiosamente por el juez, pero, conforme al 345 *eiusdem*, tal nuevo hecho oficiosamente probado por el juez debe estar incluido, al menos, en la llamada “ampliación de la acusación”, regulada en el 334 del COPP.

Así, que por un nuevo hecho o por el mismo hecho inicialmente acusado, en realidad la adopción del hecho nuevo es de la asunción del Ministerio Público como proponente de su pretensión de

juez o jueza al adoptar su decisión.”

33 Conforme a la Ley de Reforma Parcial del Código Penal (Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N.º 5763 extraordinario, del 13-04-2005).

sanción, lo que, evidentemente no ocurrirá en el caso contrario de parte de la Vindicta Pública, ya que si el hecho nuevo es uno que le releva responsabilidad al acusado, mal podría éste estar contenido en la acusación, a menos que el nuevo hecho no releve totalmente de tal responsabilidad sino que la atenué o disminuye, caso en el cual su incorporación sigue siendo necesaria sobre la base del 345 del COPP, pero en realidad no sería técnicamente una ampliación de tal acusación sino, ciertamente una reducción o disminución de la misma. Frente a ello pudiéramos acotar la máxima de “quien puede lo más, puede lo menos”, (“*a maiori ad minus*”) en el caso de la atribución fiscal, ya que si la ley le concede la posibilidad de tal ampliación siendo que de las mismas pruebas que ofertó y fueron evacuadas surge un nuevo hecho que disminuye su pretensión de sanción, bien podría disminuir la misma, tanto como la puede ampliar. Allí si se vería de forma clara la casi inentendible categorización del Ministerio Público como “parte de buena fe” en un sistema adversarial, de parte, acusatorio; condición aquella de buena fe que se le instruye en el 285.1 Constitucional.

Dicho art. 342 del COPP no puede analizarse sin revisar sus antecedentes. El COPP sustituyó al Código de Enjuiciamiento Criminal, Código que es concebido dentro de un sistema procesal mixto, porque contenía una fase instructiva inicial, o sumario, en la que ciertamente el juez de instrucción asumía una función preponderante en el encuentro de elementos de convicción, siendo que al dictarse el llamado auto de detención y realizarse la llamada “declaración indagatoria”, se pasaba a un formal plenario. A la finalización de tal plenario, surgía una posibilidad probatoria oficiosa, el llamado “auto para mejor proveer” regulado por el 293 del citado Código de Enjuiciamiento Criminal. Arminio Borjas comentó dicha norma en su Exposición del Código de Enjuiciamiento Criminal Venezolano, II (Caracas, Schnell, 1982, 252), como la...

...facultad que tienen los jueces en lo criminal...de hacer evacuar de oficio, durante la relación de los autos, y aun después de concluida, todas las diligencias que considere convenientes para formar mejor concepto de los hechos en materia del juicio, completando las pruebas insuficientes, promoviendo otras que juzgue de necesidad, esclareciendo las dudas que surgieren de los asertos de las partes, o de los testigos opuestos, y averiguando, en una palabra, la verdad, para asentar en ella la justicia de su fallo...

Es obvio que por normas como las trascritas, es que hubo el cambio para que el sistema inquisitivo le diera paso al sistema acusatorio en el enjuiciamiento penal del país, habida cuenta esa ultrafuncionalidad del juez otrora en la apreciación de las pruebas que el mismo recaba. Por otra parte, en el Código de Procedimiento Civil Venezolano, no se concibe posibilidad alguna a la proposición de nuevos hechos posteriores a la contestación de la demanda, salvo aquellos casos que solo permiten introducir los hechos determinantes de satisfacción extraprocesal de la pretensión, o perdida sobrevenida de interés legítimo en obtener la tutela, y no la introducción de hechos que tengan otra eficacia; aunque si existe, obviamente, la posibilidad a la prueba oficiosa. Los nuevos hechos si lo permite la Ley Orgánica para la Protección del Niño, Niña y el Adolescente, en sus procedimientos distintos al del Sistema de Responsabilidad Penal del Adolescente, es decir, en los no penales, en su art. 469.

10. Hipótesis con respecto al llamado “nuevo hecho”

En síntesis, con respecto al citado art. 342 del COPP, la excepcionalidad a admitir tales hechos nuevos, conducirá a las siguientes conclusiones procesales:

a) Por obvias razones, si el hecho fue conocido antes de la acusación, ese es el hecho imputado que debió ser acusado, y jamás podrá ser considerado un “hecho nuevo”. En sustento de la anterior tesis se

muestra el Encabezado del Artículo 345 del COPP (“Congruencia entre Sentencia y Acusación”), ya que si conforme a él, “...La sentencia de condena no podrá sobrepasar el hecho y las circunstancias descritos en la acusación y en el auto de apertura a juicio o, en su caso, en la ampliación de la acusación”..., es porque el inicio de tal congruencia se halla en la determinación del hecho con conocimiento fiscal previo a la acusación, contemplado en el Numeral 2 del 308 *eiusdem*, en el sentido que el fiscal al acusar tuvo “...Una relación clara, precisa y circunstanciada del hecho punible que se atribuye al imputado”...;

b) Si el hecho nuevo, es uno que viola otro bien jurídico no protegido por el tipo acusado, no podrá ser un “nuevo hecho”: tendrá que instaurarse un proceso por ese hecho, en todas sus fases. Por ejemplo, se acusó estafa y el nuevo hecho probado en juicio, es violación.

Como sustento de lo anterior, la 701 de la SCP, del 15-12-08...

“...no puede el Ministerio Público acusar, sin haber imputado a quien estuvo señalado e investigado como autor o partícipe de un delito. Aceptarlo, implicaría convalidar un comportamiento silencioso, a espaldas o a escondidas, no sólo de los ciudadanos sino de la Ley y de la Justicia”...³⁴

y en la circunstancia que el COPP regula, por ejemplo, el sobreseimiento como acto conclusivo de la Fase Preparatoria, describiendo causales de manera taxativa, conforme al Artículo 300 *eiusdem*. De allí que la causal contenida en su Numeral 2, “El hecho imputado no es típico o concurre una causa de justificación, inculpabilidad o de no punibilidad”, alude a que toda imputación y por ende toda acusación, debe referirse específicamente a una calificación jurídica

34 TSJ/SCP, sent. N.º 701, de 15-12-2008, <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scp/diciembre/701-151208-2008-a08-219.html>

típica, expresa, que haga al hecho imputado, antijurídico, culpable y punible.

Así, si la estructura básica de la norma jurídico penal se divide entre “supuesto de hecho” y “consecuencia jurídica”, en tal especificidad se precisa quien es el sujeto activo, quien es el sujeto pasivo, cual es la acción u omisión, cual es el objeto pasivo o activo del delito y, fundamentalmente, cual es el bien jurídico que protege esa norma jurídico penal. Por ello, mal podrá condenarse al final, por un hecho diferente a tal precisión que acompañó a la imputación durante dos buenas fases procesales, la preparatoria y la intermedia. Pero, a nuestro entender, si podría condenarse si lo que se varió es la calificante manteniéndose ella dentro de la misma descripción de partes, objetos y referencia fáctica.

Ejemplo: si lo perjudicado, sin el consentimiento de la víctima, es la cantidad x, como hecho que ingresó así al juicio bajo la denominación de estafa; pero ahora, al final del juicio, dejándose trabajar a las pruebas, resulto que tal perjuicio de la misma cantidad ocurrió pero como consecuencia de una apropiación indebida, siendo la misma cantidad la perjudicada por la conducta antijurídica que en el mismo momento y sitio cometió el imputado, y dicha conducta es regulada en el mismo capítulo -por decir- de la ley penal que describe el mismo bien jurídico, en este caso “propiedad”, tal cambio puede admitirse y por ende tal condena, porque la pretensión es esencialmente la misma: perjuicio-sin-consentimiento-de-la-misma-cantidad-entre-las-mismas-partes.

El “hecho nuevo”, en el caso del ejemplo, es que, distinto al ardid para estafar previo, el que engañó a la víctima, las pruebas nuevas lo que revelaron fue la previa existencia de un contrato entre víctima y victimario, siendo que este último actuó disponiendo lo que no era

suyo, en lugar de solamente administrar lo ajeno, como ahora se ve en juicio se exigía en el contrato.

Por otra parte, el hecho nuevo podrá referirse a:

- El supuesto de hecho del tipo acusado (el matar, el robar, el estafar, etc), pero también podrá ser...
- Una “circunstancia” modificativa de la responsabilidad penal (atenuante o gravante, específica o genérica), por ejemplo, la alevosía no conocida antes, etc; o
- Una circunstancia vinculada a condición objetiva de punibilidad (ser familiar, etc); o
- Una circunstancia procesal no conocida antes (prescripción, extinción de la acción penal por cumplimiento efectivo de acuerdo reparatorio; o por admisión a los fines de la suspensión condicional del proceso); o
- Una circunstancia probatoria nueva insuperable (la enfermedad terminal del experto llamado a declarar, etc). Interesante, en tal sentido, es revisar la 301 del 8-110-06, de la SCP...

“...cuando el...Código Orgánico Procesal Penal establece la excepcionalidad al Tribunal de Juicio de recibir nuevas pruebas lo condiciona restrictivamente al surgimiento de hechos y circunstancias novísimas que surjan en el curso de la audiencia. Es decir, en la etapa de la recepción de las pruebas, cuando en la dialéctica de la revisión del caudal probatorio surjan esos nuevos hechos o circunstancias que requieran su esclarecimiento. En el presente caso, el ofrecimiento de las nuevas pruebas por parte del Ministerio Público fue en la presentación de la acusación, razón por la cual la Juez... de Juicio no incurrió en la violación alegada por los solicitantes al no recibir las nuevas pruebas ofrecidas”...³⁵.

35 TSJ/SCP, sent. N.º 433, de 25-10-2006, <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scp/octubre/a06-0301-433.htm>

Se trata pues, que en el curso de la audiencia, entendiéndose como el desarrollo del juicio oral, donde se incluye el debate probatorio, surgen hechos o circunstancias nuevos, que requieren su esclarecimiento, vale decir: revelaciones inesperadas que puedan tener importante trascendencias, lo que en principio consideramos que debe surgir de lo que dimane de las pruebas allí incorporadas, pero ningún impedimento debe oponerse a que ello sea planteado en las exposiciones que inicialmente hagan las partes y en las que revelen el conocimiento que hayan tenido acerca de ese nuevo hecho, lo que se corresponde con la necesidad de establecer la verdad por la vías jurídicas y la justicia en la aplicación de derecho, como finalidad esencial del proceso.

Como la misma norma lo expresa, es una facultad muy excepcional, cuando los nuevos hechos surgidos en esa audiencia realmente lo justifiquen, para lo cual el juez debe actuar prudencialmente y con sujeción al principio de imparcialidad, siendo clara dicha norma en señalar en su última parte que “...el Tribunal cuidara de no reemplazar por este medio la actuación propia de las partes”. Por lo anterior debe ser obvio que el hecho nuevo y/o las circunstancias, deben tener una relación directa o indirecta con el hecho principal objeto de la imputación, o con la causa que por ello se sigue. Repetimos: no deben ser los hechos extraños constitutivos de un tipo delictual diferente o sin relación alguna con la tramitación de la causa.

Y si bien el fiscal puede durante el debate ampliar su acusación mediante la inclusión de un nuevo hecho que no haya sido mencionado en esa acusación o en el auto de apertura a juicio, ello solo corresponde a los efectos de una eventual modificación de la calificación jurídica o la pena objeto del debate. Por lo tanto, el acusado debe ser advertido y tener oportunidad de defenderse, pidiendo la suspensión del proceso para ofrecer nuevas pruebas o preparar su intervención, lo que se fundamenta en la necesidad de que exista una congruencia

entre la sentencia y la acusación, y en derecho a la defensa. Se deduce, entonces, que este instituto debe ser tomado como una excepción al llamado Principio de abstención del Juez en la búsqueda de la prueba en este sistema fundamentalmente acusatorio, estableciendo el carácter excepcional de esa iniciativa probatoria, como árbitro imparcial, y advirtiendo que debe evitar no reemplazar por ese medio la actuación propia de las partes.

11. “Nuevos hechos” en el devenir procesal pero manteniéndose el mismo “supuesto de hecho”, del hecho acusado

Una circunstancia sumamente interesante versaría sobre el cambio de los hechos a lo largo del proceso, pero manteniéndose la igualdad del supuesto de hecho de la norma sustento de la imputación y/o la acusación. Ello operaría tanto en...

- (i) subtipos penales, en donde existan pluralidades de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, manteniéndose la misma sanción cualesquiera sea esa circunstancia, pero también en
- (ii) tipos penales con no más de una circunstancia, pero con complejas hipótesis del hecho que no alude a una sola individualidad comisoría.

En la primera de las hipótesis, la de variadas circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, nos podríamos encontrar con variaciones objetivas, más allá de toda duda, porque aluden a especificidades comisivas o especificades de resultados.

En tal sentido, para ilustrar esta primera hipótesis, se nos ocurre el ejemplo del homicidio calificado conforme al artículo 406, en su Numeral 1 del CPV:

ART. 406.—En los casos que se enumeran a continuación se aplicarán las siguientes penas:

1. Quince años a veinte años de prisión a quien cometa el homicidio por medio de veneno o de incendio, sumersión u otro de los delitos previstos en el Título VII de este libro, con alevosía o por motivos fútiles o innobles, o en el curso de la ejecución de los delitos previstos en los artículos 449, 450, 451, 453, 456 y 458 de este Código.

Imaginemos que la imputación inicial haya sido porque Juan quiso matar, o mató, a Pedro, 1º) por medio del uso del veneno, en la Esquina Parque Carabobo de la Avenida Mexico de Caracas, el viernes 8 de octubre de 2024; pero luego, 2º) en la acusación, refiriéndose a las mismas condiciones de tiempo, lugar y víctima, se califica aquella como homicidio calificado por haberlo hecho por sumersión, y aceptada dicha calificación en el auto de apertura a juicio, 3º) luego de las declaraciones de varios testigos en el juicio, se plantea la posibilidad de una advertencia de cambio de calificación, 333 COPP, o de nuevos hechos, 342 *eiusdem*, porque la calificante del mismo homicidio fue mas bien por arma de fuego en la comisión del delito de robo agravado.

Ciertamente, víctima y victimario son los mismos, al igual que la sanción y las condiciones de tiempo y de lugar, pero la modalidad es otra. La figura del dolo de consecuencias necesarias no operaría para explicar el asunto, toda vez que esta se refiere a la sanción al victimario por haber matado a otro distinto al querido, pero sabiéndose de la proximidad del occiso con respecto al pretendido en muerte. Nótese que aquí el problema radica en los cambios del señalamiento del supuesto en diferentes oportunidades procesales. Así, con respecto a la diferencia entre el hecho imputado y el acusado, se impondría la tesis de que la fase preparatoria, conforme al 262 COPP, sirve precisamente para encontrar los elementos que “inculpan”, y corolario de aquello es que, atendiendo al Encabezado del artículo 308 del

COPP, de tal investigación, el fiscal encontró como “fundamento serio”, la tesis de la sumersión más que la del veneno.

Pero el cambio que se verifica en pleno juicio, es un cambio de “verdad material”, sustentado en el 13 COPP, es decir, es un cambio derivado de las pruebas. Es un hecho nuevo no esperado y que fluye es del quehacer probatorio de los testigos que afirman la coacción para robar con arma de fuego a la víctima por parte de su victimario, pero manteniéndose en la misma calificación jurídica del hecho, homicidio calificado por el Numeral 1 del artículo 406 del CP, con lo cual la congruencia de calificación jurídica exigida en el 345 COPP se sigue manteniendo.

Como ejemplo de los cambios a lo largo del proceso a partir de los diferentes elementos facticos del mismo supuesto de hecho de un tipo penal, se nos ocurre la hipótesis de la violación, normada en el Encabezado del artículo 374 del CP vigente...

ART. 374. —Quien por medio de violencias o amenazas haya constreñido a alguna persona, de uno o de otro sexo, a un acto carnal por vía vaginal, anal u oral, o introducción de objetos por alguna de las dos primeras vías, o por vía oral se le introduzca un objeto que simulen objetos sexuales, el responsable será castigado, como imputado de violación, con la pena de prisión de diez años a quince años. Si el delito de violación aquí previsto se ha cometido contra una niña, niño o adolescente, la pena será de quince años a veinte años de prisión... (*omissis*)

Como se percibe en la descripción típica el que con “violencias o amenazas haya constreñido” -ánimo concupiscente como lo asevera la Doctrina- para penetrar a) la genitalidad masculina, o b) un componente de la corporeidad humana no genital pero si con forma fálica, *ergo*, penetrante, o c) “un objeto que simule objeto sexual”,

en, 1) la vagina, 2) el ano, o 3) la boca, formalmente es responsable de violación.

Imaginemos que en 1º) la denuncia de la víctima se habla de penetración no consentida de un objeto falico comúnmente concebido como objeto sexual, denominado “consolador” o “vibrador”; pero luego, 2º) en la oportunidad de una audiencia de prueba anticipada, 289 COPP, la misma víctima señale que fue penetrada(o) fue con el pene; dicho que 3º) cambia cuando aún la prueba anticipada decide declarar en juicio, y allí afirma que lo que le penetraron fueron los dedos del victimario. A lo largo de este *iter* procesal tanto la denuncia como lo declarado en la prueba anticipada, le va a sustentar el convencimiento fundado al fiscal para acusar, 308 Encabezado COPP, y escoger el último supuesto, más que una contradicción, es una certeza de convencimiento para el titular de la acción penal, puesto que la prueba anticipada se realizó en medio del ejercicio de la contradicción de parte que preguntaron y repreguntaron.

Ahora, finalmente, el cambio del hecho en el juicio sigue ubicando a este en la misma categoría del supuesto del hecho calificado, manteniendo por ende la exigencia de la calificación jurídica ordenada en el 345 del COPP, como congruencia entre acusación y sentencia; aunado al tema de la verdad auscultada por la vía jurídica del juicio oral y público, como escenario natural de la búsqueda de tal verdad por realizarse en inmediación frente al juez que decidirá y en contradicción de las partes en su quehacer probatorio.

Conclusiones

Con la sustanciación del juicio oral y público teniendo como referencia del hecho acusado y su calificación, lo que de ellos está descrito en el auto de apertura a juicio, al ser dicho hecho verificable -por la expresa previsión del art. 49.2 de la CRBV- es con pruebas, terminada la recepción probatoria, la advertencia sobre “...una ca-

lificación jurídica que no ha sido considerada por ninguna de las partes”..., siempre será sobre el hecho-realidad que jurídicamente así se es calificado y que debe ser el mismo desde que fue imputado inicialmente en la fase preparatoria. Por ello...

- a) Debe insistirse siempre sobre la distinción entre (i) hecho-circunstancia y (ii) calificación jurídica de éste, porque así lo ha dividido el legislador procesal penal venezolano, en aras al respeto del derecho al conocimiento oportuno del cargo de imputación como elemento del derecho a la defensa, de raigambre constitucional (art. 49.1 de la CRBV).
- b) Debe asentarse que la previsión legal solo alude a que esta advertencia de cambio de calificación de parte del juez de juicio no puede propiciarse si alguna de las partes lo consideró con anterioridad.
- c) Si las partes que advierten el cambio de calificación son las partes acusadoras -una o la otra, bien el Ministerio Público o la víctima acusadora particular propia o adhesiva-, a la finalización de la recepción probatoria, conforme lo regula el art. 334 del COPP, entonces no se le impone al juez advertir de forma oficiosa ningún cambio de calificación si comulga con lo manifestado por el o los acusadores.
- d) Si la advertencia de cambio de calificación solo originada por el acusado fue sobre algún asunto que se asume oscuro, confuso o contradictorio, de la demostración del hecho imputado, luego de la recepción probatoria, siendo que tal opacidad no es tan relevante para absolver al acusado, pero si lo es para proceder a un cambio de calificación del hecho, tal advertencia de cambio de calificación, al ser ya expresada por la defensa, obligaría a su análisis de parte del juez.
- e) El dicho “hecho nuevo” del artículo 342 del COPP, que podrá conducir a la oficiosidad probatoria, es un nuevo hecho como, por ejemplo, otro ilícito que vulnera el mismo bien jurídico

protegido por el tipo y vinculado al mismo hecho que se acusó por ilícito distinto; o la revelación de una circunstancia modificativa de la responsabilidad penal no conocida hasta ahora. Podría haber un hecho nuevo probado oficiosamente por el juez, pero, conforme al 345 *eiusdem*, tal nuevo hecho oficiosamente probado por el juez debe estar incluido, al menos, en la llamada “ampliación de la acusación”, regulada en el 334 del COPP.

- f) “Quien puede lo más, puede lo menos”, (“*a maiori ad minus*”): En el caso de la atribución al fiscal de la ampliación de la acusación, art. 334 COPP, si la ley le concede la posibilidad de tal ampliación siendo que de las mismas pruebas que ofertó y fueron evacuadas surge un nuevo hecho que disminuye su pretensión de sanción, bien podría disminuir la misma, tanto como la puede ampliar. Allí si se vería de forma clara la casi inentendible categorización del Ministerio Público como “parte de buena fe” en un sistema adversarial, de parte, acusatorio; condición aquella de buena fe que se le instruye en el 285.1 Constitucional.
- g) Cuando hay “nuevos hechos” en el devenir procesal pero manteniéndose el mismo “supuesto de hecho”, del hecho acusado, la problemática se aminora, habida cuenta la ausencia de cambio calificadorio con lo cual se mantiene la exigencia de congruencia del art. 345 del COPP.