



UNIVERSIDAD CATÓLICA ANDRÉS BELLO  
DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO  
ÁREA DE DERECHO  
ESPECIALIDAD EN CIENCIAS PENALES Y CRIMINOLÓGICAS

EL ALCANCE Y LAS IMPLICACIONES DEL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA EN  
EL PROCESO PENAL VENEZOLANO

Trabajo Especial de Grado, presentado como requisito parcial,  
para optar al Grado de  
Especialista en Ciencias Penales y Criminológicas

Autor: José Augusto Rondón

Asesor: José Luis Irazu Silva

Caracas, diciembre de 2007

UNIVERSIDAD CATÓLICA ANDRÉS BELLO  
DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO  
ÁREA DE DERECHO  
ESPECIALIDAD EN CIENCIAS PENALES Y CRIMINOLÓGICAS

APROBACIÓN DEL ASESOR

En mi carácter de Asesor del Trabajo Especial de Grado, presentado por el ciudadano Abogado **José Augusto Rondón**, para optar al grado de Especialista en Ciencias Penales y Criminológicas, cuyo título es: **El Alcance y las Implicaciones del Principio de Congruencia en el Proceso Penal Venezolano**, Considero que dicho Trabajo reúne los requisitos y méritos suficientes para ser sometido a la evaluación por parte del jurado examinador que se designe.

En la ciudad de Caracas, a los trece (13) días del mes de diciembre de 2007.

---

José Luis Irazu Silva

CI No. V-5.087.005

A mi madre

A mi padre

A mi hija

Quiero hacer un reconocimiento especial  
al profesor José Luis Irazu Silva,  
cuyas apasionantes clases de Derecho Procesal Penal  
me motivaron  
a realizar este trabajo de investigación

## INDICE GENERAL

Aprobación del asesor	ii
Dedicatoria	iii
Reconocimiento	iv
Resumen	xii
Capítulo I. El Alcance del Principio de Congruencia con Relación a los hechos	
Objeto de la acusación y del auto de apertura a juicio.....	7
1. El objeto del proceso penal.....	7
1.1. ¿Qué es el objeto del proceso penal?.....	7
1.2. La identidad del hecho y las teorías sobre su identificación.....	10
1.2.1. Teoría naturalista.....	10
1.2.2. Teoría normativista.....	11
1.3. Caracteres del objeto del proceso penal.....	12
1.3.1. Inmutabilidad.....	12
1.3.2. Indivisibilidad.....	13
1.3.3. Indisponibilidad.....	14

1.3.4. Individualidad.....	14
1.4. La delimitación progresiva del objeto del proceso penal.....	15
2.El principio de congruencia.....	26
2.1. Definición.....	26.
2.2. Clases de congruencia.....	30
2.3. Fundamentos del principio de congruencia.....	31
2.3.1. Autores que consideran que el principio de congruencia deriva del principio de contradicción o derecho a la defensa.....	31
2.3.2. Autores que vinculan el principio de congruencia son la tutela judicial efectiva.....	33
2.3.3. Autores que distinguen según se trate de la congruencia con relación a los hechos o de la congruencia respecto a la calificación jurídica de éstos.....	37
2.3.4. Otros fundamentos.....	38

2.3.5. Nuestra posición.....	39
3. La congruencia con relación a los hechos.....	41
3.1. La correlación se exige tanto en la sentencia condenatoria como en la sentencia absolutoria.....	44
3.2. La ampliación de la acusación.....	47
3.3. Potestad del juez para apreciar circunstancias agravantes o atenuantes no mencionadas en la acusación.....	53
3.3.1. Agravantes.....	54
3.3.2. Atenuantes.....	63
3.4. Potestad del juez para condenar por un delito continuado en caso de que la acusación se formule por un solo acto criminal.....	66
3.4.1. Los actos que integran el delito continuado están narrados en la acusación fiscal, aun cuando el fiscal los presenta como un concurso de delitos o un solo	

delito no continuado.....	69
3.4.2. Los actos que integran el delito continuado aparecen por primera vez en el debate.....	70
3.5. Potestad del juez para condenar por un concurso de delitos no mencionado en la acusación.....	73
3.5.1. Concurso ideal de delitos.....	75
3.5.2. Concurso real de delitos.....	76
3.6. Potestad el juez para apreciar una forma de participación distinta a la señalada en la acusación.....	79
3.7. Potestad del juez para apreciar un grado de ejecución distinto al señalado en la acusación.....	83
Capítulo II. El Alcance del Principio de Congruencia con relación a la calificación	
Jurídica de los hechos.....	89
1. Facultad del juez para calificar jurídicamente los hechos.....	89
2. La advertencia de posibilidad de cambio de calificación jurídica.....	95

2.1.	Fundamento del artículo 363 del Código Orgánico Procesal Penal.....	98
2.2.	¿En qué consiste la advertencia?.....	99
2.3.	¿Constituye la advertencia de posibilidad de cambio una excepción al principio acusatorio?.....	102
2.4.	¿Procede la advertencia en caso de variación <i>in bonus</i> ?.....	103.
2.5.	Necesidad de que las partes acepten o asuman la nueva calificación.....	105
2.6.	¿La advertencia es facultativa u obligatoria?.....	106
2.7.	Las calificaciones alternativas o subsidiarias.....	108
3.	¿Es incongruente la sentencia si condena a una pena más grave que la solicitada por el acusador?.....	110

Capítulo III. El Alcance del Principio de Congruencia con relación a los Alegatos del Acusado y su Defensor.....	114
--	-----

1. Potestad del juez para apreciar eximentes no aducidas por el acusado
---

su defensor.....	115
2. Facultad del juez para apreciar atenuantes no aducidas por el acusado	
y su defensor.....	118
3. Potestad del juez para apreciar excepciones no opuestas por el acusado	
y su defensor.....	118
Capítulo IV. El Vicio de Incongruencia y los Remedios Procesales que proceden	
contra la sentencia incongruente.....	127
1. La incongruencia. Definición.....	127
2. Naturaleza jurídica del vicio de incongruencia.....	127
3. Clases de incongruencia.....	130
4. Remedios procesales contra la sentencia incongruente.....	131
Capítulo V. La Congruencia y su elación con otras Figuras Procesales.....	135
1. Congruencia y responsabilidad civil.....	135
2. Congruencia y delitos de acción dependiente de instancia de parte.....	137

3. Congruencia y retiro de la acusación.....	139
4. Congruencia y admisión de hechos.....	142
5. Congruencia y estipulaciones probatorias.....	147
6. Congruencia y hecho notorio.....	149
Conclusiones.....	155
Referencia bibliográficas.....	159

UNIVERSIDAD CATÓLICA ANDRÉS BELLO  
DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO  
ÁREA DE DERECHO  
ESPECIALIDAD EN CIENCIAS PENALES Y CRIMINOLÓGICAS

El Alcance y las Implicaciones del Principio de Congruencia en el Proceso Penal  
Venezolano

Asesor: José Luis Irazu  
Alumno: José Augusto Rondón  
Fecha: Diciembre de 2007

El presente trabajo de investigación tiene como objeto determinar el alcance y las implicaciones del principio de congruencia en el proceso penal venezolano. Dicho principio se encuentra establecido en el artículo 363 del Código Orgánico Procesal Penal, conforme al cual la sentencia de condena no podrá sobrepasar el hecho y las circunstancias descritas en la acusación y en el auto de apertura a juicio.

A tales fines, se realizó una investigación documental de carácter monográfico, para lo cual revisaron los distintos textos legales, jurisprudenciales y doctrinales que guardan relación con el tema. En cuanto al análisis jurídico de la información, éste se realizó de acuerdo a los distintos argumentos de interpretación de la norma; en especial, se utilizaron los argumentos *ab autoritate*, de interpretación objetiva y de interpretación sistemática.

Con ello, se pretendió aclarar algunas de las múltiples dudas que se plantean a los operadores de justicia a la hora de interpretar y aplicar el referido artículo 363 del Código Orgánico Procesal Penal.

Se consideró que de darse respuesta a tales interrogantes, resultarían beneficiadas todas aquellas personas que prestan funciones o, por un motivo u otro, se relacionan con el sistema de justicia penal y, en especial, los jueces de juicio, quienes, en razón de la actividad que les es propia, son por excelencia los operadores de justicia llamados a aplicar el contenido del artículo 363 del Código Orgánico Procesal Penal.

En la investigación realizada se determinó, entre otras conclusiones, 1) Que el objeto del proceso penal debe permanecer idéntico en lo esencial, aun cuando puede sufrir modificaciones de carácter accidental; 2) que el juez puede apreciar atenuantes y eximentes no aducidas en la acusación sin hacer uso de la advertencia prevista en el artículo 350 del Código Orgánico Procesal Penal; 3) Que el juez puede apreciar agravantes no aducidas en la acusación pero para ello debe realizar la mencionada advertencia.

Descriptores: Principio de Congruencia, Correlación, Acusación, Auto de Apertura a Juicio, Sentencia.

## INTRODUCCIÓN

Con la entrada en vigencia del Código Orgánico Procesal Penal (COPP, 1999), cambió radicalmente el diseño del proceso penal venezolano. En efecto, el Código de Enjuiciamiento Criminal (CEC, 1962) contemplaba un proceso regido por el principio inquisitivo, en tanto que en el proceso establecido en el Código Orgánico Procesal Penal impera el principio acusatorio.

En el proceso inquisitivo es el juez quien investiga los hechos, por lo que, antes que un tercero imparcial, pareciera ser más bien una parte al lado del indiciado. En cambio, en el proceso acusatorio, quien dirige la investigación es el fiscal del Ministerio Público, mientras que el juez se mantiene como un órgano imparcial que decide en torno a la procedencia o no de las pretensiones de aquél, frente a las del imputado.

En este último proceso, si el fiscal considera que la investigación proporciona fundamento serio para el enjuiciamiento público del imputado, presentará acusación ante el juez de control. La acusación deberá contener, entre otros requisitos, una

relación clara, precisa y circunstanciada del hecho punible que se atribuye al imputado y la expresión de los preceptos jurídicos aplicables.

Presentada la acusación, el proceso penal pasa a la fase intermedia, en la cual el juez de control debe celebrar la audiencia preliminar donde resolverá, entre otras cuestiones, si admite o no la acusación del Ministerio Público. Si el juez de control admite la acusación fiscal, dicta el auto de apertura a juicio, el cual deberá contener 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.

El auto de apertura a juicio tiene como función esencial delimitar los hechos objeto del debate. No obstante, la aportación de tales hechos corresponde a un órgano distinto al juez, vale decir, el fiscal del Ministerio Público. En efecto, en el proceso regido por el principio acusatorio, el juez no puede aportar hechos, porque ello implicaría que éste deje de ser un tercero imparcial y pase a erigirse en acusador.

Sin embargo, no existe igual consenso en lo que respecta a la calificación jurídica de los hechos, ámbito en que pareciera imperar el criterio conforme al cual el juez es libre de atribuir a los hechos probados en el debate la calificación jurídica

que les corresponda, aun cuando esta sea distinta a la esgrimida por el representante fiscal. Tal opinión se basa en la conocida máxima *iura novit curia* (“el juez conoce el derecho”), que constituye un principio clásico de la teoría general del proceso.

Una vez que el juez de control dicta el auto de apertura a juicio, remite las actuaciones al juez de juicio y el proceso pasa a su tercera etapa, conocida como fase de juicio. El acto más importante de la fase de juicio – y quizás de todo el proceso penal- es el juicio oral y público, donde se establecerá de manera definitiva si ocurrió el hecho que se atribuye al acusado y si éste es responsable por tal hecho.

El juicio está regido por los principios de publicidad, oralidad, inmediación, concentración y contradicción. El principio de contradicción es una manifestación del derecho a la defensa, que informa todo el proceso penal. Conforme al principio de contradicción, el acusado y su defensor deben tener la oportunidad discutir y atacar las alegaciones de la parte contraria, vale decir, el fiscal o el querellante.

En estrecha relación con el principio de contradicción y el derecho a la defensa, se encuentra el principio de congruencia, contemplado en el artículo 363 del Código Orgánico Procesal Penal, conforme al cual:

“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.

En la sentencia condenatoria, el tribunal podrá dar al hecho una calificación jurídica distinta a la de la acusación o del auto de apertura a juicio, o aplicar penas más graves o medidas de seguridad, siempre que no exceda su propia competencia.

Pero, el acusado no puede ser condenado 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, como lo ordena el artículo 350, por el Juez presidente sobre la modificación posible de la calificación jurídica.”

De acuerdo con el encabezamiento de esta norma, la sentencia de condena no puede sobrepasar el hecho y las circunstancias descritas en la acusación y en el auto de apertura a juicio o, en su caso, en la ampliación de la acusación. Como puede observarse, esta parte de la norma se refiere a la congruencia en cuanto a los hechos.

Sin embargo, cabe preguntarse si el principio de congruencia implica una igualdad absoluta entre el hecho descrito en la acusación y en el auto de apertura a juicio y el hecho que el tribunal estima acreditado en su sentencia, de manera tal que, de no darse esa igualdad, la sentencia sería anulable por incongruente.

Por otra parte, conforme al primer aparte del artículo 363 del Código Orgánico Procesal Penal, en la sentencia condenatoria el tribunal podrá dar al hecho una calificación jurídica distinta a la de la acusación o del auto de apertura a juicio, o aplicar penas más graves o medidas de seguridad, siempre que no exceda

su propia competencia. Este aspecto de la norma constituye una manifestación de la mencionada máxima *iura novit curia*, conforme a la cual corresponde al juez la determinación de las normas jurídicas aplicables a los hechos aportados por las partes.

No obstante, en el último párrafo del artículo 363 se establece que el acusado no puede ser condenado 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, como lo ordena el artículo 350, por el juez presidente sobre la modificación posible de la calificación jurídica.

Pero, entonces, surgen las siguientes preguntas: ¿Abarca el principio de congruencia la calificación jurídica de los hechos? ¿Sería incongruente la sentencia si el juez cambia la calificación jurídica de los hechos sin advertir previamente al acusado sobre la posibilidad de tal modificación? ¿No es el juez soberano en la determinación de la norma jurídica aplicable a los hechos?

El principio de congruencia no es nuevo en la legislación venezolana. Ya lo consagraba el derogado Código de Enjuiciamiento Criminal en su artículo 295. No obstante, al instaurar el Código Orgánico Procesal Penal un proceso penal regido por el principio acusatorio -una de cuyas aristas es el ejercicio de la acción penal por un órgano distinto a aquél que se encargará de juzgar- el principio de

congruencia ha cobrado nuevos matices, generándose así en la práctica nuevas interrogantes que se suman a las que anteriormente existían.

El presente trabajo va dirigido a responder algunas de esas interrogantes, las cuales pueden resumirse en el siguiente planteamiento: ¿Cuál es el alcance y las implicaciones del principio de congruencia en el proceso penal venezolano?

# CAPÍTULO I

## EL ALCANCE DEL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA CON RELACIÓN A LOS HECHOS OBJETO DE LA ACUSACIÓN Y DEL AUTO DE APERTURA A JUICIO

### 1. El objeto del proceso penal.

#### 1.1 ¿Qué es el objeto del proceso penal?

Objeto del proceso penal es el hecho en torno al cual gira el proceso. En efecto, lo que da lugar al inicio del proceso penal es el acaecimiento de un hecho descrito en una norma como punible, es decir, de un hecho relevante penalmente.<sup>1</sup>

Dicho hecho debe ser concreto, específico, por lo cual tiene que ser individualizado en todas sus circunstancias de modo, tiempo y lugar<sup>2</sup>. Pero

---

<sup>1</sup> En sentencia No. 2260 de fecha 12 de diciembre de 2006, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, con ponencia del Magistrado Dr. Francisco Carrasquero López, estableció que el objeto del proceso penal "... no es otro que el hecho punible, es decir, un comportamiento humano con relevancia para el ordenamiento penal".

<sup>2</sup> Sin embargo, Carnelutti sostiene que: "No perjudica a la identidad del hecho la diversidad de las circunstancias (...) Sus aplicaciones más importantes se refieren al lugar y al tiempo, respecto de los cuales he explicado, tanto en mis lecciones de derecho penal como en éstas, que no refieren a lo intrínseco sino a lo extrínseco del acto y, por tanto, deben colocarse entre las circunstancias (...) por tanto, los elementos relevantes a los fines de la valoración de la identidad no son otra cosa que la acción y el evento, esto es, los elementos físicos, o mejor ontológicos, los cuales son los únicos elementos del acto que pueden ser externamente percibidos (...). Juzgado por ejemplo, Ticio, por el homicidio de Cayo, no podría volver a juzgarse aun cuando la segunda imputación asignase al hecho un tiempo o un lugar diverso..." (1950, V.4, p. 85).

también tiene carácter hipotético, por cuanto uno de los extremos que deberán ventilarse en el proceso es, precisamente, si el hecho ocurrió o no. En efecto, según Beling (s/f, p. 85) el objeto procesal es "... el asunto de la vida en torno al cual gira el proceso penal, siendo sólo un asunto hipotético encuadrado en el derecho penal, puesto que será a través del proceso que se establecerá si el hecho acaeció efectivamente".<sup>3</sup>

Por otra parte, la mayoría de los autores incluyen al imputado dentro del objeto del proceso penal,<sup>4</sup> no obstante, otros sostienen la opinión contraria, considerando que el objeto procesal es sólo el hecho que se ventila en el proceso<sup>5</sup>.

---

Por su parte, Leone (1963, V.2, p. 394). señala que: "... hay inmutación del hecho, o correlación entre acusación y sentencia, cuando ni el elemento material (acción u omisión, evento, relación de causalidad), ni el elemento psicológico, ni las circunstancias, sufren modificación"

<sup>3</sup> Como sostiene Florián (1990, pp 49 y 50) "Desde luego no es necesario que la relación (que constituye el objeto principal del proceso penal) exista como verdad de hecho; sino que basta con que tenga existencia como hipótesis; la relación en este caso nace como un supuesto de hecho, que debe ser investigado en su existencia real en el proceso..."

<sup>4</sup> Pérez, M. (2002, p.36) opina que el objeto del proceso tiene dos elementos: uno objetivo, que sería el hecho punible, y otro subjetivo, que sería el sujeto imputado. Según ella: "... el sujeto sí debe considerarse un elemento esencial del objeto puesto que hay que tenerlo en cuenta al comparar entre dos objetos procesales penales. Es decir, no se puede considerar el hecho desvinculado de su autor. Ante un mismo hecho si lo que varía es el autor del mismo los objetos procesales son distintos. Únicamente existe identidad objetiva cuando coincide la persona autora del mismo".

Por su parte, Beling (s/f, p. 84) afirma que: "Lo que es decisivo para la individualización de los objetos procesales es lo siguiente (...): se trata del mismo objeto procesal, si se reúne la identidad de la persona del inculpado ("identidad subjetiva") con la identidad del hecho ("identidad objetiva")".

Y Roxin (2000, p. 160) sostiene que "la identidad del objeto procesal tiene un componente personal y uno material, es decir, ella presupone: 1. la identidad de la persona (...). 2. la identidad del hecho..."

<sup>5</sup> Según Montero (1997, p. 116) "a lo largo del procedimiento preliminar el proceso ha de tener un objeto y, sin embargo, puede ser desconocido el autor del hecho o el imputado puede cambiar. Con todo, ya en el juicio oral la modificación relativa al acusado será inadmisibles, aunque la razón de ello debe buscarse en el derecho de defensa.

La víctima sí formará parte del objeto procesal siempre y cuando su mutación implique el cambio esencial del hecho.<sup>6</sup>

La parte acusadora no forma parte del objeto procesal, puesto que nadie puede pretender incoar un nuevo proceso por unos hechos que ya han sido juzgados, aduciendo ser un acusador distinto.<sup>7</sup>

La calificación jurídica del hecho no integra el objeto procesal, en primer lugar porque la misma puede variar a lo largo del proceso, incluso en la sentencia, y en segundo lugar porque no se podrá iniciar un nuevo proceso por los mismos hechos alegándose una calificación jurídica distinta.<sup>8</sup>

La pena tampoco forma parte del objeto del proceso, de modo que el tribunal, con base en el principio de legalidad, debe imponer la pena que sea

---

El que la cosa juzgada se refiera indebidamente a la persona acusada no significa que ésta integre el objeto del proceso, por lo menos si se es riguroso y se distingue entre elemento subjetivo (la persona acusada) y elemento objetivo (el hecho punible) de la cosa juzgada...”.

<sup>6</sup> En tal sentido, Carnelutti (1950, V.4, pp. 84 y 85) afirma que: “... Puesto que en la acción entra la persona del agente y en el evento la del paciente, la identidad de uno y otro va implicada e la identidad del hecho; pero no por eso sería lícito resolver la identidad del hecho en la identidad de las personas, esto es del imputado y de la parte lesionada, pudiendo, entre otras cosas, ocurrir muy bien que, no obstante tal identidad, el hecho, por acción como el evento, sea diverso”.

<sup>7</sup> Montero, 1997, p. 115; Gómez, 2000, p. 107.

<sup>8</sup> Montero, 1997, pp. 119 a 123; Beling, s/f, p. 84.

procedente, independientemente de que sea más grave que la solicitada en la acusación.<sup>9</sup>

## 1.2 La identidad del hecho y las teorías sobre su identificación.

El hecho objeto del proceso no puede sufrir mutaciones de carácter esencial, aun cuando sí de carácter accidental<sup>10</sup>. Ahora bien, a los fines de determinar la identidad del hecho se han formulado dos teorías: la naturalista y la normativista.

### 1.2.1 Teoría naturalista:

---

<sup>9</sup> Sin embargo, en virtud de la prohibición de la reforma en perjuicio, contemplada en el artículo 442 del Código Orgánico Procesal Penal, “cuando la decisión sólo haya sido impugnada por el imputado o su defensor, no podrá ser modificada en su perjuicio”.

<sup>10</sup> Según Manzini (1987, V. 4, pp. 366 al 369): “Hay mutación esencial del hecho notificado al imputado cuando los elementos materiales o aun solamente psíquicos (dolo; preterintención; culpa) que lo constituyen, y que deben ser jurídicamente valorados, son distintos y más graves que los especificados en la imputación. Por consiguiente, no hay modificación del hecho notificado cuando el juez, manteniendo firmes los elementos antedichos da al mismo hecho una calificación jurídica distinta de la contenida en la imputación. Lo cual ocurre, ya cuando el juez, para la nueva definición jurídica, toma en cuenta todos los elementos del hecho notificado, ya cuando sólo admite una parte de ellos, estando la parte comprendida en el todo (...)”

Como la mutación del hecho depende de la modificación de sus elementos esenciales, es evidente que no se puede considerar modificado el hecho por el solo cambio de elementos secundarios, que no constituyan o concreten circunstancias agravantes, o de simple modalidad, en forma que no dejen incertidumbre alguna sobre el objeto de la imputación ni quiten al imputado ningún conocimiento necesario para su defensa (...)

Por consiguiente, la cuestión sobre si en concreto hay o no modificación del hecho notificado se debe decidir, a base de los criterios ya indicados, en cada caso por el juez, quien deberá sobre todo tener presente el principio inspirador de la notificación de la acusación, que es el de asegurar al imputado la posibilidad de defenderse en la plenitud de sus facultades respecto de todo elemento relevante de la imputación, en forma que se excluya cualquier sorpresa (...)

En cambio, si el hecho queda esencialmente idéntico al notificado en acusación, o disminuido de cualquier elemento o circunstancia, es lícito al juez precedente definirlo jurídicamente de modo diverso del indicado en el acto de notificación, o sea, atribuirle un nuevo título delictuoso, siempre que el delito así definido no pertenezca a una competencia superior o especial”.

Considera el hecho como un acontecimiento histórico, real, de la vida del acusado, el cual se contempla sin referencia alguna al punto de vista jurídico.

Como acontecimiento histórico implica unas circunstancias de modo, tiempo y lugar, pero – y aquí reside la principal deficiencia de esta teoría- cualquier variación de las mismas, por pequeña que sea, implicará que se trate de otro hecho, por lo que deberá iniciarse otro proceso ante el nuevo objeto.<sup>11</sup>

#### 1.2.2 Teoría normativista:

Surgió como una forma de corregir los defectos que se atribuían a la teoría naturalista. Según esta teoría, el punto de vista jurídico resulta fundamental para identificar el hecho objeto del proceso.<sup>12</sup>

---

<sup>11</sup> Una variante de esta teoría es aquella según la cual lo que permite identificar ese acaecer real es la voluntad del acusado: sin embargo, se le cuestiona que no varía el hecho si no ha sido cometido en forma dolosa, sino imprudente, y viceversa.

<sup>12</sup> Por ello, algunos autores señalan que si bien la calificación jurídica no forma parte del objeto del proceso, no obstante aquella tiene cierta importancia para la identificación de éste. Así, Clariá (2004, V. 1, pp. 220 y ss) sostiene que "... el objeto material del proceso es un asunto de la vida afirmado como penalmente relevante, por lo cual no es posible una separación tajante entre los hechos y el derecho, ya que, para determinar la existencia de un objeto procesal penal, el sustrato fáctico debe ser "pensado jurídicamente"

Por su parte, Díaz (1996, pp. 360 y 392), basándose en lo afirmado por Gómez Orbaneja, sostiene que el bien jurídico protegido por el tipo penal supuestamente infringido, resulta relevante para identificar el objeto del proceso penal, de suerte que la mutación de aquel provoca una alteración de este último.

Si la nueva calificación jurídica no implica una mutación del bien jurídico, el objeto procesal no habrá sufrido modificación.

En tal sentido, según este autor únicamente el elemento subyacente en la calificación jurídica – el bien jurídico tutelado- forma parte del objeto procesal.

Siendo éste un hecho típico, vale decir, descrito como punible en una norma penal, debe atenderse a los elementos esenciales que conforman el tipo para determinar si se trata del mismo hecho punible.<sup>13</sup>

Ello permite que puedan cambiar las circunstancias de modo, tiempo y lugar, sin que de ello deba resultar necesariamente una modificación del hecho objeto del proceso.

### 1.3 Caracteres del objeto del proceso penal:

La naturaleza de los intereses que se ventilan en el proceso penal determina los caracteres de su objeto. En efecto, aquellos son de naturaleza pública: el ejercicio del poder punitivo y la protección de la libertad de los ciudadanos. En tal sentido, los caracteres del objeto del proceso penal son los siguientes:

#### 1.3.1 Inmutabilidad:

---

En consecuencia, según este catedrático, si la variación de la calificación jurídica provoca una mutación del bien jurídico protegido y por ende del objeto procesal "... el principio acusatorio exige que si el órgano jurisdiccional la aprecia debe utilizar la tesis del art. 733 y que dicha tesis sea aceptada por la acusación" (Díaz, 1996, p. 395) En contra, Delgado (2007, p. 29).

<sup>13</sup> Tal como señala Gómez (2000, p. 106) "... la identificación del hecho es posible, en esta posición doctrinal, cuando coinciden elementos esenciales en cualquiera de las unidades jurídicas en las que un acaecer humano puede ser reducido. Por ello, el hecho es el mismo cuando exista

Desde el inicio del proceso hasta la sentencia, el hecho debe permanecer inalterado en lo esencial, aun cuando puede sufrir variaciones de carácter accidental. Sin embargo, como veremos, durante el proceso el hecho podrá ir perfilándose o delimitándose gradualmente, pero deberá conservar su identidad sustancial.

### 1.3.2 Indivisibilidad:<sup>14</sup>

El hecho objeto del proceso constituye un todo, una unidad. Como tal, debe ser tratado en todas sus circunstancias, de una manera amplia, exhaustiva integral. Tal como afirma Galdana (2002, p. 31): “De la indivisibilidad del objeto es deducible la obligación del tribunal de agotar su complejidad en virtud del principio de búsqueda de la verdad material. La sentencia debe decidir plenamente el objeto aunque sólo se hayan planteado elementos parciales del mismo”

Por ello, el juez no puede quedar vinculado por las versiones del hecho que sostengan las partes, las cuales frecuentemente omiten en la narración del hecho detalles que podrían ser relevantes.

---

identidad parcial en los actos de ejecución concretos. Por ejemplo, acusado de lesiones, se condena al autor por tentativa de homicidio”

<sup>14</sup> Clariá (2004, V. 1, p. 223) lo denomina “integridad”.

Siempre y cuando el juez se mantenga dentro de los límites del hecho objeto del proceso, éste debe ser tratado en toda su integridad, tal como el mismo hubiere acontecido en la realidad.

### 1.3.3 Indisponibilidad:

El objeto del proceso penal no depende de la voluntad de las partes. Una vez recibida la noticia del delito, el fiscal está en la obligación de ejercer la acción penal, y, ejercida ésta, el fiscal no puede renunciar a la misma.

De igual manera, el juez podrá condenar aun cuando el fiscal pida la absolución, y podrá absolver, aunque éste pida la condena o el acusado admita los hechos.<sup>15</sup>

### 1.3.4 Individualidad:

---

<sup>15</sup> Este principio se relaciona con el de la verdad material o investigación integral (Clariá, 2004, V. 1, p. 236).

Según Florián (1990, p. 51): "Las partes no tienen poder de menoscabar el hecho, ni de manipularlo, ni de imponer versiones imaginadas ni tesis preestablecidas (...). Aquí aparece con toda fuerza la profunda separación existente entre el proceso penal y el proceso civil; en éste, la relación jurídica que representa el objeto del proceso, al ser normalmente de derecho privado, es formulado como tema de controversia por las partes mismas, las cuales pueden presentarlo, no en su totalidad o realidad, sino sólo en los puntos controvertidos; pueden también las partes modificar la demanda primitiva y dar lugar a un proceso simulado. En el proceso civil las partes,

“Cada proceso penal tiene su propio objeto” (Clariá, 2004, T.I, p. 223). Por ende, no puede iniciarse un proceso penal por un hecho ya decidido o pendiente de decidir en otro. <sup>16</sup> Además, no pueden llevarse simultáneamente dos o más procesos penales por los mismos hechos. <sup>17</sup>

Aun cuando, en principio, cada proceso penal tiene su propio objeto, en un mismo proceso penal podrán ventilarse varios objetos procesales cuando se trate de delitos conexos. <sup>18</sup>

#### 1.4 La delimitación progresiva del objeto del proceso penal.

A diferencia de lo que ocurre en el proceso civil, donde el demandante fija el objeto del proceso de una vez en la demanda, en el proceso penal el objeto del proceso se va delimitando progresivamente.

En efecto, en el proceso civil rige el *principio dispositivo*, conforme al cual las partes determinan discrecionalmente el objeto del proceso, según convenga a sus intereses particulares.

---

en resumen, tienen el poder de disposición sobre el objeto del proceso, y este poder les falta en el proceso penal”.

<sup>16</sup> Cosa juzgada y litispendencia.

<sup>17</sup> Ej. Jurisdicción militar *versus* la ordinaria. Sin embargo, si concurren adultos y adolescentes las causas deberán separarse, a tenor de lo establecido en los artículos 76 del Código Orgánico Procesal Penal y 535 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y el Adolescente.

En cambio, en el proceso penal rige el *principio de oficialidad*, ya que en él se ventilan intereses públicos, por lo cual las partes no pueden determinar ni configurar el objeto del proceso según les plazca, sino que el mismo debe adecuarse a la realidad de los hechos tal como ocurrieron en la vida real.<sup>19</sup>

El artículo 13 del Código Orgánico Procesal Penal dispone que “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 juez al adoptar su decisión”.

En tal sentido, constituye uno de los fines del proceso establecer la verdad de los hechos por las vías jurídicas, lo cual sólo podrá lograrse definitivamente al momento de dictarse la sentencia. Siendo esto así, no será al inicio del proceso cuando se alcanzará este objetivo, sino al culminar el mismo.<sup>20</sup>

Como sostiene Carnelutti (1950, V. 4, pp. 10 y 11):

---

<sup>18</sup> Art. 70 del Código Orgánico Procesal Penal. La acumulación de varios objetos procesales en un solo proceso se fundamenta en la necesidad de evitar sentencias contradictorias y en razones de economía procesal.

<sup>19</sup> Díaz (1996, p. 366), citando a Gómez Orbaneja, señala que: “... la acción penal, como derecho al proceso, a diferencia de la civil, que es una foto fija, se va ejercitando de manera escalonada, lo que además exige diversos pronunciamientos del órgano jurisdiccional siempre sobre el fondo con anterioridad a la sentencia, y resolviéndose definitivamente al abrirse el juicio oral...”

<sup>20</sup> Como afirma Pérez M. (2002, p. 32): “A nadie puede pasar desapercibido que puesto que en materia penal los hechos suelen aparecer ocultos a la mirada judicial, el proceso constituirá precisamente el medio para su esclarecimiento”

“...La imputación es también un juicio, lo mismo que la decisión, pero un juicio provisional. Este carácter deriva de la insuficiencia de las pruebas existentes cuando se forma la imputación; si las pruebas existieran ya entonces, el proceso habría terminado en vez de comenzar...”.

Es por ello que desde que comienza el proceso penal, el objeto de este se va perfilando progresivamente, van apareciendo sus contornos, se va aclarando, lo cual es precisamente una de las funciones de aquél; sin embargo, en lo esencial los hechos no pueden variar, por lo que no se podrá cambiar unos hechos por otros<sup>21</sup>. Lo único que puede variar es lo accidental; por ejemplo, la forma de participación o el grado de ejecución, etc.<sup>22</sup>

---

<sup>21</sup> Tal como afirma Florián (1990, p.50): “...la relación debe estar bien delimitada (individualidad del objeto) y, por lo que hace a su contenido, no cambiar durante la marcha del proceso, ni siquiera en la sentencia...”.

<sup>22</sup> A la par de esta delimitación progresiva del objeto del proceso (y muchas veces producto de ella), en el proceso penal, tal como señala Montero (1997, pp. 101 y 102): “los órganos jurisdiccionales tienen que ir realizando calificaciones jurídicas penales de las que depende el inicio del proceso y su avance”, a diferencia de lo que ocurre en el proceso civil, en el que “sólo en el momento de dictar sentencia ha de efectuarse por el juez una aplicación del Derecho material o sustantivo”.

Tal como estableció la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia No. 52 de fecha 22 de febrero de 2005, con ponencia del Magistrado Dr. Pedro Rondón Haaz: “... respecto del alegato de que los cargos por los cuales se llevó a los quejosos a la audiencia de presentación diferían de los de la acusación, observa esta Sala que tanto la calificación del Ministerio Público como la que da el juez de la causa, en la oportunidad de la celebración de la audiencia de presentación de imputados, es una calificación provisional, que luego, mediante la presentación del acto conclusivo por parte del Ministerio Público y su admisión posterior por parte del Juez durante la celebración de la audiencia preliminar, adquirirá carácter definitivo...”.

En este orden de ideas, señala el mismo autor que “En el proceso penal las cosas suceden de modo muy distinto. Ya en el momento de la admisión de la denuncia o de la querrela, y se propongan éstas por el Ministerio Público o por un ciudadano, el juez tiene que, desde el Derecho Penal, decidir si los hechos denunciados tienen o no la consideración de delictivos, y si llega a la conclusión de que no tienen ese carácter debe proceder a no incoar el procedimiento preliminar. Si existe la posibilidad de que los hechos denunciados sean constitutivos de delito, el juez de instrucción ordenará la incoación del procedimiento preliminar, pero el proceso irá cumpliendo sus fases en tanto en cuanto la calificación penal se mantenga, de modo que el juez puede no abrir la segunda fase o de juicio oral tanto porque los hechos no sean constitutivos de delito, como

Tal como vimos, ello deriva del principio de inmutabilidad del objeto del proceso penal.

Sobre este particular, Montero (1997, pp. 130 a 135) sostiene que "... si en el proceso civil el actor delimita el objeto del proceso en la demanda, en el proceso penal cabe hablar de una delimitación progresiva". Por su parte, Pérez M. (2002, p.32) asevera que:

"...el proceso constituye, sin lugar a dudas, el instrumento de delimitación del objeto. Es por medio de aquel como éste puede definirse de forma más precisa. Sería absurdo por tanto afirmar que el objeto, en el sentido amplio que al inicio describimos, debe quedar definitivamente fijado ya en el momento en el que se abre la fase de juicio oral. Será precisamente a través de esta – y después de una primera aproximación facilitada por el sumario- cuando podemos delimitar los hechos que históricamente sucedieron y que han constituido el objeto del mismo"

Y, más adelante, la misma autora señala que: "... no sería de recibo pretender que una vez iniciado el juicio no pudiese modificarse el relato fáctico ya que una de las finalidades del mismo es precisamente averiguar cuáles fueron en la realidad histórica los hechos que concurrieron para la posible comisión del delito..." (Pérez, M., 2002, pp. 32 y 33).

---

porque la misma existencia de los hechos ha sido desvirtuada, como también porque el imputado aparece de las actas de investigación realizadas como no autor de esos hechos. Todo esto se tiene que hacer procediendo a aplicar normas penales sustantivas, no simplemente procesales" (Montero, 1997, p. 103)

Ya Carnelutti (1950, V. 4, p. 11) sostenía que:

“Del contenido de la imputación debe, pues, decirse que se forma progresivamente o, en otros términos, que la imputación es fluida en comparación con la decisión; mientras el carácter de la decisión es, al menos desde el punto de vista de la tendencia, la estabilidad, el carácter de la imputación es la mutabilidad; la misma se viene formando en la mente del juez como el vaso de arcilla en las manos del que lo construye; sólo al llegar a un cierto punto, esto es, al final de la instrucción, formal o sumaria, adquiere una cierta consistencia, pero no tal que no sea posible (...) una ulterior modificación...”.

En consecuencia, el objeto del proceso penal se va perfilando en forma progresiva desde el inicio del mismo hasta su conclusión con la sentencia definitiva.

En efecto, el proceso penal comienza cuando el fiscal del Ministerio Público tiene conocimiento de la perpetración de un hecho punible de acción pública y ordena el inicio de la investigación. Dicho conocimiento puede llegar al fiscal mediante denuncia o querrela. También puede llegar a él cuando una persona es aprehendida *in fraganti* y puesta a su disposición.

De acuerdo al artículo 286 del Código Orgánico Procesal Penal, la denuncia deberá contener, entre otros requisitos, la narración circunstanciada del hecho. Por su parte, según el artículo 294 del Código Orgánico Procesal Penal, la

querella contendrá el delito que se imputa y el lugar, día y hora aproximada de su perpetración (numeral 3) y una relación especificada de todas las circunstancias esenciales del hecho (numeral 4).

Como puede observarse, ya aquí existe una primera narración de los hechos, pero, como señala Pérez M. (2002, p. 57), tal narración es meramente embrionaria. En efecto, el denunciante o el querellante pueden tener un interés particular que los lleven a plantear el hecho de un modo sesgado, omitiendo circunstancias que podrían perjudicarlos o inventando o agregando otras que podrían favorecerlos.

Interpuesta la denuncia o recibida la querella, el fiscal del Ministerio Público ordenará el inicio de la investigación y dispondrá que se practiquen todas las diligencias necesarias para hacer constar la perpetración del hecho punible, con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación y la responsabilidad de los autores y demás partícipes.

Por lo demás, el imputado, las personas a quienes se les haya dado intervención en el proceso y sus representantes, podrán solicitar al fiscal la práctica de diligencias para el esclarecimiento de los hechos, y este las llevará a cabo si las considera pertinentes y útiles.

Durante esta investigación, el hecho objeto de la denuncia o querrela, probablemente sufrirá modificaciones, podrá ampliarse o reducirse, aun cuando no podrá tener alteraciones de carácter esencial, que impliquen la sustitución de un hecho por otro, puesto que, de ser esto así, deberá darse inicio a otro proceso por los nuevos hechos.

Además, uno de los derechos del imputado es que se le informe de manera específica y clara acerca de los hechos que se le imputan. Este derecho se relaciona estrechamente con el derecho a la defensa, por cuanto será en torno a tales hechos que el imputado formulará sus alegaciones, solicitará diligencias y promoverá pruebas.

De tal manera que implicará violación al derecho a la defensa sorprender al imputado con una acusación por hechos distintos a aquellos que se le atribuyeron durante la fase preparatoria.

Ahora bien, culminada la investigación, si el fiscal del Ministerio Público estima que ésta proporciona fundamento serio para el enjuiciamiento del imputado, presentará la acusación ante el tribunal de control. La acusación deberá contener, entre otras menciones, una relación clara, precisa y circunstanciada del hecho punible que se atribuye al imputado.

Esta relación del hecho realizada en la acusación implica una fijación un poco más estable del mismo, aunque no definitiva<sup>23</sup>. El hecho objeto del proceso se ha ido delimitando como consecuencia de la investigación.

En tal sentido, es probable es que éste no coincida plenamente con el hecho narrado en la denuncia o en la querrela, aun cuando, sin embargo, no podrá variar en lo esencial.

Presentada la acusación, el juez convocará a las partes a una audiencia oral denominada audiencia preliminar; finalizada ésta, el juez resolverá, entre otras cuestiones, si admite total o parcialmente la acusación del Ministerio Público o del querellante, caso en el cual dictará el auto de apertura a juicio. Pues bien, este auto deberá contener, entre otras menciones, una relación clara, precisa y circunstanciada de los hechos, ya que tiene por fin fijar los límites fácticos y jurídicos del objeto del debate.

Debe señalarse que a lo largo del proceso los hechos deben serle informados al imputado en forma circunstanciada, entre otras razones para permitir cabalmente el derecho a la defensa, dado que éste se haría nugatorio si el hecho le es expuesto de manera genérica o ambigua. No olvidemos que el

---

<sup>23</sup> Según Leone (1963, V. 2, p. 393): "La instrucción, según vimos, tiende también a definir y precisar la imputación, la cual, durante su desenvolvimiento, es fluida, y puede experimentar

objeto del proceso penal es un hecho concreto, un suceso histórico, por lo cual debe ser ubicado en tiempo y espacio, con todas sus circunstancias de modo.<sup>24</sup>

Una vez dictado el auto de apertura a juicio, el secretario debe remitir las actuaciones al tribunal de juicio y comienza la fase de juicio, cuyo acto central es el juicio oral y público.

Durante el juicio se lleva a cabo la actividad probatoria propiamente tal, en la cual cobran plena vigencia los principios de inmediación, oralidad, publicidad y contradicción.

En efecto, los testigos y expertos deberán comparecer personalmente a dicho acto, y rendirán sus deposiciones en presencia de las partes y de los jueces, y al final de su relato podrán ser interrogados por éstos, a objeto de controlar su veracidad, credibilidad, conocimiento, capacidad de percepción y memoria, ejercitándose así cabalmente el derecho a la defensa.

---

modificaciones o precisiones, mientras que con el acto conclusivo de la instrucción (...) adquiere una configuración precisa, determinada e inmutable".

<sup>24</sup> En sentencia de fecha 05 de abril de 2005, con ponencia del Magistrado Dr. Héctor Coronado Flores, la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, estableció: "... Sobre la base de la garantía procesal a la tutela judicial efectiva, consagrada en el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, los hechos que el tribunal estima acreditados, deben no sólo ser completos y coherentes, sino también concisos y claros, toda vez que la falta de claridad en la declaración del relato fáctico, por la incomprensión de lo que realmente se pretendió manifestar ante la ininteligibilidad o ambigüedad de las frases empleadas o por las omisiones sustanciales que provoquen lagunas o vacíos en la relación histórica de los hechos,

Pues bien, durante esta actividad el hecho objeto del proceso – cuya última versión hasta entonces es la explanada en la acusación y en el auto de apertura a juicio- podrá sufrir nuevas modificaciones (siempre y cuando no se trate de variaciones de carácter sustancial), dado que los expertos y testigos pueden suministrar información que implique la aparición o revelación de circunstancias fácticas hasta ahora desconocidas.

Incluso, 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, cuidando de no reemplazar por este medio la actuación de las partes, tal como veremos luego con mayor profundidad.

Sin embargo, por regla general, las modificaciones que pueda sufrir el objeto del proceso penal después del auto de apertura juicio quedarán fijadas en la sentencia, pues el establecimiento de tales modificaciones requiere de una actividad de valoración probatoria inconcebible antes del fallo.

---

hace imposible poder determinar la existencia del delito, la participación concreta del acusado, en fin imposibilita conocer la verdad de lo acontecido”.

No obstante, tales modificaciones no podrán implicar una variación sustancial del objeto del proceso, pues si esto ocurre deberá iniciarse un nuevo proceso<sup>25</sup>.

Además, las variaciones no sustanciales en el objeto podrían conllevar a que el tribunal observe la posibilidad de una calificación jurídica que no hubiere sido considerada por ninguna de las partes, caso en el cual deberá advertir al imputado sobre esa posibilidad para que prepare su defensa.

De igual manera, durante el debate el fiscal del Ministerio Público o el 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 objeto del debate, caso en el cual se recibirá nueva declaración al imputado y se informará a todas las partes que tendrán derecho a pedir la suspensión del juicio para ofrecer nuevas pruebas o preparar su defensa. Los nuevos hechos o circunstancias sobre los cuales verse la ampliación quedarán comprendidos en el auto de apertura a juicio.

---

<sup>25</sup> Según Leone (1963, V. 2, p. 398): "Hay mutación de la imputación cuando se modifica uno de los elementos siguientes: acción u omisión, evento, relación de causalidad, elemento psicológico, condiciones de punibilidad, circunstancias agravantes".

Obsérvese cómo se va delimitando progresivamente el objeto del proceso penal durante todo el curso de la causa, incluso durante el debate, para fijarse definitivamente en la sentencia.

No obstante, se evidencia un hilo conductor que consiste en que, desde el inicio del proceso, los hechos deben permanecer idénticos en lo esencial. En tal sentido, como veremos posteriormente, en realidad la congruencia no se limita a los hechos objeto de la acusación y en el auto de apertura a juicio, sino que se remonta a los hechos que dieron origen a la causa, debiendo realizarse a partir de ese momento una permanente vigilancia por parte de los sujetos procesales, especialmente del juez, a los fines de impedir un cambio de objeto procesal, lo cual constituiría una subversión del trámite procesal y una violación del derecho a la defensa.

## 2. El principio de congruencia.

### 2.1 Definición:

El artículo 363 del Código Orgánico Procesal Penal, es del tenor siguiente:

“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.

En la sentencia condenatoria, el tribunal podrá dar al hecho una calificación jurídica distinta a la de la acusación o del auto de apertura a juicio, o aplicar penas más graves o medidas de seguridad, siempre que no exceda su propia competencia. Pero, el acusado no puede ser condenado 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, como lo ordena el artículo 350, por el Juez presidente sobre la modificación posible de la calificación jurídica.”

Según el Diccionario Esencial de la Lengua Española (2006, p. 387), se entiende por congruencia, la “... Conformidad entre los pronunciamientos del fallo y las pretensiones de las partes formuladas en el juicio...” (Subrayado nuestro).

Según Devis (1988, p.53):

“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”

Por su parte, Binder (1993, p. 159) señala que, según el principio de congruencia entre acusación y sentencia “... la sentencia sólo puede absolver o

condenar por los hechos que han sido objeto del juicio, es decir, aquellos hechos que han sido introducidos al juicio por medio de la acusación”

A su vez, Montero, et. al. (2000, p. 546) sostiene que:

“A la correlación entre las peticiones de las partes y la sentencia se le conoce también como congruencia, que el Tribunal Constitucional (español) define, tal como recoge Gómez de Liaño, como el ajuste entre la parte dispositiva de las sentencias y los términos en que las partes han formulado sus pretensiones y peticiones”.

Para Longa (2001, p. 519):

“Por congruencia debe entenderse, en lenguaje procesal penal, la correspondencia formal que debe existir entre la sentencia dictada y el hecho y circunstancias descritos en la acusación, en su ampliación si la hubiere y en el auto de proceder. Para ser congruente, la sentencia debe ser exhaustiva, esto es, debe contener decisión sobre todos los alegatos de las partes, tanto los acusatorios como los de descargo” (Subrayado nuestro).

En igual sentido, Ramos (1999, p. 180 -181) señala que

“La filosofía de nuestro juicio oral descansa en el hecho de que exista una acusación previa, de la que deben ser informadas las partes acusadas para permitirles ejercitar el derecho de defensa. Ello exige, a la hora de sentenciar, que la resolución judicial respete los términos del debate y ajuste a ellos sus pronunciamientos (... ) Desde la perspectiva constitucional se podrían sentar 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 revisión de la postura del Tribunal Supremo.

(...)

También es relevante la condena por un delito distinto del que haya sido objeto de acusación, cuando éste conlleve una diversidad de bien jurídico protegido o mutación sustancial del hecho enjuiciado (art. 7904,3 LECr).

b) Tampoco es relevante a efectos de la congruencia la opción por 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 (art. 851. 3º. LECr).

d) Existirá incongruencia por exceso cuando se pene un delito más grave que el que haya sido objeto de la acusación, si el Tribunal no hubiere procedido previamente como determina el art. 733 (art. 851. 4º LECr). En el mismo sentido se pronuncia el art. 794,3 LECr.”

El Tribunal Supremo de Justicia, actuando en Sala Constitucional, en sentencia No. 811 de fecha 12 de mayo de 2005, con ponencia del Magistrado Dr. Jesús Eduardo Cabrera Romero, estableció:

“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”.<sup>26</sup>

---

<sup>26</sup> Sobre este particular cabe señalar que el principio de congruencia comprende no sólo la calificación jurídica de los hechos, sino además – y fundamentalmente- los hechos objeto de la acusación. En tal sentido, la sentencia debe ser correlativa con la acusación y con el auto de apertura a juicio, tanto desde el punto de vista jurídico como desde el punto de vista fáctico.

De estas definiciones se colige 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 en la acusación; 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.

## 2.2 Clases de Congruencia:

Según Vásquez (2000, p. 171), la congruencia debe ser:

- 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.

Nosotros creemos que la congruencia puede ser subjetiva y objetiva, siendo la primera la que se refiere a la persona del acusado, que no podrá cambiar a lo largo del proceso, y la segunda comprende la correlación con el hecho objeto de la acusación, la correlación con la calificación jurídica invocada en la acusación y la correlación con los alegatos del acusado y la defensa.

### 2.3. Fundamentos del principio de congruencia:

2.3.1 Algunos autores consideran que el principio de congruencia deriva del principio de contradicción o del derecho a la defensa.

Conforme al principio de contradicción las partes deben tener la oportunidad de conocer, alegar y probar en torno a todo dato fáctico o jurídico susceptible de influir en la sentencia.<sup>27</sup>

---

<sup>27</sup> Según Montero (1997, pp. 139 a 142), el derecho de defensa o de audiencia se reconoce a todas las partes del proceso y no sólo al acusado, y comprende (1) el derecho a ser oído, que no supone simplemente la posibilidad de argumentar, sino que ha de comprender los dos elementos básicos de todo proceso: alegar y probar; y (2) el derecho a conocer todos los materiales de hecho y de derecho que puedan influir en la resolución judicial, en este último caso independientemente de que dichos materiales hubieren sido aducidos por las partes o por el juez en aplicación del principio iura novit curia.

Según Binder (1993, pp. 158 y 159): “Es necesario admitir que es en el juicio donde resulta sumamente importante el ejercicio del derecho a la defensa, tanto la defensa técnica como la defensa material.

Por lo tanto, todas las características que hemos señalado como básicas en el derecho de defensa, se deben manifestar de un modo privilegiado durante el juicio. Por ejemplo: el necesario conocimiento de la imputación, se transforma en la exigencia de una acusación concreta y precisa que fija con claridad los hechos por los cuales esa persona va a ser sometida a juicio y el significado jurídico que tales hechos tienen.

La precisión y claridad de la acusación son muy importantes, porque es la acusación la que fija el objeto del juicio. El objeto del juicio está fijado fundamentalmente por el relato de los hechos que hace la acusación. Subsidiariamente, está fijado por la calificación jurídica que propone la acusación.

Existe un principio, denominado “principio de congruencia entre la acusación y la sentencia”, según el cual la sentencia solamente puede absolver o condenar por los hechos que han sido objeto del juicio, es decir, aquellos hechos que han sido introducidos al juicio por medio de la acusación.

Este principio es una manifestación muy rica del derecho de defensa. Se entiende que tal derecho no puede ser ejercido si, luego del debate, la sentencia se refiere a cualquier otro hecho, diferente de los tenidos en cuenta durante éste.

Por su parte, Pérez M. (2002, p. 18) opina que "... las líneas que separan el principio de contradicción del derecho de defensa son tan sutiles que tal vez sea preferible considerar a aquel como una manifestación particular de éste. Es decir, el derecho de defensa tiene un contenido más amplio, que incluye entre sus exigencias el respeto al principio de contradicción".<sup>28</sup>

En Venezuela, la base fundamental de este principio se encuentra en el artículo 49 numeral 1 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, conforme al cual:

---

El principio de congruencia es uno de los principios estructurales que fundan un juicio republicano, y surge del principio de inviolabilidad de la defensa previsto en la Constitución".

<sup>28</sup> Por su parte, Armenta (2003, p. 66) distingue entre los principios acusatorio y de contradicción, señalando que "aunque conexos en algunos aspectos atienden a necesidades y finalidades diversas". En tal sentido: "... en tanto el principio acusatorio nos coloca en la perspectiva del órgano jurisdiccional frente a las partes y el objeto del proceso; el de contradicción se encamina a procurar que efectivamente las partes sean oídas y conozcan y puedan defenderse de y sobre todos los materiales de hecho y de derecho que afectan a la resolución.

Resulta claro así, que mientras lo que afecta a la acción penal (sujeto y hechos), debiendo ser ejercitada por alguien diferente del órgano enjuiciador, forma parte y ha de analizarse desde la perspectiva del principio acusatorio; el derecho a conocer de los términos de la acusación y los aspectos referentes a las calificaciones jurídicas o a la pena solicitada, inciden en la contradicción, constituyendo elementos que – sin formar parte del objeto del proceso- deben trasladarse a las partes para su información y audiencia, evitando así su indefensión".

Según esta autora "... el derecho de defensa opera en un sentido complementador del principio acusatorio a fin de garantizar el debido proceso" (Armenta, 2003, p. 70).

De igual manera, como requisito ineludible para la efectiva contradicción, aparece el derecho a conocer de la acusación formulada, el cual además constituye un requisito elemental del proceso de partes, configuración a la que responde el proceso acusatorio en contraposición al inquisitivo (Armenta, 2003, p. 70).

Finalmente, según esta autora, el principio de contradicción en el proceso penal responde por definición al interés tanto de la defensa como de la acusación" (Armenta, 2003, p. 68)

“El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas; en consecuencia:

1. La defensa y la asistencia son derechos inviolables en todo estado y grado del proceso. Toda persona tiene derecho a ser notificada de los cargos por los cuales se le investiga, de acceder a las pruebas y de disponer del tiempo y de los medios adecuados para ejercer su defensa...”

Sin embargo, en el proceso penal el principio de contradicción opera tanto a favor del acusado como a favor del acusador.

Pues bien, algunos autores sostienen que el principio de congruencia tiene su origen en el principio de contradicción. Por ejemplo, Binder (1993, p. 159) opina que el principio de congruencia es una manifestación muy rica del derecho a la defensa, evidenciándose que tal derecho no puede ejercerse si, luego del debate, la sentencia se refiere a cualquier otro hecho diferente de los tenidos en cuenta durante éste.

Para Armenta (2003, p. 75), la correlación entre acusación y sentencia es una manifestación del principio de contradicción, por cuanto éste implica la necesidad de someter a debate todo dato fáctico o jurídico susceptible de influir en la sentencia.

2.3.2 Autores que vinculan el principio de congruencia con la tutela judicial efectiva.

El artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, establece:

“Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos, a la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente.

El Estado garantizará una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles.”

Por su parte, el artículo 24.1 de la Constitución española, establece:

“Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”.

Ahora bien, algunos autores consideran que el fundamento de la congruencia de la sentencia es la tutela judicial efectiva. En efecto, Gómez (2000, p. 333) señala que: “Las sentencias deben también ser congruentes, es decir, deben ser correlativas o adecuadas a las peticiones formuladas por todas las partes acusadoras y acusadas ( ... ) En otro caso, se infringe el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 241 CE, que implica a su vez el derecho a obtener una resolución sobre el fondo del asunto penal planteado”

Según este autor, la sentencia debe ser correlativa no sólo con la acusación sino también con la defensa, pues, de lo contrario se violaría el derecho a la tutela judicial efectiva.

Devis (1988, p. 55) parece fundamentar también la congruencia en la tutela judicial efectiva, cuando señala:

“Creemos que [la congruencia] se trata de una consecuencia lógica de la relación jurídica procesal de jurisdicción, entre el Estado representado por los jueces y los ajusticiables, entendida ésta como un derecho y al tiempo un deber del Estado, formada por el ejercicio de la acción y la pretensión civil o la imputación penal, las excepciones y otras defensas (...), que en conjunto delimitan el alcance y contenido del proveimiento”

Y, en otra obra, el mismo autor sostiene: “Nuestro concepto se aproxima al de GUASP, para quien el principio de congruencia se deduce de las nociones de proceso y sentencia, relacionados con la pretensión” (Devis, 1987, p. 477).

Por su parte, Bello (2006, pp. 178 a 179), circunscribiéndose al proceso civil, señala que “la garantía o derecho a la tutela judicial efectiva, no sólo conlleva a que se obtenga una decisión motivada, razonada y que no sea jurídicamente errónea, sino que además debe ser congruente”.

El Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Constitucional, estableció en sentencia No. 1893 de fecha 12 de agosto de 2002, lo siguiente:

“Esta Sala ha señalado que en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela se prevé un conjunto de garantías procesales que sintetizan lo que constituye el debido proceso en un Estado de Derecho y de Justicia. Dentro de esas garantías procesales se encuentra la referida a la tutela judicial efectiva consagrada en el artículo 26 de la Constitución, la cual tiene un contenido complejo, que se manifiesta, entre otros, en el derecho de obtener una sentencia fundada en Derecho que ponga fin al proceso. Este contenido del derecho a la tutela judicial efectiva, se compone de dos (2) exigencias: 1) que las sentencias sean motivadas, y 2) que sean congruentes...”<sup>29</sup>

En tal sentido, según la Sala Constitucional la tutela judicial efectiva es una de las garantías procesales que constituyen el debido proceso; y, a su vez, la tutela judicial efectiva se compone de dos exigencias: 1) que las sentencias sean motivadas, y 2) que sean congruentes.<sup>30</sup>

---

<sup>29</sup> El criterio sentado en esta sentencia ha sido reiterado innumerables veces a partir de esa fecha.

<sup>30</sup> De igual manera, en fecha 08 de agosto de 2006, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, estableció: “la misma [la decisión judicial] debe atenerse a lo alegado y probado en autos, por cuanto es de la motivación que se desprende de un determinado fallo, que se puede verificar si se apreciaron o no los argumentos de hecho y de derecho alegados por las partes, ya que si bien es cierto que la procedencia de una pretensión no requiere el análisis exhaustivo de cada alegato, debe destacarse que si éstos son relevantes para las resultados del proceso, debe procederse a su apreciación, en aras de la congruencia de la decisión que se trate. De dicho fundamento, surge la necesidad de que los fallos judiciales resuelvan todos los puntos formulados en la causa, siempre y cuando los mismos resulten necesarios e indispensables para las resultados del proceso, aun cuando previamente se haya determinado la procedencia de la pretensión y estos pueden generar un cambio en el ánimo decidendi del juez, sin embargo, si por el contrario, éstos constituyen elementos redundantes que no van a modificar el destino de la decisión de la decisión jurisdiccional los mismos pueden ser omitidos, siempre que se haya estimado previamente la procedencia de la tutela jurisdiccional (...) el derecho a la tutela judicial efectiva no sólo resulta vulnerado cuando la pretensión determinante para las resultados del proceso no sea analizada ajustada a derecho, sino también cuando el órgano judicial omite toda consideración sobre una alegación fundamental planteada oportunamente por las partes, ya que como bien se expuso, es necesario distinguir entre las alegaciones aducidas por las partes para fundamentar sus pretensiones y las pretensiones en sí mismas, aunado a que la exigencia de

2.3.3.- Autores que distinguen según se trate de la congruencia con relación a los hechos o de la congruencia respecto a la calificación jurídica de éstos.

Según Ormazábal (1997, p. 60) el principio acusatorio implica una vinculación referida exclusivamente a los hechos, no a la calificación jurídica, la cual resulta de la competencia del juzgador, siendo ello emanación de la máxima *iura novit curia*. No obstante, las partes deberán ser “informadas sobre la modificación de los términos jurídicos del debate para que puedan ejercitar su derecho de defensa frente a la nueva calificación”.

Por su parte, Roxin (2000, p. 417) sostiene que mientras en la obtención de la sentencia el tribunal está vinculado al hecho descrito en el auto de apertura, aquél es completamente libre en cuestiones jurídicas. “Empero, el acusado debe ser advertido sobre la modificación del punto de vista jurídico para que tenga oportunidad suficiente de defenderse...”

---

congruencia referida a la pretensión es más rigurosa respecto de las alegaciones, que no precisan un análisis explícito y pormenorizado de todas y cada una de ellas, salvo aquellas concretas que resulten sustanciales para el caso y decisivas en el fallo. Esto es, cuando la cuestión puesta de manifiesto no es una simple alegación secundaria, instrumental en el razonamiento jurídico, sino un alegato sustancial que contiene los hechos o argumentos jurídicos básicos y fundamentales que nutren la pretensión, dicha cuestión integra la razón por la que se pide, debiendo ser tratada en forma expresa o, en su caso, considerada en forma siquiera implícita por la sentencia, pues de otro modo se desatiende la defensa esgrimida por la parte en un aspecto con posible incidencia sobre el fallo, dando lugar a una denegación de justicia” (Sentencia No. 1516, con ponencia de la Magistrada Dra. Luisa Estella Morales Lamuño).

#### 2.3.4 Otros fundamentos:

Según Devis (1988, pp. 53 y 54):

“La razón jurídica procesal de este principio consiste en la necesaria lealtad que debe existir en las actuaciones judiciales para no sorprender a los ajusticiados con decisiones ajenas a los puntos objeto del debate judicial, evitando así hacer nugatorio o menguar peligrosa e inconstitucionalmente el ejercicio real y práctico del derecho de defensa contra las pretensiones o imputaciones que en el respectivo proceso se formulen contra demandados e imputados y también respecto a las excepciones que en procesos no penales se formulen contra las pretensiones de los demandantes y a las defensas que se aleguen respecto a las imputaciones penales.

Si los justiciables no conocen con exactitud y claridad las pretensiones o imputaciones que se les formulen o las excepciones y defensas que se oponen a aquellas, no habrá claridad en el debate y el ejercicio del derecho de defensa se dificulta y se mengua”

Y, más adelante, señala que la incongruencia no constituye una aplicación del principio dispositivo ni del de contradicción, salvo el caso excepcional de condena a quien no fue parte en el proceso, sino:

“una consecuencia lógica de la relación jurídica procesal de jurisdicción, entre el Estado representado por los jueces y los ajusticiables, entendida ésta como un derecho y al tiempo un deber del Estado, formada por el ejercicio de la acción y la pretensión civil o la imputación penal, las excepciones y otras defensas (...) que en conjunto delimitan el alcance y contenido del proveimiento” (Devis, 1988, p. 55).

Clariá (2004, V. 1, pp. 242 y 243) considera que “El respeto a la persona del imputado exige una limitación del fallo en lo fáctico para evitar que se le condene por un hechos distinto al contenido en la res iudicanda. Esto plantea la cuestión de la inmutabilidad del objeto procesal, que resulta ser un derivado de la inviolabilidad de la defensa”

Como vemos, este autor es de la opinión de que la congruencia se fundamenta en el respeto a la persona del imputado.

#### 2.3.5.- Nuestra posición.

Nosotros creemos que la congruencia respecto del hecho objeto de la acusación, dimana del principio acusatorio, dado que, conforme a este principio, es al actor a quien corresponde aportar el hecho objeto del proceso.<sup>31</sup>

---

<sup>31</sup> Según Beling (s/f, p. 84): “Bajo el dominio del principio de la acusación formal (...), el actor determina el objeto procesal concreto. El tribunal no debe ocuparse sino del objeto procesal que corresponde al contenido de la acusación”.

Según Díaz (1996, p. 376): “... una vigencia mínima del modelo acusatorio y por ende inderogable, es que el órgano que va a decidir la cuestión no puede introducir hechos que sirvan para la imputación. La aportación de parte respecto de los hechos que fundamentan la responsabilidad criminal es una circunstancia que no puede ponerse en tela de juicio...”

No obstante, para este autor, el principio acusatorio constituye sólo una opción técnica por establecer un proceso de partes o adversarial que responde a la exigencia de salvaguardar determinados valores como la imparcialidad del órgano jurisdiccional y el derecho de defensa, fundamentalmente a favor del imputado (Díaz, 1997, p. 362).

Pero ello no significa que el acusador tenga la titularidad del derecho que pretende hacer valer, es decir, el *ius puniendi*, puesto que éste sólo corresponde al Estado.

Por su parte, según Montero (1997, p. 105): “... Decretada la apertura del juicio oral por el órgano judicial, la delimitación del objeto del mismo, esto es, la determinación del hecho que se imputa al acusado, queda en manos de los acusadores, sin que el tribunal sentenciador pueda aportar hechos al proceso, pues ello supondría convertirlo en acusador”.

En cambio, la congruencia respecto a la calificación jurídica del hecho, no se sustenta en el principio acusatorio, sino en el de contradicción, ya que la calificación jurídica del hecho no forma parte del objeto procesal, siendo la misma potestad del tribunal; ahora bien, el hecho de que el acusado no pueda ser condenado en virtud de un precepto legal distinto al invocado en la acusación si previamente no fue advertido sobre la modificación posible de la calificación jurídica, deriva del principio de contradicción conforme al cual es necesario someter a debate todo dato fáctico o jurídico susceptible de influir en la sentencia.

Finalmente, la congruencia respecto a los alegatos del acusado y su defensor también se fundamenta en el principio de contradicción, pero además en el principio de tutela judicial efectiva conforme al cual el órgano jurisdiccional

---

No obstante, según este autor, ello es consecuencia de la misma idea de lo que es el proceso, y no del principio acusatorio, ya que para que exista proceso siempre deberá haber dos partes en plena igualdad y un juez imparcial.

En sentencia No. 3167 de fecha 09 de diciembre de 2002, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, con ponencia del Magistrado Dr. José Manuel Delgado Ocando, estableció: “En el sistema acusatorio, el juez queda dispensado de la iniciativa de la persecución penal y, por consiguiente, a diferencia del juez instructor inquisidor no se autopropone la materia objeto del juicio, la cual, por el contrario, se le presenta como contenido de la acusación que se postula y sostiene por un funcionario o interesado distinto del juez...”

está obligado a resolver todas las peticiones relevantes formuladas por las partes acusadoras y acusadas, lo cual se conoce como principio de exhaustividad de la sentencia, que es una de las formas de la congruencia.

### 3. La congruencia con relación a los hechos.

El artículo 363 del Código Orgánico Procesal Penal, en su encabezamiento, establece: “La sentencia de condena no podrá sobrepasar el hecho y las circunstancias descritas en la acusación y en el auto de apertura a juicio o, en su caso, en la ampliación de la acusación...”

Fundamento de esta norma es el principio acusatorio, conforme al cual corresponde a un órgano distinto al juez<sup>32</sup> el aporte de los hechos objeto del proceso. Con ello se garantiza la imparcialidad del juzgador.<sup>33</sup>

Ahora bien, como vimos, el hecho que se establezca en la sentencia deberá ser el mismo, en lo esencial, que el hecho descrito en la acusación y en el auto de apertura a juicio.

---

<sup>32</sup> En Venezuela ese órgano es el fiscal del Ministerio Público, pudiendo además serlo en forma accesoria la víctima, la cual podrá adherirse a la acusación fiscal o presentar una acusación particular propia, pero siempre dependiendo o subordinada a la acusación del fiscal, tal como sostiene Quintero (2001, p. 204).

<sup>33</sup> Soto, 1979, p.30.

No obstante, dicho hecho podrá sufrir variaciones de carácter accidental, pudiendo el juez darle una versión distinta a la sostenida por las partes, de acuerdo a lo que se desprenda de las pruebas incorporadas al debate.<sup>34</sup>

Aun cuando el tema del presente trabajo es la correlación entre la acusación y la sentencia, cabe señalar que en realidad el hecho objeto del proceso deberá permanecer invariable desde el inicio mismo de la causa; sin embargo, este se irá perfilando o delimitando progresivamente durante el procedimiento.<sup>35</sup>

---

<sup>34</sup> Como afirma Soto (1979, p. 58), citando a Gómez Orbaneja: “El objeto de la acción y consiguientemente del juicio y de la sentencia que satisface el derecho de acción – comenta certeramente Gómez Orbaneja- no es el hecho como aparece expuesto en el escrito inicial de conclusiones del actor, o en función de una determinada pretensión jurídico-penal, sino el hecho en su integridad, investigado en todos sus elementos objetivos y subjetivos relevantes para el derecho penal”.

<sup>35</sup> Tal como estableció la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia No. 1156 de fecha 22 de junio de 2007, con ponencia del Magistrado Dr. Jesús Eduardo Cabrera Romero: “A tenor de lo preceptuado en el artículo 326 del Código Orgánico Procesal Penal, cuando el Ministerio Público estime que la investigación proporciona fundamento serio para el enjuiciamiento público del imputado, presentará la acusación ante el tribunal de control, la cual deberá contener, entre otros, los requisitos siguientes: una relación clara, precisa y circunstanciada del hecho punible que se atribuye al imputado; los fundamentos de la imputación, con expresión de los elementos de convicción que la motivan y el ofrecimiento de los medios de prueba que se presentarán en el juicio, con indicación de su pertinencia o necesidad.

Los señalados requisitos, a juicio de esta Sala, son los que le van a permitir al juez de control, controlar la apertura del juicio oral contenida en la acusación, esto es, determinar si concurren o no los presupuestos para la celebración del juicio oral y público, toda vez que de ésta emergen fundamentos serios para el enjuiciamiento del imputado. Ese control fundamental además de relacionarse con la validez de la acusación, la cual podría verse comprometida tanto por vicios de su estructura – falta de descripción circunstanciada del hecho atribuido- vicios en la declaración del imputado-, también lo está con la congruencia entre los hechos contenidos en la acusación y los intimados en la declaración del imputado”.

En cambio, en fecha 08 de abril de 2002, la Sala de Casación Penal estableció: “... Tratándose de los mismos hechos investigados, no existe obstáculo legal para la iniciativa fiscal de reformar la acusación, antes de que la misma sea admitida por el juez de control; ello, sin perjuicio del derecho que tiene la contraparte, de exigir las previsiones jurisdiccionales dirigidas a salvaguardar garantías procesales fundamentales, tal como la del control de la prueba. Aún después de la Audiencia Preliminar, en la fase del Juicio Oral, puede el Ministerio Público plantear dicha reforma, en términos de ampliación de la acusación, conforme se prevé en el artículo 353 (hoy

No obstante, es en la acusación, como acto conclusivo de la investigación, donde el fiscal atribuye formalmente a una persona determinada la perpetración de un hecho punible, por lo que aquí los hechos adquieren mayor seriedad y firmeza.

Y será en el auto de apertura a juicio donde el tribunal de control fijará el hecho objeto del debate, adquiriendo unos contornos mucho más precisos. Tal como señala Pérez, E. (2007, p. 435): "... el auto de apertura fija los límites fácticos y jurídicos del debate oral y público..."

Asimismo, la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia de fecha 20-10-2005, estableció: "El auto de apertura a juicio produce efectos procesales importantes por cuanto limita el ejercicio de la acción penal, origina la publicidad del procedimiento para los terceros, hace precluir la fase intermedia del proceso penal y determina el objeto del juicio oral..."

---

modificado, 351) del Código Orgánico Procesal Penal; en tal caso, obviamente también deben ser preservadas las garantías procesales referidas ut supra. Si el legislador otorgó este derecho de reforma hasta una etapa tan avanzada del proceso como es la fase del Juicio Oral y no habiendo una norma prohibitiva expresa, resulta claro que tal derecho debe ser reconocido en una fase anterior, como es la intermedia; más aún, porque en la misma actúa el juez que es, por excelencia, el ordenador y depurador del proceso como lo es el Juez de Control. Con mayor razón, debe reconocerse la facultad del Ministerio Público, para la reforma de la acusación penal, en los términos que acaban de ser explanados, cuando dicha reforma tiene como fundamento el conocimiento de nuevos hechos de naturaleza penal, que no fueron mencionados

3.1 La correlación se exige tanto en la sentencia condenatoria como en la absolutoria.

Tal como se establece en el artículo 363 del Código Orgánico Procesal Penal, la congruencia se exige entre la sentencia de condena y la acusación o el auto de apertura a juicio.

No obstante, también debe haber congruencia entre la sentencia absolutoria y los hechos objeto de la acusación. En efecto, se absolverá al acusado en relación a los hechos explanados en la acusación, y no otros, debido, por ejemplo, a que los mismos no revisten carácter penal, o no ocurrieron, o no se demostró la participación del acusado en ellos.

En tal sentido, la sentencia absolutoria se dictará única y exclusivamente respecto a los hechos narrados en la acusación. Como afirma Maier (2004, V. 2, p. 38):

“No se debe olvidar que la sentencia de absolución, incluso la anticipada (sobreseimiento), cumple también la misión de fijar el núcleo histórico que fue tema del procedimiento penal concluido, esto es, el objeto del procedimiento penal; pero a ese acto de le adjudica ese papel en el procedimiento, sólo en miras al efecto de la clausura de la cosa juzgada (ne bis in idem). La sentencia condenatoria cumple un papel semejante”

---

anteriormente...”. Este criterio fue ratificado en sentencia de la Sala Constitucional de fecha 22 de julio de 2004.

Tal como señala Binder: "...la sentencia sólo puede absolver o condenar por los hechos que han sido objeto del juicio, es decir, aquellos hechos que han sido introducidos en el juicio por medio de la acusación"

Por otra parte, se observa que el Legislador utiliza el verbo *sobrepasar*, con lo que parece limitarse a la prohibición de la incongruencia positiva o ultrapetita cuantitativa similar a la del proceso civil.

Sin embargo, el tribunal tampoco podrá condenar por un hecho distinto al objeto de la acusación o del auto de apertura a juicio, por cuanto ello iría en detrimento del principio acusatorio. El juez no podrá condenar por un hecho distinto, aun cuando éste apareje menor pena que el objeto de la acusación, ni siquiera haciendo uso de la facultad establecida en el artículo 350 del Código Orgánico Procesal Penal, por cuanto ésta norma se limita al cambio de calificación jurídica.

Por otra parte, el citado artículo 363 establece que la sentencia no podrá sobrepasar el hecho y las circunstancias descritas *en la acusación y en el auto de apertura a juicio*.

Ahora bien, el acto procesal que fija los límites jurídicos y fácticos en torno a los cuales girará el debate, es el auto de apertura a juicio.

Pero, a su vez, los hechos fijados en el auto de apertura a juicio deberán ser los mismos hechos objeto de la acusación, aun cuando el juez de control podrá admitir la acusación parcialmente, por ejemplo, si considera que no existen suficientes elementos de convicción para acreditar algunas circunstancias fácticas, y decretar el sobreseimiento respecto de tales hechos. Tal como señala Quintero (2001, p. 206):

“... la acción determina positivamente el objeto del juicio toda vez que el juez, al estarle vedado proceder de oficio, queda limitado en su cognición fáctica al contenido de la acusación, sin que pueda de oficio introducir “hechos” nuevos o diversos. Su pronunciamiento queda circunscrito a los mismos “hechos” que el actor debe especificar en su acusación en forma clara, precisa y circunstanciada, como lo disponen los ordinales 2°. y 3°. del artículo 329°. del Código Orgánico Procesal Penal. Esto es, se limita, en cuanto a los hechos, a los que hayan sido objeto de la acusación (... )

Así pues, es la acusación y el auto de admisión que sobre la misma recaiga, luego de celebrada la audiencia preliminar, con audiencia del acusado, la forma en que se determina el objeto procesal concreto del juicio criminal. La providencia del juez sobre la admisión de la acusación, cuyo alcance se halla desde luego determinado positivamente por la acusación, fija los hechos que constituyen el objeto del proceso. Ni el proceso puede versar ni el fallo que se dicte pueden “sobrepasar el hecho y las circunstancias descritas en la acusación y en el auto de apertura a juicio”, dice la ley. La ley admite, no obstante, en determinadas circunstancias la “ampliación de la acusación”.

Pero, salvo esta excepción<sup>36</sup>, los hechos objeto del auto de apertura a juicio deberán ser los mismos hechos objeto de la acusación, debiendo el juez de control fijar el hecho sobre el cual versará el juicio dentro de los límites del descrito en la acusación, ya que, conforme al principio acusatorio, corresponde a la parte acusadora el aporte de los hechos al proceso.

### 3.2 La ampliación de la acusación.

Establece el artículo 363 del Código Orgánico Procesal Penal que la sentencia de condena no podrá sobrepasar el hecho y las circunstancias descritas en la acusación y en el auto de apertura a juicio o, en su caso, *en la ampliación de la acusación*.

Ahora bien, el artículo 351 del Código Orgánico Procesal Penal establece la figura de la ampliación de la acusación, conforme a la cual:

“Durante el debate, y hasta antes de concedérsele la palabra a las partes para que expongan sus conclusiones, el Ministerio Público o el 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 objeto del debate.

El querellante podrá adherirse a la ampliación de la acusación del Fiscal, y éste podrá incorporar los nuevos elementos a la ampliación de su acusación.

En tal caso, en relación con los hechos nuevos o circunstancias atribuidas en la ampliación, se recibirá nueva declaración al imputado, y se informará a todas las partes que tendrán

---

<sup>36</sup> Y la ampliación de la acusación también es potestad del fiscal del Ministerio Público.

derecho a pedir la suspensión del juicio para ofrecer nuevas pruebas o preparar su defensa. Cuando este derecho sea ejercido, el tribunal suspenderá el debate por un plazo que fijará prudencialmente, según la naturaleza de los hechos y las necesidades de la defensa.

Los nuevos hechos o circunstancias, sobre los cuales verse la ampliación, quedarán comprendidos en el auto de apertura a juicio.”

En tal sentido, durante el debate, el fiscal o el 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 objeto del debate.

Como sostiene Moreno (2004, p. 477):

“Se trata en este caso de una nueva imputación sobre la cual no ha ejercido el acusado su derecho a la defensa, en tanto que en la situación anterior [nueva calificación jurídica] su defensa ha girado sobre los mismos hechos con relación a los cuales se le advierte la posibilidad de un cambio de calificación jurídica, mas no de los hechos o circunstancias materia de la acusación...”<sup>37</sup>

Ahora bien, en primer lugar, tal hecho o circunstancia deben ser nuevos. Si el fiscal tuvo conocimiento de las mismas en las fases procesales precluidas y

---

<sup>37</sup> En efecto, según este autor “... la posibilidad de una nueva calificación jurídica [a tenor de lo previsto en el art. 350 del COPP] no implica de manera alguna alteración de los hechos materia del juicio; por el contrario, como ya tuvimos oportunidad de señalar, se trata de una facultad propia del juez de dar a los hechos comprobados la adecuada correspondencia con determinado tipo descrito en la ley” (Moreno, 2004, p. 476).

olvidó incluirlas en su acusación, no podrá servirse de la figura de la ampliación de la acusación a tales fines. Tal como señala Creus (1997, p. 193):

“Si bien es comprensible que esa ampliación procede cuando el hecho constitutivo de continuación o la circunstancia agravante aparecen revelados durante el curso del debate, no es del todo justificado que se admita la procedencia de la ampliación cuando ellas aparecieron en la investigación instructoria. La misma ley las califica de hechos nuevos y la finalidad de la norma es poner a cubierto al fiscal y a la defensa sobre circunstancias (adosadas al hecho objeto del requerimiento) que aparecen como novedad en el debate, pero no puede calificarse como hecho nuevo el que ya estaba contenido en la instrucción; admitir la ampliación en esos casos resultaría un modo de concederle al fiscal una oportunidad para corregir su olvido...”

Por otra parte, tal hecho o circunstancia nuevos no podrán implicar una mutación o sustitución del hecho objeto del proceso, por cuanto ello implicaría una violación absoluta del derecho a la defensa, ya que el acusado no habrá podido debatir sobre el mismo en las etapas procesales anteriores.<sup>38</sup>

Se trata, en nuestra opinión, de circunstancias de hecho que podrían acarrear otra calificación jurídica del hecho, o de circunstancias agravantes, de

---

<sup>38</sup> Como observa Binder (1999, p. 262): “...si bien la acusación o el auto de apertura a juicio son, en principio, límites infranqueables, existe una excepción que se denomina “ampliación de la acusación”: ella consiste en la posibilidad del fiscal de incluir un hecho nuevo, que no había sido considerado en la acusación o en el auto de apertura a juicio. Sin embargo, ese poder también está limitado: sólo se podrán incluir hechos nuevos que estén estrechamente ligados con el hecho básico y que amplíen el objeto del debate, pero no lo modifiquen totalmente. Esos hechos nuevos podrían ser, por ejemplo, hechos que integran un delito continuado o hechos que influyen en una agravante o atenuante, que hasta ese momento no se había considerado. Pero de ninguna

formas de participación o grados de ejecución distintos. Como señala Quintero (2001, p. 207):

“Debe hacerse notar, en primer lugar, que la ampliación de la acusación no se equipara de forma alguna a nueva acusación ni a un nuevo objeto procesal. Se trata, limitadamente, de incorporar al mismo objeto, que permanece invariable, un “nuevo hecho que no haya sido mencionado en la acusación o en el auto de apertura a juicio, que modifica la calificación jurídica o la pena del hecho objeto del debate”. La expresión “nuevo hecho” tiene un sentido restringido. Se trata de una circunstancia fáctica, sin duda, pero que debe ser calificada de algún modo como accidental o subsidiaria. El hecho nuevo, por consiguiente, ha de ser de tal entidad, para que pueda ser introducido en el debate – y por consiguiente, en el objeto del proceso y del fallo – mediante el instituto de la ampliación de la acusación, que no signifique un nuevo objeto del juicio y de la sentencia. Ha de limitarse estrictamente a determinar una modificación en la calificación jurídica o la pena “del hecho objeto del debate”, el cual por lo demás, ha de permanecer invariable”

En efecto, estas circunstancias fácticas pueden aparecer durante la recepción de la prueba en el debate – o incluso en las oportunidades en que se le cede la palabra al acusado, salvo después de las conclusiones- y en tales casos el fiscal, en aras de salvaguardar los principios de oficialidad, legalidad y verdad real, deberá incluir las mismas en su acusación.

---

manera se podría ampliar la acusación incluyendo hechos que no tienen un vínculo esencial con el hecho básico, fijado en la acusación o en el auto de apertura”.

La ampliación podrá hacerse durante el debate y hasta antes de concedérsele la palabra a las partes para que expongan sus conclusiones.<sup>39</sup>

Si el fiscal o el querellante amplían la acusación, el juez deberá realizar lo que prescribe el artículo 351 del COPP, y no podrá rechazar la ampliación. En efecto, en fecha 26 de abril de 2005, la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, con ponencia del Magistrado Dr. Héctor Coronado Flores, anuló una sentencia en la cual el tribunal de juicio no admitió la ampliación de la acusación realizada por el querellante. En dicha decisión, la Sala Penal estableció:

“La norma señalada [artículo 351 del COPP], la cual trata sobre la facultad del Ministerio Público o de la parte querellante de ampliar la acusación, no atribuye al Juzgador de Juicio la potestad de rechazar la ampliación de la acusación propuesta por el Ministerio Público o la parte querellante, al contrario, al establecer dicha disposición que los hechos o circunstancias sobre los cuales verse la ampliación quedarán comprendidos en el auto de apertura a juicio, parece evidente que el juez está en la obligación de aceptar la ampliación y si lo solicitare alguna de las partes, suspende el debate por un tiempo prudencial, según la naturaleza de los hechos y las necesidades de la defensa”

Si el fiscal no lo hace, el juez presidente del tribunal de juicio deberá anunciar la posibilidad de cambio de calificación jurídica, con base en lo establecido en el artículo 350 del Código Orgánico Procesal Penal, sin que ello

---

<sup>39</sup> Esta precisión aparece por primera vez en la reforma del COPP, del 14 de noviembre de 2001. Ver Tamayo (2002, pp. 211 a 213).

implique violación del principio acusatorio por cuanto los hechos, en lo esencial, seguirán siendo los mismos.

Ampliada la acusación, se recibirá nueva declaración al acusado<sup>40</sup> en relación a los hechos o circunstancias nuevas y se informará a todas las partes que tendrán derecho a pedir la suspensión del juicio para ofrecer nuevas pruebas o preparar su defensa.<sup>41</sup>

Cuando este derecho sea ejercido, el tribunal suspenderá el debate por un plazo que fijará prudencialmente, según la naturaleza de los hechos y las necesidades de la defensa.<sup>42</sup>

---

<sup>40</sup> Antes de recibir la declaración del acusado, deberá leerse nuevamente lo establecido en el artículo 49 numeral 5 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, por lo que el mismo podrá abstenerse de declarar.

<sup>41</sup> Este es un deber impretermitible del tribunal. En fecha 07 de junio de 2005, la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, con ponencia de la Magistrada Dra. Deyanira Nieves Bastidas, anuló una sentencia de un tribunal de juicio por cuanto, ampliada la acusación por parte del fiscal del Ministerio Público, el juez se limitó a concederle la palabra a la defensa para que se pronunciara sobre la solicitud del fiscal, sin advertirle a la defensa y al acusado, sobre el derecho a pedir la suspensión del juicio para preparar su defensa. En efecto, en dicha decisión estableció la Sala de Casación Penal: "... De la transcripción que se hizo del acta de la audiencia oral, se evidencia, que el juez de la instancia, en ningún momento, advirtió a la defensa y al acusado, sobre el derecho a pedir la suspensión del juicio para preparar su defensa, simplemente se ciñó a cederle el derecho de palabra para que se pronunciara sobre la solicitud de la fiscalía del Ministerio Público, pronunciamiento éste que obviamente, no podía hacer el defensor bajo ningún concepto, toda vez que no es la persona indicada para proveer o no acerca de la misma..."

<sup>42</sup> Dicho lapso no podrá exceder de 10 días, a tenor de lo establecido en el artículo 335 numeral 4 del Código Orgánico Procesal Penal, los cuales deberán computarse por días hábiles conforme a lo previsto en el artículo 172 ejusdem, tal como lo estableció la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia de fecha 18 de abril de 2007 con ponencia del Magistrado Dr. Pedro Rondón Haaz.

Los nuevos hechos o circunstancias sobre los cuales verse la ampliación, quedarán comprendidos en el auto de apertura a juicio, por lo que si la sentencia condena con base en aquellos la misma será congruente.

3.3 Potestad del juez para apreciar circunstancias agravantes o atenuantes no mencionadas en la acusación.

Según Arteaga (1989, p. 309):

“Además de los elementos esenciales constitutivos del delito, sin los cuales, por tanto, este no se daría, cuando se comete un hecho punible se dan otros elementos accidentales, que, como tales, no influyen en la esencia del hecho, aunque tienen importancia para graduar el quantum de su contenido criminoso, esto es, su mayor o menor gravedad, en relación, como lo expresa Musotto, a la mayor o menor dañosidad del comportamiento externo, a la mayor o menor reprochabilidad del agente por lo realizado, todo lo cual, en definitiva, al determinar la gravedad del delito mismo va a influir en la medida de la pena”.

Por otra parte, según este autor, las circunstancias del delito se clasifican en agravantes, atenuantes y mixtas, según tengan como efecto aumentar la pena, disminuirla, o aumentarla o disminuirla según las modalidades de las mismas circunstancias, y en relación a las circunstancias agravantes, éstas deben haber sido abarcadas por la voluntad del agente para que puedan ser tomadas en cuenta.

Ahora bien, al ser elementos meramente accidentales, las circunstancias del delito no acarrearán una modificación sustancial del hecho objeto del proceso. Empero, dado que se trata de hechos, creemos que en principio debe ser el fiscal quien las aporte al proceso, incluso a través de una ampliación de la acusación.

Cuando se trate de agravantes, si el fiscal no amplía su acusación, el Juez deberá anunciar la posibilidad de cambio de calificación jurídica con base en lo establecido en el artículo 350 del Código Orgánico Procesal Penal, lo que no se requerirá tratándose de atenuantes.

### 3.3.1 Agravantes:

En Venezuela, las agravantes genéricas están establecidas en el artículo 77 del Código Penal.<sup>43</sup> Todas ellas son circunstancias de hecho que tienen como

---

<sup>43</sup> ART. 77.—Son circunstancias agravantes de todo hecho punible las siguientes:

1. Ejecutarlo con alevosía. Hay alevosía cuando el culpable obra a traición o sobre seguro.
2. Ejecutarlo mediante precio, recompensa o promesa.
3. Cometerlo por medio de inundación, incendio, veneno, explosión, varamiento de nave, avería causada de propósito, descarrilamiento de locomotora o por medio del uso de otro artificio que pueda ocasionar grandes estragos.
4. Aumentar deliberadamente el mal del hecho, causando otros males innecesarios para su ejecución.
5. Obrar con premeditación conocida.

efecto aumentar la pena desde el término medio hasta el límite superior de la pena fijada para cada delito, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 37 ejusdem.

- 
6. Emplear astucia, fraude o disfraz.
  7. Emplear medios o hacer concurrir circunstancias que añadan la ignominia a los efectos propios del delito.
  8. Abusar de la superioridad del sexo, de la fuerza, de las armas, de la autoridad o emplear cualquier otro medio que debilite la defensa del ofendido.
  9. Obrar con abuso de confianza.
  10. Cometer el hecho punible aprovechándose del incendio, naufragio, inundación u otra calamidad semejante.
  11. Ejecutarlo con armas o en unión de otras personas que aseguren o proporcionen la impunidad.
  12. Ejecutarlo en despoblado o de noche. Esta circunstancia la estimarán los Tribunales atendiendo a las del delincuente y a los efectos del delito.
  13. Ejecutarlo en desprecio o en ofensa de la autoridad pública o donde ésta se halle ejerciendo sus funciones.
  14. Ejecutarlo con ofensa o desprecio del respeto que por su dignidad, edad o sexo mereciere el ofendido, o en su morada, cuando éste no haya provocado el suceso.
  15. Ejecutarlo con escalamiento. Hay escalamiento cuando se entra por vía que no es la destinada al efecto.
  16. Ejecutarlo con rompimiento de pared, techo o pavimento o con fractura, entendiéndose por ésta toda fuerza, rotura, descomposición, demolición, derribo o agujeramiento de paredes, terrenos o pavimentos, puertas, ventanas, cerraduras, candados u otros utensilios o instrumentos que sirvan para cerrar o impedir el paso o la entrada y de toda especie de cerraduras, sean las que fueren.
  17. Ser el agraviado cónyuge del ofensor, o su ascendiente o hermano legítimo, natural o adoptivo; o cónyuge de éstos; o ascendiente, descendiente o hermano legítimo de su cónyuge; o su pupilo, discípulo, amigo íntimo o bienhechor.
  18. Que el autor, con ocasión de ejecutar el hecho y para prepararse a perpetrarlo, se hubiere embriagado deliberadamente, conforme se establece en el numeral 1 del artículo 64.
  19. Ser vago el culpable.
  20. Ser por carácter pendenciero.

En efecto, conforme a lo señalado en el mencionado artículo 37, la pena normalmente aplicable es el término medio, que se obtiene sumando el límite mínimo y el máximo de la pena, y tomando la mitad. Ahora bien, cuando concurren circunstancias agravantes la pena se aumentará hasta el límite superior. En tal sentido, la agravante genera un aumento de pena.

Al ser la agravante una circunstancia de hecho, creemos que, en obsequio del principio acusatorio, será el fiscal quien deberá alegarla en su acusación. En caso de no haberlo hecho, podrá incorporarla a través de una ampliación de la acusación, con base en lo establecido en el artículo 351 del Código Orgánico Procesal Penal.

Ahora bien, ¿puede el juez apreciar la agravante que aparece durante el debate y que no fue objeto de acusación ni de ampliación de la acusación por parte del fiscal del Ministerio Público o del querellante?

En Alemania, como vimos, existe el artículo 264, I, de la Ordenanza Procesal Penal, que establece que: “El objeto de la sentencia es el hecho designado en la acusación como se presenta según el resultado del debate”

---

En consecuencia, en ese país el juez puede tener en cuenta circunstancias agravantes que hayan aparecido por primera vez en el juicio oral, tal como señala Roxin (2000, p. 368).

En España, el artículo 733 de la LEC autoriza al Juez para apreciar circunstancias agravantes que no hubieren sido aducidas por el acusador, incluso sin que sea necesario hacer uso de la “tesis” o “fórmula” para garantizar la defensa del acusado.<sup>44</sup>

En tal sentido, Soto (1979, p. 185) señala que en la práctica forense española el tribunal se encuentra totalmente desvinculado de la apreciación de las partes en lo que respecta a circunstancias atenuantes y agravantes.

Por lo que el juez puede establecer en su fallo la concurrencia de tales circunstancias, sin necesidad de utilizar la tesis prevista en el artículo 733 de la L.E. Crim. Sin embargo, a juicio del citado autor: “Es muy probable que pueda lesionarse con ello el sistema acusatorio, pero lo que no cabe duda es que queda malparado el principio de contradicción, en cuyo honor y para cuya salvaguarda viene concebido el precepto” (Soto, 1979, p. 186).

---

<sup>44</sup> Dicho artículo señala: “...Esta facultad excepcional, de que el Tribunal usará con moderación, no se extiende a las causas por delitos que sólo pueden perseguirse a instancia de parte, ni tampoco es aplicable a los errores que hayan podido cometerse en los escritos de calificación, así respecto a la apreciación de las circunstancias atenuantes y agravantes, como en cuanto a la participación de cada uno de los procesados en la ejecución del delito público que sea materia del juicio”

Y, más adelante, señala:

“Nosotros creemos que la liberación del tribunal respecto a la necesidad de proposición de la tesis no entraña prohibición de formularla. Resulta aconsejable su práctica para que los derechos de defensa o de acusación queden a salvo, evitándose la presencia sorpresiva en el fallo de unas agravantes o de unas atenuantes en ningún momento aducidas” (Soto, 1979, p. 187).

Y, seguidamente, cita sentencia del Tribunal Supremo Español, de fecha 29 de mayo de 1989, donde se considera que todo el párrafo del artículo 733.2.2 L.E. Crim., ha quedado derogado, señalando el mismo autor:

“Por tanto, la tesis debe planearse en todo supuesto de modificación (para delitos de igual o menor gravedad no homogéneos, para agravantes no alegadas, para elevar el grado de participación y – aunque el Tribunal Supremo no se ha pronunciado sobre ello- para eximentes o atenuantes no invocadas o disminuir el grado de participación o ejecución” (Soto, 1979, p. 179).

Por su parte, Pérez M. (2002, pp. 176 y 179) considera que si bien es cierto que en el art. 733.2.2 L.E. Crim., se establece que la facultad contemplada en dicha norma no se extiende a los errores que hayan podido cometer las partes en los escritos de calificación respecto a la apreciación de circunstancias atenuantes y agravantes, como en cuanto a la participación de cada uno de

los procesados en la ejecución del delito, tal disposición ha quedado derogada por la Constitución donde se garantiza la vigencia absoluta del derecho de defensa en todo proceso penal.

En tal sentido:

“...el tribunal deberá hacer uso de la tesis también para esos supuestos de modificación. Por ello, la dependencia se entiende en el sentido de que aunque el tribunal puede calificar libremente, antes debe dar la oportunidad a las partes para que preparen una defensa completa. De este modo, sin haberles ofrecido dicha oportunidad, no podrá alterar sus calificaciones porque, de hacerlo, estaría limitando el principio de contradicción” (Pérez M., 2002, pp. 176 y 179).

Finalmente, Armenta (2003, p. 75) sostiene que en un primer momento la jurisprudencia española entendió que:

“... para apreciar circunstancias atenuantes o agravantes o para estimar un grado de participación diverso al establecido por las partes, el tribunal no necesitaba hacer uso de la “tesis”; sin embargo, la doctrina del Tribunal Constitucional ha defendido que se precisa utilizar la facultad del art. 733 también a los supuestos de agravantes genéricas no invocadas por la acusación, para no producir indefensión ... a partir de ahí, el Tribunal Supremo se ha decantado hacia la limitación de las facultades jurisdiccionales y la más amplia cobertura del derecho a la defensa, llegando incluso a sostener alguna resolución que lo definitivo no es la homogeneidad delictiva sino la posibilidad de defensa eficaz...”.

Señalando, esta autora, en tal sentido, que: “Se exige el uso de la tesis respecto de todas las agravantes genéricas y específicas, los sub-tipos agravados, los grados de participación o las formas más perfectas de ejecución del delito...” (Armenta, 2003, p. 75).

Así las cosas, actualmente en España no se discute que el juez pueda apreciar circunstancias agravantes no aducidas por la acusación, pero, a tales fines, deberá necesariamente hacer uso de la “tesis” contemplada en el artículo 733 de la L.E. Crim., equivalente en ese país al artículo 350 de nuestro Código Orgánico Procesal Penal.

En Italia, para que el juez pueda apreciar una circunstancia agravante que aparezca por primera vez en el debate, ésta deberá ser objeto de imputación supletoria por el fiscal del Ministerio Público. Caso contrario, el juez no podrá apreciarla.

Además, tal como sostiene Leone (1963, V.2, p. 382) , si la circunstancia agravante no es hecha saber en el debate por el fiscal del Ministerio Público: “...no sólo no puede ser tomada en consideración por el juez, sino que no se le puede deducir en un nuevo proceso, tratándose de elemento accidental del delito, no susceptible de tratamiento procesal autónomo...”

En efecto, generalmente la agravante es una circunstancia o accesorio del delito, por lo cual en sí misma no constituye un delito autónomo, lo que determina que no puede ser objeto de tratamiento procesal aparte.<sup>45</sup>

En consecuencia, en Italia, si el fiscal del Ministerio Público no realiza la imputación supletoria de la agravante, la misma quedará privada de consideración procesal.

En caso de que el fiscal realice la imputación supletoria, el presidente o el pretor debe advertir al imputado que puede pedir un plazo, no prorrogable ni mayor de 5 días, para preparar su defensa.

En Venezuela, la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia:

“... ha establecido con reiteración que los jueces de mérito son soberanos en la apreciación de las circunstancias agravantes y debe explicar siempre en la sentencia en virtud de lo cual proceden a aplicarlas en un caso concreto, con el debido razonamiento, el cual a su vez debe fundarse en los elementos

---

<sup>45</sup> Sin embargo, en casos excepcionales, las agravantes podrían constituir un delito autónomo, razón por la cual, en Venezuela, el artículo 79 del Código Penal establece: “No producirán el efecto de aumentar la pena las circunstancias agravantes que por sí mismas constituyeron un delito especialmente penado por la ley, expresado al describirlo o penarlo, no aquellas de tal manera inherentes al delito que, sin su concurrencia, no pudiera cometerse”

probatorios existentes en autos” (Sentencia No. 184, de fecha 26 de abril de 2007, con ponencia de la Magistrado Dra. Miriam Morandy Mijares).

Ahora bien, tal como hemos señalado, creemos que al ser circunstancias de hecho, deberá ser el fiscal del Ministerio Público quien aporte las agravantes al proceso, incluso a través de una ampliación de la acusación en caso de que la agravante aparezca por primera vez en el debate.

Por otra parte, si de los hechos narrados en la acusación presentada inicialmente por el fiscal se desprende claramente la agravante, aun cuando el fiscal no la hubiere invocado, nada obsta para que el juez la tome en cuenta, ya que en este caso se trataría únicamente de la valoración jurídica de una circunstancia fáctica.

No obstante, el juez deberá realizar la advertencia de posibilidad de cambio de calificación jurídica conforme a lo establecido en el artículo 350 del Código Orgánico Procesal Penal, para posibilitar la defensa del acusado.

En cambio, si la agravante aparece por primera vez en el debate, lo idóneo es que sea el fiscal quien la haga valer a través de una ampliación de la acusación. Pero si el fiscal no lo hace, el juez deberá anunciar la posibilidad de cambio de calificación jurídica conforme al artículo 350 del Código

Orgánico Procesal Penal, para poder apreciar la agravante, no sufriendo menoscabo alguno el principio acusatorio dado que el hecho habrá permanecido invariable en lo esencial.

### 3. 3.2 Atenuantes:

Las circunstancias atenuantes son elementos accidentales del delito, que aun cuando no inciden en la esencia de éste, tienen por efecto aminorar el *quantum* de la pena.

En nuestro país, las atenuantes genéricas están previstas en el artículo 74 del Código Penal.<sup>46</sup>

En España, autores como Soto (1979, p. 187) y Pérez M. (2002, p. 174) sostienen que para que el tribunal pueda apreciar atenuantes no aducidas por la acusación o la defensa, deberá hacer uso de la “tesis” prevista en el artículo 733 de la LECrim.

---

<sup>46</sup> “... 1. Ser el reo menor de veintiún años y mayor de dieciocho cuando cometió el delito. 2. No haber tenido el culpable la intención de causar un mal de tanta gravedad como el que produjo. 3. Haber precedido injuria o amenaza de parte del ofendido, cuando no sea de tal gravedad que dé lugar a la aplicación del artículo 67. 4. Cualquier otra circunstancia de igual entidad que a juicio del tribunal aminore la gravedad del hecho”

En Alemania, dado que el objeto del proceso es el hecho tal como se presente según el resultado del debate, nada obsta para que el juez tome en cuenta circunstancia atenuantes que aparezcan por primera vez en el debate.

En Venezuela, dado que la atenuante opera a favor del acusado disminuyendo la pena, creemos que el juez puede apreciar la atenuante no alegada por las partes que resulte acreditada en el debate, sin necesidad siquiera de hacer uso de la advertencia prevista en el artículo 350 del Código Orgánico Procesal Penal. Esta es la tesis que sostiene Delgado (2007, p. 26), quien afirma:

“La antes mencionada tesis que apoya una preeminencia de la favorabilidad para el acusado, cuando pueda beneficiarse de una pena menor sin advertencia previa sobre el posible cambio en la calificación jurídica o por aplicación de atenuante no alegada, se corresponde con la alteración no esencial y meramente accidental del objeto del debate, o sea cuando no se afecta la estructura del tipo penal (conducta típica, bien jurídico y elemento subjetivo), como en el caso muy significativo de la aplicación de atenuantes genéricas (art. 77 CP), que permiten la imposición de una pena menor que la solicitada por el Ministerio Público o el querellante, cuando estas partes invocaron el término medio o máximo de la penalidad contemplada para el delito imputado, siendo muy frecuente ello en nuestros tribunales al aplicar la obligatoria atenuante de minoridad o la discrecional fundada en la buena conducta predelictual”.

Por su parte, el Tribunal Supremo de Justicia, en Sala de Casación Penal, ha establecido en forma reiterada que la atenuante prevista en el numeral 4 del artículo 74 del Código Penal, [cualquier otra circunstancia de igual entidad que a juicio del tribunal aminore la gravedad del hecho] "... es facultativa, de libre apreciación del juez de instancia y la aplicación debe estar ajustada a lo que sea más equitativo y racional en obsequio de la imparcialidad y de la justicia, por lo que su aplicación o inaplicación resulta incensurable en casación" (Sentencia No. 502 de fecha 03 de agosto de 2005, con ponencia de la Magistrada Dra. Deyanira Nieves Bastidas).<sup>47</sup>

---

<sup>47</sup> Sin embargo, la Sala Constitucional del Máximo Tribunal, en fecha 01 de febrero de 2006, estableció que: "...la precitada jurisdicente concluyó que se había materializado el supuesto de hecho de dicha norma, sobre la base de la ausencia de registros de antecedentes penales contra el encausado. Ahora bien, el artículo 74.4 del Código Penal (...) establece que:

4.4.1 De conformidad con el artículo 173 del Código Orgánico Procesal Penal, todas las decisiones que expidan los órganos de la jurisdicción penal deben ser, so pena de nulidad, motivadas, salvo que se trate de autos de mera sustanciación (que no es el caso de la decisión que se examina). En el caso de la citada circunstancia atenuante, el Legislador estableció la existencia de dos supuestos cuya actualización es un presupuesto necesario a la procedencia de aquella: uno es que se trate de una circunstancia que a juicio del juez, sea de igual entidad que las que fueron descritas en los otros cardinales del artículo 74 del Código Penal; el otro, que dicha circunstancia reste gravedad al hecho por el cual se juzga penalmente al reo.

4.4.2 En la decisión que se examina, se observa que la predicha Juez de Control se limitó a la conclusión de que se había actualizado la atenuante que se analiza, como consecuencia de que no se encontraba acreditada la existencia de registro de antecedentes penales, en relación con el reo. Sin embargo, dicha funcionaria obvió la obligatoria motivación de dicho pronunciamiento, esto es, no expresó las razones por las cuales estimó que lo que se conoce como buena conducta predelictual fuera una circunstancia "de igual entidad" que las que se encuentran descritas en los cardinales 1, 2 y 3 del artículo 74 del Código Penal; tampoco, y es lo más grave, cuál fue el fundamento de su criterio de que la ausencia de antecedentes penales fuera un hecho que disminuyera, de tal modo, la gravedad del hecho que se le imputó al procesado (y cuya comisión éste admitió), que diera lugar, por sí sola, a la imposición del término mínimo de la pena aplicable, lo que significó, en definitiva, que la Jueza (...) se apartó de la regla de proporcionalidad cuyo deber de observancia deriva del encabezamiento de la antes referida disposición legal, en concurrencia con el artículo 37 ejusdem, de modo tal que, con la presencia de sólo una atenuante, decretó, como pena, el término mínimo que señala la Ley..." (Sentencia No. 85, de fecha 01 de febrero de 2006, con ponencia del magistrado Dr. Pedro Rondón Haaz).

3.4 Potestad del juez para condenar por un delito continuado en caso de que la acusación se formule por un solo acto criminal.

El artículo 99 del Código Penal, establecer el delito continuado, en los siguientes términos:

“Se considerarán como un solo hecho punible las varias variaciones de la misma disposición legal, aunque hayan sido cometidas en diferentes fechas, siempre que se hayan realizado con actos ejecutivos de la misma resolución; pero se aumentará la pena de una sexta parte a la mitad”.

En sentencia de fecha 19 de octubre de 1979, con ponencia de la Magistrada Dra. Helena Fierro Herrera, la Sala de Casación Penal de la antigua Corte Suprema de justicia estableció en torno al delito continuado, lo siguiente:

“...El delito continuado existe cuando el agente, con unidad de propósito y de derecho violado, ejecute en momentos distintos acciones diversas, cada una de las cuales, aunque integre una figura delictiva, no constituye más que la ejecución parcial de un solo y único delito.

La doctrina penal enseña, que para su existencia es preciso: a) Pluralidad de acciones separadas entre sí por cierto espacio de tiempo; b) Unidad de precepto penal violado y c) unidad de propósito criminal.

a) pluralidad de acciones, lo que no debe confundirse con pluralidad de actos materiales. El ladrón que roba coetáneamente los diversos objetos que tiene al alcance de la

---

misma (pluralidad de actos materiales), no comete un robo continuado.

b) Es precisa la unidad de precepto legal violado, pues en el caso de infracción de diversas normas penales, resultarán diversos delitos, configurándose entonces un concurso de hechos punibles, v. gr., el que falsifica un documento (falsedad); y entra en domicilio ajeno contra la voluntad del morador (violación de domicilio).

c) Unidad de propósito delictivo. Las varias violaciones del mismo precepto legal han de hallarse unificadas en una intención, encaminadas a la realización del mismo propósito delictivo

Según la doctrina corriente, se admite la existencia del delito continuado aun cuando haya diversidad de sujetos pasivos; pero en estas situaciones, el lazo de continuidad puede desaparecer cuando los bienes jurídicos lesionados son personalísimos; vida, integridad corporal, honestidad, etc. (v. gr., en el domicilio de dos personas), pues el mantenimiento de la ficción del delito continuado, en tales circunstancias, sería contrario a sentimiento de justicia.

Son ejemplos típicos de delito continuado, entre muchos, el hecho de robar algo de la caja del amo siempre que se presente la ocasión; el caso del cajero que sustrae en diversas oportunidades parte de los fondos que tiene bajo su custodia; el de la doméstica que a diario hurta una perla del collar perteneciente al ama de la casa.

Es necesario analizar los elementos que integran el delito continuado, previsto en el transcrito artículo 99 del Código penal y los hechos establecidos en la sentencia recurrida. Para que proceda la aplicación del artículo citado se requiere, como ya se ha expresado: 1) Que se hayan realizado varias violaciones de la misma disposición legal, aun cometidas en diferentes fechas; y 2) Que se hayan verificado con actos ejecutivos de la misma resolución. A objeto de saber si han existido varias infracciones de la misma disposición legal es menester establecer la distinción entre pluralidad de actos y pluralidad de acción. El delito continuado exige pluralidad de acciones; pero la acción única puede estar constituida por pluralidad de actos. La persona que cada noche se apodera de una caja de seguridad de las que hay en el correspondiente local de una institución bancaria, cada vez que la hurta ejecuta una acción violatoria de la misma disposición legal, pero, si por el contrario, al entrar a dicho local se apodera en el mismo momento de varias de las cajas existentes, pertenecientes a

diferentes personas, la pluralidad de actos realizados constituye una sola acción. El delito continuado demanda una actividad interrumpida, ligada por el nexo de un mismo designio delictuoso. La pluralidad de actos realizados en forma ininterrumpida constituye unidad de acción...”<sup>48</sup>

Como puede observarse, en esta sentencia se establece que la continuidad puede desaparecer cuando los bienes jurídicos lesionan bienes personalísimos, tales como la vida, integridad corporal, honestidad, etc., pues el mantenimiento de la ficción del delito continuado, en tales circunstancias, sería contrario al sentimiento de justicia. Pues bien, este criterio fue reiterado en sentencia No. 269 de fecha 19 de junio de 2006, de la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, con ponencia del Magistrado Dr. Eladio Ramón Aponte Aponte, donde se estableció: “...no hay delito continuado cuando la norma penal protege intereses individuales de diversas personas como sujetos pasivos del delito, porque en estos casos, la resolución criminal y la intención del sujeto activo del delito se agotó en su plenitud con el hecho cometido contra cada sujeto pasivo de forma separada a cualquier otra acción que pueda anteceder o seguir en la comisión del delito...”<sup>49</sup>, caso en el cual lo que habrá será un concurso material de delitos, a tenor de lo previsto en el artículo 88 del Código Penal.

---

<sup>48</sup> Este criterio fue ratificado en sentencia No. 318 de fecha 11 de julio de 2006, de la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, con ponencia de la Magistrada Dra. Blanca Rosa Mármol de León.

Ahora bien, ¿puede el juez de juicio condenar por un delito continuado que resulte acreditado en el debate, pero que no hubiere sido alegado en la acusación fiscal?

En torno a este particular, creemos que deben distinguirse dos supuestos:

3.4.1 Los actos que integran el delito continuado están narrados en la acusación fiscal, aun cuando el fiscal los presenta como un concurso de delitos o como un solo delito no continuado.

En este caso, creemos que no existe óbice para que el tribunal condene por el delito continuado, aun cuando deberá realizar la advertencia de posibilidad de cambio de calificación jurídica, con base en lo establecido en los artículos 350 y 363 del Código Orgánico Procesal Penal, a los fines de posibilitar la defensa del acusado.

En efecto, en dicho supuesto el fiscal ha aportado los hechos al proceso, y lo que cambia es la apreciación jurídica de éstos. En este orden de ideas, Beling (s/f, p. 86) sostiene que:

---

<sup>49</sup> Se trataba de un caso de abuso sexual a niños, con circunstancias de modo, tiempo y lugar

“El tribunal tiene libertad para apreciar los objetos procesales de modo diferente de como lo había hecho el querellante en la acusación. La querrela puede, p. ej., considerar que las lesiones se encuentran en concurrencia real, mientras el tribunal puede apreciar un delito continuado...”.

Y Maier (2004, V. 1, p. 577), por su parte, opina que es lícito que el juez considere en la sentencia que lo atribuido como concurso real:

“...se trató de un concurso, continuado de hechos punibles, si el delito da pie para ello, porque la figura penal considera único – para la reacción penal- aquello que, en la realidad, se presentó como múltiple (temporal o espacialmente), y, de tal manera, se beneficia al imputado”.

3.4.2 Los actos que integran el delito continuado aparecen por primera vez en el debate:

La Ordenanza Procesal Penal Alemana establece en su § 264, I: “El objeto de la sentencia es el hecho designado en la acusación como se presenta según el resultado del debate”

En tal sentido, con base en el principio de indivisibilidad del objeto procesal, Beling (s/f, p. 86) señala que éste debe ser objeto del examen y de la

resolución en su integridad. En tal sentido "...si se imputa al acusado el haber hurtado de la caja de la tienda 5 marcos, el proceso se extiende también a la hipótesis de que este hurto formaba parte de una serie mayor de hurtos unidos por el concepto del delito continuado (a diferencia del concurso real), debiendo tenerse en cuenta hasta hechos que ocurrieron después de comenzar el proceso, siempre que constituyan elementos del mismo hecho, por ejemplo la muerte del lesionado o los actos del acusado que integran el delito continuado".

Finalmente, este autor opina que si la querrela y el auto de apertura a juicio mencionan un solo acto delictivo y en el debate resulta un delito continuado consistente en 10 actos, el tribunal debe condenar con base en el delito continuado. (Beling, s/f, p. 292).

En Italia, en estos casos, el fiscal debe hacer una imputación supletoria en el debate, no pudiendo el juez proceder a la imputación, en aplicación del principio *nemo iudex sine actore*.

Sin embargo, según Leone (1963, V. 2, p. 382), el fiscal puede elegir entre la imputación en debate o la promoción aparte de la acción penal en un nuevo proceso por los nuevos actos que constituyen la continuación, lo cual puede

ser aconsejable en ciertos casos por su naturaleza o por la dificultad de la prueba.

A pesar de que en Venezuela no existe una disposición similar a la de la Ordenanza Procesal Penal alemana, creemos que el tribunal podría apreciar el delito continuado que aparezca por primera vez en el debate, siempre y cuando el fiscal o el querellante amplíen la acusación, conforme a lo establecido en el artículo 351 del Código Orgánico Procesal Penal.

De lo contrario, el tribunal no podrá valorar los nuevos actos integrantes del delito continuado que aparecieron durante el debate, pues ello podría implicar una violación del principio acusatorio.

En un caso en que el fiscal del Ministerio Público acusó por el delito de *peculado doloso propio*, y el tribunal de juicio condenó por *peculado continuado*, la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia de fecha 27 de julio de 2006, con ponencia del Magistrado Dr. Héctor Coronado Flores, anuló tal decisión, por cuanto “...el sentenciador debió advertir al acusado de dicho cambio de calificación, para así no violentar el derecho a la defensa del acusado...”

En otro caso, esta vez de dos homicidios, el Tribunal de control dictó auto de apertura a juicio por homicidio intencional en grado de continuidad, “toda vez que dicho agente violó en dos oportunidades la misma disposición legal, conforme al artículo 99 ejusdem”, mientras el tribunal de juicio condenó por homicidio calificado con alevosía y por motivos fútiles, sin hacer la correspondiente advertencia, la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia de fecha 18 de julio de 2006, anuló la decisión de la Corte de Apelaciones por cuanto no se percató que el tribunal de juicio no cumplió con los requisitos señalados en el artículo 350 del Código Orgánico Procesal Penal.

Sin embargo, en este caso los hechos constitutivos de los dos homicidios estaban íntegramente explanados en la acusación fiscal, por lo que la apreciación jurídica de tales hechos era de la soberanía del tribunal, claro está con la correspondiente advertencia para no menoscabar el derecho a la defensa del acusado.

3.5 Potestad del juez para condenar por un concurso de delitos no mencionado en la acusación.

Los concursos de delitos se encuentran previstos en el Título VIII del Libro Primero del Código Penal. Desde el artículo 86 al 96 se encuentran las

distintas clases de concurso real o material de delitos; mientras en el artículo 98 se establece el concurso ideal o formal.

En sentencia No. 458, del 19 de julio de 2005, con ponencia del Magistrado Dr. Eladio Ramón Aponte Aponte, la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, estableció la diferencia entre el concurso real y el concurso ideal de delitos, del modo que sigue:

“...hay concurso real o material de delito cuando con varios actos se violan varias disposiciones. De lo expuesto se desprende que la diferencia entre ambas concurrencias de los delitos se encuentra en la unidad o pluralidad de actos o hechos: estamos en presencia de un concurso real si hay varios actos o varios hechos y del concurso ideal si hay un solo acto o hecho, ya que la violación de una o varias disposiciones legales es necesaria para ambas. En el caso del concurso real es necesario que cada uno de estos actos o hechos sean independientes uno de otro...”

Ahora bien, ¿Qué ocurre si durante el debate resulta acreditado un concurso de delitos que no hubiere sido alegado en la acusación?

Dependerá en primer lugar de si se trata de un concurso real o ideal de delitos. Y, en el primer caso, de si los hechos fueron explanados en la acusación (aunque no calificados como concurso) o si los mismos aparecieron por primera vez en el juicio.

### 3.5.1 Concurso ideal de delitos:

En caso de que se trate de un concurso ideal de delitos, no habrá impedimento para que el juez condene con fundamento en el mismo, aun cuando en la acusación el fiscal o el querellante hubieran considerado que el hecho infringía una sola disposición legal.

En efecto, como vimos, el concurso ideal de delitos tiene lugar cuando con un mismo hecho se violen varias disposiciones legales.

En tal sentido, el tribunal puede apreciar el hecho narrado en la acusación como constitutivo de un concurso ideal de delitos, y ello no implicará una extralimitación de sus facultades ya que el hecho fue aportado por el acusador.

Lo único que habrá cambiado será el punto de vista jurídico, siendo que lo que inicialmente se consideró violatorio de una sola disposición legal, ahora se estima que infringe varias normas.

Sobre este particular Beling (s/f, p. 86) sostiene que "...podría añadirse al punto de vista indicado en la querrela otro que se encuentre con éste en concurrencia ideal.

Y, más adelante, señala que: "también debe condenarse por concurrencia ideal, si la razón jurídica de esta calificación ha sido descubierta en el debate...". (Beling, s/f, p. 292).

### 3.5.2 Concurso real de delitos:

En cambio, cuando se trata de un concurso real el problema es más complejo. En efecto, en el concurso real existen varios hechos, cada uno de los cuales es constitutivo de un delito autónomo.

En tales casos, habrá que analizar si los distintos hechos constitutivos del concurso fueron explanados enteramente en la acusación, o si aparecieron por primera vez en el debate.

Si los hechos fueron explanados en su integridad en la acusación, nada obsta para que el tribunal de juicio los considere como un concurso real, aun cuando, sin embargo, deberá advertir la posibilidad de cambio de calificación jurídica para asegurar la defensa del acusado.

Así, Roxin (2000, p. 368) considera que es necesaria la advertencia “...ante el cambio de concurso ideal a concurso real...”

Y Maier (2004, V.1, pp. 576 y 577) opina que:

“Los errores de subsunción o puramente jurídicos en el encuadramiento del comportamiento atribuido no dañan la defensa, ni limitan la decisión, mientras ésta se mantenga dentro de la acción u omisión descripta, y sus circunstancias, por más que sea recomendable, según lo advertimos, un aviso a la defensa sobre la posible variación del punto de vista jurídico que presidió la imputación. Es por ello que, por ejemplo, se puede fallar como concurso real (CP, 55) lo que para la acusación significó un concurso ideal (CP, 54) o un concurso aparente (de leyes), siempre que la discrepancia sea meramente jurídica, es decir, la sentencia no agregue una circunstancia (temporal, espacial o de modo) no contenida en la acusación”.

Por su parte, Manzini (1987, V. 4, p. 369) sostiene que:

“...cuando en la acusación originaria se han notificado varios hechos en concurso meramente ideal entre sí (...) el juez es libre para condenar por concurso material de delitos, pues los relativos hechos se habían notificado regularmente en todos sus elementos esenciales, y la modificación ocurrida tiene carácter exclusivamente jurídico”.<sup>50</sup>

---

<sup>50</sup> Por su parte, Leone (1963, V.2, p. 383) sostiene que el Ministerio Público puede realizar en el debate una imputación supletoria del delito concurrente, pero sólo en casos de concurso ideal. En este caso, el presidente o el pretor debe advertir al imputado que puede pedir un plazo no prorrogable ni mayor de cinco días para preparar la defensa.

En cambio, si el hecho o hechos que configuran el concurso aparecen por primera vez en el debate, los mismos no podrán ser tomados en cuenta por el tribunal para condenar, sino que deberán ser objeto de un nuevo proceso, ya que ello podría implicar violación del principio acusatorio.

En tal sentido, Beling (s/f, 291), señala que:

“El tribunal puede juzgar sólo respecto a aquél objeto procesal que ha llegado a él mediante querrela y normalmente (...), mediante auto de apertura (...).

Si se trata de varios hechos del mismo acusado (conurrencia real), la decisión recaerá sólo sobre aquellos que han sido unidos desde el principio por acumulación de querrelas o después por auto judicial de acumulación, o que han sido añadidos por una querrela incidental no desestimada...”

Y, según Delgado (2007, p. 30), es inaceptable:

“...una ampliación, advertencia y hasta condena por otro delito que en el debate pueda surgir y que daría lugar a la regla del concurso real, como cometido antes, al momento o después de aquél que en concreto constituyó el objeto del debate, aunque tenga relación directa con el que se imputó en la acusación y sea atribuido al mismo acusado, puesto que lo que prevén los tantas veces citados artículos 350 y 351 del COPP, es que ese nuevo hecho o circunstancia den lugar a un cambio en la calificación jurídica del hecho expuesto en la acusación y no que se incorpore otro que implique un hecho y delito adicional con acumulación jurídica de pena, como en el caso de robo agravado cuando se pretenda incorporar la lesión causada con el empleo de la violencia física dirigida a lograr el apoderamiento; cuando además de la violación del objeto del

debate, surja que el sujeto activo le quitó un bien a la víctima o que con la violencia física ejercitada para lograr el acceso carnal le causó lesiones que no fueron consecuencia de la penetración; también en el caso de imputación de estafa, realizada mediante documento público falsificado y que luego aparezca en el debate que, además de cometer esa estafa, fue el acusado quien falsificó ese documento, etc.

Hechos nuevos y adicionales esos que deberán ser materia de otro proceso autónomo, no pudiendo ser considerados en una advertencia o ampliación de la acusación, menos para ser introducidos en la sentencia, ya que, como antes se expuso, la norma de congruencia que contempla esa alternativa la limita a la posibilidad de dar al hecho una calificación jurídica distinta y que no signifique alteración sustancial, mas no acumulativa para otro hecho que concurra, sobre todo siendo esencialmente diferente al que se ha determinado como objeto naturalista y normativo del juicio”

En tal sentido, el juez no podrá condenar por el delito concurrente no explanado inicialmente en la acusación fiscal, ni siquiera mediando una ampliación de la acusación que incluya el nuevo hecho.

3.6 Potestad del juez para apreciar una forma de participación distinta a la señalada en la acusación.

Según el Código Penal venezolano, una persona puede intervenir o participar en un hecho punible, en alguna de las siguientes formas o modalidades. Como autor, como cooperador inmediato, como determinador o como cómplice.

Los autores, cooperadores inmediatos y determinadores, quedan sujetos a la pena correspondiente al hecho perpetrado. Los cómplices quedan sujetos a dicha pena rebajada a la mitad, salvo el cómplice necesario, al cual no se le aplica dicha rebaja de pena.

Sin embargo, cada una de estas personas realiza actividades distintas. Por ejemplo, autor es quien ejecuta la acción típica, mientras el cómplice presta una ayuda secundaria. Y el instigador determina, induce a otro a que cometa un delito. En tal sentido, la autoría no implica la complicidad o viceversa, siendo éstas actividades distintas e incluso excluyentes.

Ahora bien, al ser la forma de participación en el hecho punible una cuestión de hecho, creemos que, por regla general, deberá ser la parte acusadora quien señale la misma en el proceso.

No obstante, si el acusador narra correctamente los hechos en su acusación, pero califica erróneamente la forma de participación del acusado en los mismos, el juez podrá condenar de acuerdo a la forma de participación ajustada a derecho, aun cuando para ello deberá hacer la advertencia de posibilidad de cambio de calificación jurídica, ello a pesar de que la nueva forma de participación acarree una pena más favorable al acusado.

Así, Delgado (2007, p. 28), considera que cuando se trata de actos ejecutivos esencialmente distintos, debe hacerse la advertencia al acusado, aun cuando de ello resulte menor pena. En efecto, señala este autor

“En la misma forma la sentencia penal podrá hacer cambio en lo atinente a autoría y participación, aun cuando el acusado obtuviere la ventaja de ser sancionado con menor pena, por dejarse acreditada en la sentencia su complicidad simple no necesaria, distinta que la pena pedida en su contra cuando fue considerado como autor en la acusación, siendo en ese caso distintos los actos ejecutivos al mismo sujeto, por ejemplo al habersele imputado que fue él quien dio muerte a otro efectuándole un disparo con arma de fuego y en la sentencia se establece que no fue así, sino que fue quien le facilitó al homicida el arma utilizada, pero al respecto se sostiene que dicho acusado debió ser enterado durante el debate de esa otra posibilidad, ya que, aunque favorable a él, no habrá sido lo mismo haber podido defenderse del primer supuesto de actuación con la resulte sorprendido en el fallo, a menos que lo haya alegado o tratado de probar durante el juicio.”

Ciertamente, condenar como cómplice de homicidio a una persona que inicialmente fue acusada como autora de tal delito, podría afectar su derecho a la defensa, dado que, tal como señalamos, la actividad de cómplice es distinta a la del autor, y generalmente no están implícitas o comprendidas la una en la otra, siendo más bien excluyentes.

Por otra parte, cabe señalar, que, en regla general, el cambio de participación de una persona en el hecho punible no implicará una variación esencial del hecho, cuyo núcleo permanecerá incólume. En tal sentido, las distintas actividades que

diferentes personas ejecuten en aras a la perpetración de un hecho punible, girarán siempre en torno a un único hecho hacia el cual tienden o confluyen. Por ello, no se podrá condenar a una persona, por ejemplo, como autora de un delito de lesiones, y a quien le dio el arma como cómplice de un homicidio frustrado.

Como sostiene Arteaga (1989, p. 366) "...la participación es accesoria, esto es, supone necesariamente un acto principal en el que se toma parte"<sup>51</sup>

En España, autores como Soto (1979, pp. 196 y 197), Pérez M. (2002, p. 179) y Armenta (2003, p. 75), sostienen que para que el tribunal pueda estimar un grado de participación distinto al establecido por las partes (incluso si se trata de uno más favorable para el acusado), deberá hacer uso de la "tesis" prevista en el artículo 733 de la L.E.Crim., ello en aras de garantizar el derecho a la defensa.

En Alemania, Roxin (2000, pp.163 y 164) sostiene que, con fundamento en el principio de indivisibilidad del objeto del proceso, el tribunal puede condenar bajo

---

<sup>51</sup> En tal sentido, en sentencia No. 112 de fecha 15 de abril de 2004, la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, con ponencia del Magistrado Dr. Rafael Pérez Perdomo, estableció: "...siendo la participación criminal accesoria, el partícipe no podrá ser condenado por un delito distinto al cual fue condenado el autor. Por consiguiente, debido a la accesoriedad de la participación, las causas que modifican el hecho principal conllevan cambios fundamentales a favor del partícipe, excepto cuando la modificación del hecho principal sea in persona, en cuyo caso se mantiene incólume la responsabilidad del partícipe. En tal sentido, al haber sido condenado el acusado (...), como autor del delito de lesiones gravísimas, el acusado (...) mal podía ser condenado como cómplice del delito de homicidio frustrado..."

un punto de vista jurídico distinto, p. ej., por complicidad en lugar de coautoría y viceversa. Sin embargo, el mismo autor señala que:

“La advertencia es necesaria si un acusado como coautor debe ser condenado como autor único (...) o si se pasa de la hipótesis de autoría única a coautoría...” (Roxin, 2000, p.367).

En tal sentido, creemos que con mayor razón deberá hacerse la advertencia cuando el tribunal pasa de autoría a complicidad o viceversa.

3.7 Potestad del tribunal para apreciar un grado de ejecución distinto al señalado en la acusación.

Generalmente, el delito se desenvuelve en una actividad progresiva que comienza con la ideación, sigue con los actos preparatorios, continúa con los actos ejecutivos y culmina con la consumación. A esta suerte de camino o recorrido se le ha denominado *iter criminis* o proceso ejecutivo del delito.<sup>52</sup> En principio, sólo comienza a ser punible la conducta que ha entrado en la fase de los actos ejecutivos, donde se ubica la tentativa y la frustración.

---

<sup>52</sup> Según Quintero G. (1997, 455), “Se designa en la ciencia penal como “*iter criminis*” el proceso, en parte mental y en parte físico, que va desde que una o más personas toman la decisión de cometer un delito hasta su consumación”

En el artículo 80 del Código Penal venezolano, se establece que hay tentativa cuando: "...con el objeto de cometer un delito, ha comenzado alguien su ejecución por medios apropiados y no ha realizado todo lo que es necesario a la consumación del mismo, por causas independientes de su voluntad..."

Y, en el mismo artículo, se señala que hay delito frustrado:

"...cuando alguien ha realizado, con el objeto de cometer un delito, todo lo que es necesario para consumarlo y, sin embargo, no lo ha logrado por circunstancias independientes de su voluntad"

Como se observa, la diferencia entre la tentativa y la frustración estriba en que en la primera el agente no ha realizado todo lo que es necesario a la consumación del delito, mientras en la segunda sí lo ha hecho. Sin embargo, en ambas figuras el autor no logra la consumación del delito por causas independientes de su voluntad. <sup>53</sup>

---

<sup>53</sup> Si no lo logra porque voluntariamente desiste, no habrá tentativa, y sólo será sancionado si los actos ejecutados constituyen de por sí algún delito o falta, tal como lo establece el artículo 81 del Código Penal.

En la frustración, el agente va un paso más allá que en la tentativa, por cuanto realiza todo lo que es necesario a la consumación del delito, razón por la cual aquélla se castiga más severamente que esta última.<sup>54</sup>

Ahora bien, tal como señalamos, generalmente las distintas formas de participación de las personas en el hecho punible, implica a su vez conductas diferentes.

En cambio, en lo relativo a los distintos grados de ejecución del delito, por lo general el grado más avanzado implicará el grado anterior, pero no al contrario. Así, el delito consumado implica que el mismo ya pasó por el grado de tentativa; pero, lógicamente, la tentativa no conlleva la consumación, puesto que el delito podría llegar hasta la forma inacabada.

Incluso, uno de los principios que se utilizan para resolver los casos de concurso aparente de normas es el de *consunción*, conforme al cual “...una determinada norma desplaza a otra por regular un hecho que constituye una progresión del hecho que constituye una progresión del hecho contemplado por otra norma...”

---

<sup>54</sup> La tendencia moderna es la de no distinguir entre tentativa y frustración, sino abarcar ambas figuras dentro del concepto de tentativa, tal como lo hace el artículo 16-1 del Código Penal español, conforme al cual: “Hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todo o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor”. No obstante, la doctrina española habla de tentativa acabada o inacabada, según el agente haya ejecutado todo o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado.

(Arteaga, 1989, p. 389), siendo uno de los casos típicos de consunción, precisamente, el de los delitos consumados frente a la tentativa.

De acuerdo con este principio, un sujeto que, en el mismo contexto, trata de matar a otro causándole diversas lesiones, una de las cuales, finalmente, le produce la muerte, no podrá ser condenado como autor de una tentativa de homicidio y de un homicidio consumado, ya que éste último absorbe la tentativa.

En tal sentido, siguiendo a Delgado (2007, pp. 26 y 27), creemos que, en virtud del principio de favorabilidad, el tribunal podrá condenar por el delito inacabado cuando se hubiere acusado por el delito consumado, sin necesidad de hacer la advertencia previa prevista en el artículo 350 del Código Orgánico Procesal Penal, la cual sin embargo, será obligatoria en caso contrario, vale decir, cuando se hubiere acusado por el delito en su forma imperfecta y el tribunal condene por el delito consumado. En efecto, señala este autor:

“En cuanto a las figuras de delitos imperfectos o inacabados, será viable el cambio de calificación cuando en la sentencia se hace alteración a la inversa descendente a favor del acusado, al condenársele a menor pena resultante del cambio a delito frustrado por el atribuídole como consumado, en cuyo caso, creemos, que hasta podrá tener lugar ello sin darlo a conocer anticipadamente al acusado y sin información a las otras partes, en razón del principio de favorabilidad anteriormente invocado, puesto que la conducta imputada no sufrió modificación esencial, sólo que en la sentencia se determinó que el sujeto activo no logró el resultado que se propuso, pero distinto será la situación planteada, cuando el cambio se extienda del delito

inacabado al consumado, que obviamente implicará mayor pena, en cuyo caso tampoco será esencial la mutación que se podría hacer en la sentencia, ya que se mantendrá incólume la descripción de la acción ejecutada, sólo que podrá quedar esclarecido que el culpable sí logró el propósito que estuvo presente y la voluntad que dirigió esa acción, en cuyo caso podrá establecerse ello en la sentencia, pero sí será obligatoria su advertencia al acusado en el debate sobre la posibilidad de esa modificación, por la imposición de una pena más grave y para que tenga la oportunidad de defenderse de esa eventualidad más gravosa para él, tal como lo pauta el artículo 363 del COPP” (Delgado, 2007, pp. 26 y 27).

Por ende, como regla general, el tribunal podrá pasar del delito consumado al mismo en grado de tentativa, sin necesidad de hacer la advertencia previa contemplada en el artículo 363 del Código Orgánico Procesal Penal. Pero, excepcionalmente, el tribunal deberá hacer la advertencia previa cuando ello sea necesario a los fines de salvaguardar el derecho a la defensa del acusado, por ejemplo, cuando en el debate surjan nuevos elementos de hecho que constituyan los actos ejecutivos configuradores del delito inacabado.

En España, inicialmente la jurisprudencia sostenía que el tribunal era completamente libre para valorar el grado de ejecución, sin necesidad de plantear la tesis prevista en el artículo 733 de la L.E.Crim., al no estar mencionado en este artículo. Sin embargo, Soto (1979, p. 200) no está de acuerdo con tal criterio por cuanto:

“la veneración debida al principio defensivo de contradicción así lo aconseja. El principio acusatorio, tal y como lo hemos venido entendiendo, no padece por el cambio calificativo, al mostrarse encontrados los criterios de calificación y de sentencia. La raíz

normativa es única e invariable en el delito consumado, frustrado o en grado de tentativa; el objeto procesal perdura inalterado cualquiera que sea la modalidad de comisión delictual aceptada. Es sobre la médula del contradictorio donde inciden las mutaciones no anunciadas”

Por su parte, Pérez M. (2002, p. 179), señala que parece que el Tribunal Supremo español:

“...no ha tenido en cuenta sin embargo que se vulnera el principio de contradicción cuando no se permite a las partes alegar con respecto a si el hecho está consumado o intentado sin llegar a producir efectos, pese a la diligencia del sujeto activo”

En Italia, Leone (1963, V. 2, p. 394), sostiene que, dado que no hay modificación del hecho si de una imputación más amplia se pasa a una más restringida, el juez puede pasar de una imputación del delito consumado a delito intentado “...tratándose sólo de una reducción y no de una modificación del hecho imputado...”

## CAPÍTULO II

### EL ALCANCE DEL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA CON RELACIÓN A LA CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LOS HECHOS

1. Facultad del juez para calificar jurídicamente los hechos.

El artículo 363 del Código Orgánico Procesal Penal, en su primer y segundo apartes, establece:

“En la sentencia condenatoria, el tribunal podrá dar al hecho una calificación jurídica distinta a la de la acusación o del auto de apertura a juicio, o aplicar penas más graves o medidas de seguridad, siempre que no exceda su propia competencia. Pero, el acusado no puede ser condenado 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, como lo ordena el artículo 350, por el Juez presidente sobre la modificación posible de la calificación jurídica.”

Por su parte, el artículo 350 del mismo instrumento legal, dispone:

“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 imputado sobre esa posibilidad, para que prepare su defensa. A todo evento, esta advertencia deberá ser hecha por el Juez presidente inmediatamente después de terminada la recepción de pruebas, si antes no lo hubiere hecho. En este caso se recibirá nueva declaración al imputado y se informará a las partes que tendrán derecho a pedir la suspensión del juicio para ofrecer nuevas pruebas o preparar la defensa

Ahora bien, el juez podrá dar a los hechos una calificación jurídica distinta, pero no podrá variar aquellos en lo esencial. Como señala Moreno (2004, p. 476):

“... la posibilidad de una nueva calificación jurídica no implica de manera alguna alteración de los hechos materia del juicio; por el contrario, como ya tuvimos oportunidad de señalar, se trata de una facultad propia del juez de dar a los hechos comprobados la adecuada correspondencia a determinado tipo descrito en la ley...”.

Por otra parte, la mayoría de los autores considera que el fundamento de estas normas no es el principio acusatorio sino el principio de contradicción. En efecto, el principio acusatorio determina que sea el acusador quien aporte los hechos al proceso, hechos éstos a los cuales el juez está sujeto.

En cambio, el juez no está vinculado a la calificación jurídica de los hechos que invoquen las partes, aun cuando sin embargo deberá advertir a éstas la posibilidad de cambio de calificación jurídica para garantizar su derecho a la defensa.

Así, Soto (1979, p. 32), citando a Gómez Orbaneja, sostiene que “La vinculación del tribunal a la traducción jurídica de los hechos que en el trámite de

calificación queda encomendada a las partes, es algo en puridad no comprendido en la significación del sistema acusatorio”.

Y, más adelante, señala:

“Lo que pretende el Legislador es evitar que se dé albergue en la sentencia a una estimación jurídica de los hechos que agrave la condena o que conduzca a la liberación del acusado, sin la posibilidad previa de un amplio y cumplido debate por los interesados. Como escribe Viada, el Tribunal no acusa (...), lo único que hace es plantear una nueva calificación jurídica. No es una nueva acusación porque no se trata de nuevos hechos. De modo que en rigor no sería preciso que el Tribunal sometiese la cuestión a debate; y aunque fallase sin previo debate, no quebrantaría el principio acusatorio. La razón del debate está en las garantías del principio contradictorio; por ello debe darse al acusado la posibilidad de ser oído y de defenderse de esta nueva calificación jurídica” (Soto, 1979, pp. 41 y 42).

Por su parte, Pérez (2002, p. 400), al analizar el artículo 350 del Código Orgánico Procesal Penal, señala que en caso de que, en el debate, se aprecie que hubo un error en la calificación, los acusadores deberán modificar ésta, sin que ello signifique violación de los principios del sistema acusatorio, pues los hechos imputados no han sido alterados en lo más mínimo, y cuando los acusadores no modifiquen voluntariamente la calificación, el tribunal podrá exhortarlos a ello.

Y Leone (1963, V. 2, p. 391 a 393) sostiene que:

“... el juez puede dar al hecho una definición jurídica diferente de la enunciada en la sentencia de reenvío, en el requerimiento de citación o en el decreto de citación; y, por consiguiente, infligir las penas correspondientes a la diversa definición jurídica del hecho. Tal poder está delimitado por la competencia (... ) Diferente definición jurídica del hecho significa que el hecho imputado continúa inalterado o hasta reducido (es decir, eliminados algunos elementos o circunstancias); pero que el juez reconduce tal hecho a una hipótesis de delito distinta de la imputada. En otras palabras, el hecho no puede ser mudado (sino, según veremos, solamente reducido); los que pueden ser cambiados, son el nomen iuris, la hipótesis del delito, la norma jurídica en que el hecho debe someterse. Esto en virtud del principio ampliamente estudiado en el proceso civil, del *iura novit curia* (da nihi factum, dabo tibi ius)”.

Sin embargo, más adelante, el mismo autor señala que “De iure condendo, el problema debe ser examinado nuevamente, estando indudablemente ligado el derecho de defensa también a la calificación jurídica del hecho” (Leone, 1963, V. 2, p. 393).

En efecto, según la máxima *iura novit curia* el juez conoce el derecho. Esta máxima rige plenamente en el proceso civil, donde está en juego el interés particular. Con más razón debe imperar en el proceso penal, donde se ventilan intereses generales.

Sin embargo, cualquier posible cambio en la calificación jurídica debe ser advertido previamente a las partes, para que éstas ejerzan cabalmente su

derecho a la defensa a través de la contradicción. Tal como señala Pérez (2002, p. 169):

“En virtud de este principio [*iura novit curia*] el tribunal goza de amplia autonomía decisoria para calificar los hechos. Debe existir, empero, un debate contradictorio sobre los mismos y sobre la calificación jurídica para que nadie pueda ser condenado a tenor de un efecto jurídico sobre él. El tribunal es de este modo el que extrae las consecuencias jurídicas de los hechos, sin que pueda quedar al arbitrio de las partes”

Por su parte, Vásquez (2001, p. 171), sostiene que:

“Con base al principio *iura novit curia*, el juez presidente podría cambiar la calificación jurídica dada al hecho en la acusación, así lo admite el principio acusatorio que implica la vinculación del juzgador a la acusación, esto es, a la persona y hechos acusados, pero no a otros elementos (calificación, pena) que deben ponerse en relación con el proceso de contradicción. No obstante aquel principio entraría en contradicción con el de defensa, cuando la calificación jurídica que el juez de al hecho objeto del proceso, conlleve a la condena por un hecho que atenta contra un bien jurídico distinto, es decir, no se trata de lo que la doctrina y el Tribunal Constitucional español considera “delitos homogéneos”, pues en ese caso el acusado habría sido sorprendido con una calificación jurídica que no tuvo la posibilidad de contradecir”

Y, en otra obra, la referida autora afirma lo siguiente:

“Dado que la calificación jurídica de un hecho, es decir, la subsunción que de los hechos en el derecho, corresponde al juez en base al principio *iura novit curia*, éste estaría facultado para modificar esa calificación, pues, tal como afirma ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, el examen del juez no se proyecta sobre la acusación en sentido técnico, sino, en todo caso, sobre la imputación realizada en el instrucción. En efecto, el juez está

vinculado a los hechos objeto de la acusación, mas no a la calificación jurídica que el Ministerio Público y el querellante hubieren dado a esos hechos” (1999, p. 221).

Según Maier (2004, V. 1, p. 569), el principio de correlación entre acusación y sentencia:

“...no se extiende, en principio, a la subsunción de los hechos bajo conceptos jurídicos. El tribunal que falla puede adjudicar al hecho acusado una calificación jurídica distinta a la expresada en la acusación (*iura novit curia*). Lo que interesa, entonces, es el acontecimiento histórico imputado, como situación de vida ya sucedida (acción u omisión), que se pone a cargo de alguien como protagonista, del cual la sentencia no se puede apartar porque su misión es, precisamente, decidir sobre él. Sin embargo, aunque de ordinario la regla sólo pretende que el fallo no aprecie un hecho distinto al acusado, ni valore circunstancias no introducidas por la acusación, una variación brusca de la calificación jurídica puede sorprender a la defensa en algunos casos...”.

A su vez, Roxin (2000, pp. 416 y 417) es de la siguiente opinión:

“Mientras en la obtención de la sentencia el tribunal está vinculado al hecho descrito en el auto de apertura y, en todo caso, se puede incluir nuevos grupos de hechos al juicio, a través de una acusación suplementaria, el tribunal es completamente libre en las cuestiones jurídicas. El tribunal no está vinculado a la apreciación jurídica del auto de apertura (...). Antes bien, él tiene el derecho y el deber de examinar el hecho, por sí mismo, según todos los puntos de vista jurídicos (...).

Empero, el acusado debe ser advertido sobre la modificación posible del punto de vista jurídico para que tenga oportunidad suficiente de defenderse...”.

Por su parte, Florián (1990, p. 401) afirma lo siguiente:

“La sentencia está en una íntima relación de dependencia con el contenido de la inculpación expresado en los actos de la acusación (...), los límites de la cual no puede ser sobrepasado (correlación entre la fórmula de la acusación y la sentencia). La sentencia no puede basarse en hechos sobre los cuales no se haya hecho una acusación en forma legal, y menos puede admitirlos (...).

Sin embargo, en lo que hace a la aplicación del derecho, el juez tiene libertad de criterio, sin más límites que los de la propia competencia...”.

## 2. La advertencia de posibilidad de cambio de calificación jurídica.

Para que el juez penal pueda condenar en virtud de un precepto legal distinto al invocado en la acusación o en el auto de apertura a juicio, deberá advertir previamente al acusado sobre esa posibilidad para que prepare su defensa, tal como lo establecen los artículos 363 y 350 del Código Orgánico Procesal Penal.

La advertencia la realiza el juez presidente del tribunal mixto o el juez profesional en caso de que el tribunal sea unipersonal.

La advertencia deberá hacerse por el juez presidente inmediatamente después de terminada la recepción de pruebas, si antes no lo hubiere hecho<sup>55</sup>. “...lo que significa que después de terminada la recepción de pruebas, precluye para el Juez Presidente tal posibilidad”, como afirma Tamayo<sup>56</sup>. Generalmente el juez considerará la posibilidad de cambio de calificación jurídica durante la recepción de las pruebas, donde pueden aparecer circunstancias fácticas que impliquen una modificación de dicha calificación.

Hecha la advertencia se recibirá nueva declaración al acusado, ello a los fines de garantizar el principio de contradicción. Sin embargo, deberá leersele previamente el artículo 49 numeral 5 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.<sup>57</sup> En caso de declarar lo hará sin juramento.

Seguidamente, el juez presidente informará a las partes que tienen derecho a pedir la suspensión del juicio para ofrecer nuevas pruebas o preparar

---

<sup>55</sup> Esta precisión apareció por primera vez en la reforma del COPP del 14 de noviembre de 2001, pues antes no existía. Como señala Tamayo (2002, p. 211): “Con la modificación del Artículo 352, se estableció en qué momento específico, durante el curso del debate, debe indicársele al imputado el posible cambio en la calificación jurídica, para que “prepare su defensa”, y no simplemente, para que “se refiera a ella”, como lo señalaba dicho artículo. Se corrige así la deficiencia de la norma anterior, pues ésta no disponía expresamente el momento procesal en que ello podía ocurrir, lo cual menoscababa el ejercicio de los derechos del imputado respecto a su intervención en el juicio, pues no pocas veces, la advertencia acerca del posible cambio de calificación se llegó a hacer, inclusive, luego de cerrado el debate”.

<sup>56</sup> Tamayo, op. cit., p. 211.

<sup>57</sup> Conforme al cual: “El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas y, en consecuencia:(... ) 5. Ninguna persona podrá ser obligada a confesarse culpable o declarar contra sí misma, su cónyuge, concubino o concubina, o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad. La confesión solamente será válida si fuere hecha sin coacción de ninguna naturaleza...”

su defensa.<sup>58</sup> En tal sentido, es facultativo de las partes pedir o no la suspensión del juicio; sin embargo, basta que una de ellas la solicite para que el juez deba acordarla.

Obsérvese que el Legislador venezolano garantizó ampliamente el derecho a la igualdad de las partes, al otorgarle la mencionada facultad no sólo al acusado, sino también al acusador. En efecto, el cambio de calificación jurídica podría afectar también los intereses de dicho sujeto procesal.

El objeto de la suspensión del juicio es ofrecer nuevas pruebas<sup>59</sup> o preparar la defensa. No obstante, las nuevas pruebas que podrá ofrecer el solicitante deberán guardar relación directa con la nueva calificación jurídica propuesta por el tribunal, por lo que no podrá utilizar dicha facultad para ofrecer pruebas de las cuales tenía conocimiento y que no promovió oportunamente.

---

<sup>58</sup> Este deber es ineludible. En fecha 23 de mayo de 2006, la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia anuló un fallo pronunciado por un tribunal de juicio, por cuanto: "...el juez de juicio sí advirtió a las partes el cambio en la calificación pero no les informó acerca de la posibilidad que tenían de pedir la suspensión del juicio, tal omisión produjo la violación de los derechos de los ciudadanos acusados, referidos al debido proceso, a la defensa y a la tutela judicial efectiva..." (sentencia No. 231, con ponencia de la Magistrada Dra. Miriam Morandy Mijares).

<sup>59</sup> A diferencia de lo que ocurre en España, donde las partes sólo pueden hacer alegaciones frente a la nueva calificación jurídica, mas no ofrecer pruebas.

Aun cuando el Legislador omitió establecer el plazo que podrá durar la suspensión, creemos que el mismo no podrá exceder de diez días<sup>60</sup>, por aplicación analógica de los artículos 335 numeral 4 y 351 del Código Orgánico Procesal Penal.

Si el juez realiza la advertencia, no habrá incongruencia, aun cuando podría haber otro vicio, por falta de aplicación de la norma jurídica correcta, el cual es un error *in indicando in iure* (error en la calificación jurídica)

En cambio, si la calificación jurídica aplicada por el juzgador es la correcta, pero es distinta a la invocada en la acusación y no realizó la advertencia prevista en el artículo 350 del Código Orgánico Procesal Penal, la sentencia será incongruente y deberá ser anulada.

## 2.1 Fundamento del artículo 363 del Código Orgánico Procesal Penal.

El fundamento del art. 363 del Código Orgánico Procesal Penal es el principio de contradicción, el cual implica la necesidad de someter a debate todo dato fáctico o jurídico capaz de influir en la sentencia.

---

<sup>60</sup> Dicho lapso se computa por días hábiles, tal como lo estableció la Sala Constitucional en sentencia de fecha 18 de abril de 2007.

Como afirma Pérez M. (2002, p. 170): “El uso de la tesis por parte del tribunal garantiza a las partes su derecho a discutir y debatir sobre la nueva calificación y se salvaguarda el principio de contradicción, evitando la falta de correlación entre la acusación y la sentencia.”

Y, por su parte, Gómez (2000, p. 273) sostiene que:

“...En donde no existe ninguna dificultad es en admitir que la norma supone también una concreción del principio de contradicción (...) porque el Legislador quiere que la tesis jurídica del tribunal, nueva para la acusación, se someta a debate, e incluso si las partes no están preparadas para ello (...) que se suspenda la vista para un mayor estudio. Esto es así porque un correcto entendimiento del principio de contradicción significa la necesidad de poner a debate todo dato jurídico o fáctico, susceptible de influir en la sentencia”.

En el mismo orden de ideas, Armenta (2003, p. 77) señala que:

“...resulta indudable que la exigencia de correlación y la tesis de desvinculación son manifestación del principio de contradicción en el sentido elemental de contemplar la necesidad de someter a debate todo dato fáctico o jurídico capaz de influir en la sentencia. En su vertiente constitucional, se pone además de manifiesto en el derecho a conocer de la acusación formulada”.

## 2.2 ¿En qué consiste la advertencia?

La advertencia consiste en informar al imputado la *mera posibilidad* de una calificación jurídica que no ha sido considerada por ninguna de partes, a los fines

de que aquél prepare su defensa. En tal sentido, la advertencia no implica un cambio definitivo de calificación jurídica, lo que podría conllevar a que el juez adelante opinión, sino sólo una mera *posibilidad* de cambio de calificación.

La advertencia no implica un prejuicio por parte del tribunal, de modo que, una vez realizada ésta, el órgano jurisdiccional podrá condenar con base en la calificación jurídica inicial o incluso absolver.<sup>61</sup> Tal como sostiene Soto (1979, p. 89), citando a Sáez Jiménez: "...teniendo en cuenta las alegaciones, el tribunal resolverá en uno u otro sentido, pero sin que de manera alguna se encuentre mediatizado por el hecho de haber forzado la tesis, ni mucho menos obligado a condenar o absolver en el sentido de su planteamiento".

El juez está obligado a indicar, en forma sucinta y provisional, las razones que lo llevaron a hacer tal advertencia, sin que ello implique una valoración anticipada de pruebas propia del momento de sentenciar. En efecto, al momento de dictar la sentencia el juez podrá desechar o no valorar los elementos que lo condujeron a la advertencia.

Por otra parte, creemos que aun cuando las partes sostengan en el debate una calificación jurídica distinta a la establecida en el auto de apertura a juicio – lo

---

<sup>61</sup> Incluso, el artículo 733 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española establece que la fórmula que deberá hacer el juez presidente comienza con las palabras "*sin que sea visto prejuzgar el fallo definitivo sobre las conclusiones de la acusación y la defensa...*"

cual es perfectamente válido- el juez deberá hacer la advertencia si observa la posibilidad de que los hechos encuadren en la norma invocada por las partes (o por alguna de ellas), a los fines de salvaguardar el derecho a la defensa y la seguridad jurídica, ya que de lo contrario el acusado podría estar defendiéndose simultáneamente contra tres o más calificaciones jurídicas distintas<sup>62</sup>.

En principio el acusado sólo tiene la carga de defenderse de la calificación jurídica establecida en el auto de apertura a juicio; y para que el juez pueda condenar con base en la calificación jurídica distinta sostenida por el acusador, deberá antes advertir al acusado la posibilidad de cambiar la calificación jurídica, para salvaguardar su derecho a la defensa.

---

<sup>62</sup> En un caso en que la calificación jurídica provisional dada a los hechos en el auto de apertura a juicio fue la de homicidio simple, mientras el fiscal sostenía la de homicidio calificado, la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia anuló la sentencia de primera instancia porque condenó por esta última calificación sin advertir previamente la posibilidad de cambio de calificación jurídica, aun cuando la nueva calificación había sido considerada por el fiscal. En efecto, sostuvo la Sala: "... si bien es cierto, que en el caso de autos, fue el representante de la Vindicta Pública, quien en el Juicio Oral ratificó la acusación presentada originalmente (homicidio calificado), no estando de acuerdo con la calificación provisional que en el Auto de Apertura a Juicio decretó el Juez de Control (Homicidio Intencional), pudiendo entonces en este caso, el sentenciador advertir al acusado del cambio de calificación considerado por el Ministerio Público, realizar una interpretación extensiva de la norma, para así no violentar el derecho a la defensa del acusado (... )

Lo contrario equivaldría a someter al acusado a una defensa incierta, pues no queda en manos de las partes la calificación jurídica de los hechos, sino en manos del Juez Presidente. Y mientras éste no haga la advertencia e imposición de los derechos procesales antes señalados, el acusado y su defensor ejercerán una defensa limitada, dada la incertidumbre del planteamiento de la parte acusadora, sin respaldo jurisdiccional" (Sentencia No. 729 de fecha 19 de diciembre de 2005 emanada de la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, con ponencia de la Magistrada Dra. Deyanira Nieves Bastidas).

En cambio, Roxin (2000, p. 368) sostiene que "... la advertencia es, incluso, innecesaria, cuando los mismos intervinientes en el proceso han hablado ya de esa modificación...".

2.3 ¿Constituye la advertencia de posibilidad de cambio de calificación jurídica una excepción al principio acusatorio?

Algunos autores se han planteado la interrogante de si la advertencia realizada por el juez en torno al posible cambio de calificación jurídica, viola el principio acusatorio.

Sin embargo, como vimos, el principio acusatorio implica que los hechos deben ser introducidos al proceso por las partes, no así la calificación jurídica de aquéllos, que es de la competencia del tribunal.

En tal sentido, la doctrina mayoritaria, apoyándose en Gómez Orbaneja, considera que tal advertencia no es una excepción, sino más bien una corroboración del principio acusatorio, dado que el juez sólo puede cambiar la calificación jurídica, no así los hechos, los cuales deben permanecer inmutables en lo esencial. Así, Armenta (2003, p. 76) considera que:

“...si bien, como ya se explicó, la utilización de la tesis puede interpretarse como una manera de desvincularse de la acusación, lo que implicaría así entendido una manifestación inquisitorial; creo, sin embargo, de acuerdo con la doctrina que se cita, que lejos de una excepción al sistema acusatorio es una corroboración del mismo, ya que siempre se actuará en los límites del hecho sustancial delimitador del objeto del proceso penal”.

Por su parte, Montero, et. al. (2000, p. 272) afirma que.

“...la doctrina más solvente entiende que la norma (art. 733 LEC) no es una excepción, sino una corroboración del principio acusatorio, porque la tesis del tribunal es sobre “el hecho justiciable” o elemento esencial del objeto del proceso, que en ningún caso puede modificarlo o variarlo. Por tanto, el tribunal tiene siempre como límite los hechos esenciales”

Sin embargo, el tribunal debe advertir a las partes la posibilidad de un cambio en la calificación jurídica, para salvaguardar el principio de contradicción, el cual, como dijimos, consiste en la posibilidad de someter a debate todo dato fáctico o jurídico capaz de influir en la sentencia.

#### 2.4 ¿Procede la advertencia en caso de variación *in bonus*?

La advertencia deberá hacerse incluso en caso de que la nueva calificación jurídica sea más favorable al acusado, puesto que éste tiene también derecho a defenderse contra aquélla. En tal sentido, Pérez M. (2002, p. 14) sostiene que: “... cualquier variación del *títulus condemnationis* deberá ser sometida a debate (no sólo la variación *in peius* sino también la variación *in melius*), incluyendo las referentes al grado de ejecución o de participación, para evitar vulnerar el principio de contradicción”.

Y, más adelante, señala que “... la parte acusadora sufre indefensión cuando el tribunal condena por un delito menos grave que el que fue objeto de acusación, puesto que le hurta la posibilidad de argumentar lo que mejor

convenga a su derecho para evitar la minusvaloración del hecho delictivo...”  
(Pérez M., 2002, p. 15).

Por su parte, Roxin (2000, p. 367) afirma que: “para el deber de advertencia es indiferente que el tribunal sostenga la existencia de un delito más grave o de uno más leve, en comparación con la acusación, pues, en general, también un delito más leve exigirá modificar la defensa...”.

Por otra parte, en un caso en que el juez de juicio omitió advertir a las partes el cambio de calificación jurídica de homicidio calificado a la de homicidio calificado en grado de complicidad correspectiva, el Tribunal Supremo de Justicia, esta vez en Sala de Casación Penal, estableció que en tales supuestos no era necesario hacer tal advertencia, pues el tribunal de juicio incurrió en un “error in bonus” que favorecía al acusado, ya que la calificación real era más benigna que la originalmente realizada, pudiendo el tribunal en todo momento sancionar por debajo de las pretensiones punitivas de las partes acusadoras (sentencia de fecha 03 de mayo de 2005).

Sin embargo, esta sentencia contó con un voto salvado de la Magistrada Blanca Rosa Mármol de León, quien consideró que el supuesto error en beneficio del acusado no era tal, pues éste no pudo ejercer su derecho a la defensa

respecto a las circunstancias de hecho distintas que subjetivamente consideró el juez.

Obsérvese asimismo que el artículo 350 del Código Orgánico Procesal Penal no circunscribe el deber de advertir a las partes la modificación posible de la calificación jurídica, a aquellos casos en que ésta implique una agravación de la pena, sino que se refiere a una calificación jurídica que no haya sido considerada por ninguna de las partes, independientemente de que la misma conlleve a una agravación o a una disminución de la pena aplicable.

Según la referida norma, el cambio de calificación jurídica deberá ser advertido al imputado siempre que sea distinta a la considerada por las partes, con independencia de la penalidad que apareje.

Sin embargo, excepcionalmente, no habrá necesidad de realizar la advertencia si los elementos que dieron lugar a la primera calificación jurídica, están contenidos íntegramente en la nueva calificación. Por ejemplo, en caso de que el tribunal de juicio estime que el arma de juguete (facsímil) no es un arma de fuego, y en consecuencia condene por robo genérico en lugar de por robo agravado; o si se elimina una agravante genérica, entre otros casos.

#### 2.5 Necesidad de que las partes acepten o asuman la nueva calificación.

Para que el tribunal pueda condenar con base en la nueva calificación jurídica, no es necesario que las partes la asuman o acepten. Como se indicó anteriormente, la calificación jurídica no forma parte del objeto procesal, por lo que su introducción en el proceso no es facultad de las partes.

De tal manera que el principio acusatorio no resulta lesionado si el juez condena con base en una nueva calificación jurídica no asumida o aceptada por las partes.

Lo único que se requiere es que el juez advierta previamente a las partes la posibilidad de cambio de calificación jurídica, pero ello a los fines de garantizar el derecho a la defensa.

Para Montero, et. al. (2000, p. 273), la interpretación conforme a la cual ello convertiría al órgano jurisdiccional en juez y parte, infringiendo el principio acusatorio, es dogmáticamente incorrecta, pues nada tiene que ver con dicho principio, siendo lo verdaderamente importante que no se alteren los hechos esenciales. El Tribunal, respetándolos, es el único autorizado legalmente para calificarlos.

## 2.6 ¿La advertencia es facultativa u obligatoria?

Pese a la redacción del artículo 350 del Código Orgánico Procesal Penal, la advertencia no es una facultad sino un deber del tribunal. En efecto, con base en el principio de legalidad es obligación del tribunal calificar los hechos del modo jurídicamente correcto.

En tal sentido, no se justifica el tener que condenar con base en un precepto penal erróneamente propuesto por las partes, en virtud de no haberse hecho oportunamente la advertencia de posibilidad de cambio de la calificación jurídica. Tampoco se justifica el tener que absolver por tal motivo.

En consecuencia, si el juez observa la posibilidad de que el hecho encuadre en otro tipo penal, está obligado a realizar la advertencia.<sup>63</sup>

Sobre este particular, Pérez M. (2002, p. 20) opina que:

---

<sup>63</sup> Tal como estableció la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia No. 1142 de fecha 09 de junio de 2005, con ponencia del Magistrado Dr. Jesús Eduardo Cabrera Romero: "...es deber esencial de los jueces aplicar la ley eficazmente. Esta labor no escapa a la justicia penal, ya que el artículo 13 del Código Orgánico Procesal Penal impone al juez la obligación de atenerse, al adoptar su decisión, a la finalidad del proceso. Dicha finalidad –en materia penal- está encaminada a establecer la verdad de los hechos por las vías jurídicas y la justicia en la aplicación del derecho. Este establecimiento de los hechos por las vías jurídicas, implica la adecuación de los mismos dentro del tipo penal que los prescribe punibles. El tipo penal o la tipicidad del hecho como delito, es la referencia a la conducta o comportamiento humano en su acción.

El juez penal debe respetar el tipo legal, castigando al sujeto cuya conducta se adecua a la descripción típica, o no haciéndolo debido a la falta de tipo en el proceder de éste. De allí que

“... el tribunal está obligado a plantear la tesis en todos los supuestos en que considere que existe un error en la calificación jurídica (ya sea en beneficio o en perjuicio del acusado) para garantizar el principio de contradicción, permitiendo de este modo que las partes presenten sus nuevas alegaciones”.

Y, según Díaz (1996, pp. 399 y 400):

“... si el tribunal aprecia un error en la calificación y no emplea la tesis, la única solución posible, a la que se ve abocado, es la absolución (...).

En definitiva, y sea cual sea la postura teórica que se adopte, la conclusión es idéntica, en los supuestos de errónea calificación jurídica o se introduce la tesis o procede la absolución.

De ahí que la respuesta al interrogante planteado sea que el empleo de la tesis del art. 733 pasa a convertirse en una obligación, ya que de otra manera, si su utilización fuera discrecional, supondría que el ejercicio del “ius puniendi” quedaría reservado a la voluntad del órgano jurisdiccional. O con otras palabras, si el empleo de la tesis no se concibe como una obligación ello significa que existe en nuestro ordenamiento una manifestación encubierta del principio de oportunidad que no es compatible con nuestro sistema procesal penal”.

## 2.7 Las calificaciones alternativas o subsidiarias.

En el último aparte del artículo 329 del Código Orgánico Procesal Penal derogado se establecía que “El Ministerio Público podrá indicar, alternativa o subsidiariamente, aquellas circunstancias de hecho que permitirían encuadrar el

---

el juez penal al decidir produce una doble valoración, por una parte verifica si la conducta ejecutada por el agente es una figura normativa, y por otra si es injusta o culpable”.

comportamiento del imputado en un tipo distinto de la ley penal, para el caso de que no resulten demostrados en el debate los elementos que configuran la calificación jurídica principal, a fin de posibilitar la defensa del imputado”.

En tal sentido, la sentencia era congruente, bien si condenaba de acuerdo con la calificación jurídica principal o bien si lo hacía de acuerdo con la calificación alternativa o subsidiaria.

Sin embargo, este aparte fue eliminado en la reforma del Código Orgánico Procesal penal del 14 de noviembre de 2001.<sup>64</sup>

---

<sup>64</sup> Según Maier (2004, V.1, p. 574): “las leyes argentinas no conocen – no describen en sus preceptos- la posibilidad de acusaciones subsidiarias o alternativas. Sin embargo, tampoco la prohíben, ni nada en la ley se opone a que el acusador proceda de esta manera, forma recomendable en estos casos conflictivos e, incluso, en aquéllos en los cuales el acusador no puede asegurar el éxito de su tesis principal y su fracaso no determina, necesariamente, la posibilidad de una condena por el mismo acontecimiento histórico...”. En cambio Leone (1963, V. 2, p. 400) parece no estar de acuerdo con las calificaciones alternativas cuando señala que: “...la alternativa, en sustancia, es falta de certeza, ya sea sobre el uno o sobre el otro de los términos de la alternativa; y la conducta penal no puede fundarse más que en una sola hipótesis que aspire a la certeza (... ) el ministerio público no puede imputar una y otra hipótesis de hecho en forma alternativa, sino que debe concentrar la imputación en una sola de las hipótesis”.

En igual sentido, en fecha 03 de agosto de 2004, la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, con ponencia de la Magistrada Dra. Blanca Rosa Mármol de León, estableció: “... En el caso de estudio, estamos en presencia de una acusación poco precisa, toda vez que inicialmente se acusa por homicidio culposo; luego otro fiscal amplía la acusación calificando el delito de homicidio intencional y “subsidiariamente homicidio culposo”.

La imprecisión a que se ha hecho referencia atenta contra el debido proceso en el juicio seguido contra el acusado, ya que tal falta de concreción no permite que éste se defienda de un hecho específico (... )

Considera la Sala que no se puede acusar de un delito y subsidiariamente por otro...”

En España son procedentes las calificaciones alternativas, a tenor de lo previsto en los artículos 762 y 653 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En el artículo 570 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y el Adolescente se establece que la acusación debe contener, entre otras menciones, la “indicación alternativa de figuras distintas par el caso de que no resultaren demostrados en el juicio los elementos que componen la calificación principal, a objeto de posibilitar la correcta defensa del imputado...”

En tal sentido, Delgado (2007, pp. 30 y 31) señala que:

“... Sí sería aceptable para el procedimiento de responsabilidad penal de adolescente la sustitución en la sentencia de un hecho punible por otro esencialmente distinto, siempre que esa eventual incorporación en el debate ya esté prevista y anunciada como posible en el mismo libelo acusatorio, ya que la LOPNA contempla, en su artículo 570. e), la posibilidad de incluir en la acusación una indicación alternativa de figuras distintas para el caso de no resultar en el juicio los elementos que componen la calificación principal, a objeto de posibilitar la correcta defensa del imputado”.

Obsérvese que la finalidad de esta figura es la misma del artículo 363 del Código Orgánico Procesal Penal, es decir, posibilitar la defensa del imputado.

3 ¿Es incongruente la sentencia si condena a una pena más grave que la solicitada por el acusador?

La doctrina es prácticamente unánime en que el juez puede imponer una pena más grave que la solicitada por el acusador, siempre y cuando se trate de la asignada legalmente al delito de que se trate.

En efecto, en primer lugar, conforme al principio de legalidad el juez debe imponer la pena legalmente establecida para el delito.

En segundo lugar, la pena no forma parte del objeto procesal, por lo que las peticiones de las partes respecto a la misma no vinculan al tribunal.

Sobre este particular, Pérez M. (2002, p. 13) considera que “En cuanto a la pena nos posicionamos a favor de la interpretación que mayor margen permite al tribunal sentenciador. Es decir, este órgano judicial debe ser libre para apreciar una distinta de la solicitada siempre que se corresponda con el delito imputado y esté prevista para el mismo en la ley sustantiva”.

Por su parte, Soto (1979, p. 162) considera que:

“...la sentencia puede imponer sanciones que sobrepasen en su duración o cuantía a la concretamente pedida por la acusación, siempre moviéndose dentro de los límites máximos marcados por la ley a cada pena en particular (...) asimismo, resulta hacedero acumular pena no instada por el actor cuando sea inherente al delito y por descuido haya sido silenciada en el escrito de calificación. Si la acusación limitó su solicitud de pena a un año, no es óbice para que, no rebasando el tope de

la prisión menor, el tribunal pueda imponer dos o más años de tal especie. La falta de solicitud de pena de multa o de permiso de conducir, anejas a un tipo delictual determinado, no supone atadura alguna para que el Tribunal las incorpore a su fallo, y no como algo potestativo, sino como un deber insoslayable..”

En este orden de ideas, pensamos que el tribunal debe imponer las penas accesorias que lleve aparejado el delito, independientemente de que el fiscal o el acusador privado no las hubieren solicitado. En tal sentido, cabe señalar que en el proceso penal es necesariamente accesoria a la pena principal la pérdida de los instrumentos o armas con que se cometió el hecho punible y de los efectos que de él provengan, por lo cual el tribunal deberá condenar a tal pena aun cuando las partes no la hayan pedido.<sup>65</sup>

Además, en el juicio penal la condena al pago de costas procesales es una pena necesariamente accesoria de toda pena principal, por lo que el tribunal deberá aplicarla aun cuando las partes no la hubieren requerido.<sup>66</sup>

Cabe señalar que a diferencia de lo que ocurre en España, donde en el escrito de calificación el fiscal debe especificar las penas que solicita para el procesado, en el Código Orgánico Procesal Penal el representante del Ministerio Público no está obligado a solicitar la imposición de una pena en particular, sino

---

<sup>65</sup> Art. 33 del Código Penal.

<sup>66</sup> Artículo 34 del Código Penal.

sólo “...el enjuiciamiento del imputado”, siendo la determinación e imposición de la pena materia exclusiva de la competencia del tribunal.

En cambio, en el literal g) del artículo 570 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, expresamente se indica que la acusación debe incluir “especificación de la sanción definitiva que se pide y el plazo para su cumplimiento”.

### CAPÍTULO III

#### EL ALCANCE DEL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA CON RELACIÓN A LOS ALEGATOS DEL ACUSADO Y SU DEFENSOR.

El tribunal está obligado a resolver todos los puntos fundamentales alegados por las partes, inclusive por supuesto en acusado y su defensor. Como sostiene Longa (2001, p. 519):

“

Por congruencia debe entenderse, en lenguaje procesal penal, la correspondencia formal que debe existir entre la sentencia dictada y el hecho y circunstancias descritos en la acusación, en su ampliación si la hubiere y en el auto de proceder. Para ser congruente, la sentencia debe ser exhaustiva, esto es, debe contener decisión sobre todos los alegatos de las partes, tanto los acusatorios como los de descargo” (Subrayado nuestro).

En igual sentido, Silva (1999, p. 375), citando a Gómez Lara, afirma que:

“...Una sentencia es exhaustiva (...), en cuanto haya tratado todas y cada una de las cuestiones planteadas por las partes, sin dejar de considerar ninguna.

La exhaustividad – afirma Fix Zamudio - consiste en la obligación del juzgador de examinar todas y cada una de las pretensiones formuladas por las partes, es decir, todos los aspectos de la controversia planteada por las mismas.

La exhaustividad, no opuesta en discusión, implica que sean o no procedentes las pretensiones de las partes, deben éstas ser examinadas. Si el defensor pretende se declare la legítima

defensa, el tribunal, aun cuando la desestime debe, con base en la exhaustividad, analizarla y no omitir su estudio”

Pues bien, a nuestro juicio la exhaustividad es uno de los aspectos o emanaciones del principio de congruencia. De tal manera que el juez debe pronunciarse en relación a todas y cada una de las pretensiones formuladas por las partes.

1.- Potestad del juez para apreciar eximentes no aducidas por el acusado o su defensor.

En Argentina, Maier (2004, V. 1, pp. 575 y 576) sostiene que:

“... el tribunal puede, en la sentencia y de oficio, introducir circunstancias que eliminen o aminoren la imputación, esto es, que beneficien al imputado. Es posible, así, que la sentencia incorpore, de oficio, si resultara del debate, una causa de justificación, o una de inculpabilidad, o una excusa absolutoria e, incluso, alguna que aminore la culpabilidad (la emoción violenta en el homicidio y lesiones (... )); en general, la disminución de la capacidad de comprender el hecho o dirigir las acciones) o, proviniendo de una justificante, transforme la reacción por el hecho (exceso, CP, 35)...”.

En Colombia, Devis (1987, p. 245) afirma que el Juez debe tomar en cuenta circunstancias favorables al acusado que éste no haya aducido, por lo que no existirían excepciones de mérito en el proceso penal. En efecto, según este autor:

“En el derecho procesal penal no puede concebirse una excepción de mérito que sea apenas un poder de la parte para obligar al juez a que la considere y sin cuya iniciativa no podría este declararla, tal como la doctrina europea la entiende (... ), por que es obligación del juez relevar aun aquellas circunstancias favorables al procesado que éste no haya aducido; por tanto, sólo pueden existir excepciones en sentido impropio...”

En tal sentido, el juez puede tomar en cuenta defensas de fondo, tales como causas de justificación o de inculpabilidad, sin necesidad de que el acusado o su defensor las hayan aducido.

Por otra parte, el artículo 733 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española obliga al juez presidente del tribunal a provocar la tesis en caso de circunstancias eximentes de responsabilidad no aducidas por el acusado o su defensa. Interpretando dicho artículo, Soto (1979, p. 157) señala que:

“Uno de los supuestos para los que viene concebida la necesidad de planteamiento de la tesis del artículo 733 es el de estimación por el tribunal de la concurrencia de una circunstancia eximente de responsabilidad que no fue aducida por el acusado y, en consecuencia, quedó sustraída a la temática del debate, privándose a la acusación de oportunidad alegatoria”.

Y, más adelante, plantea el caso de que el juez observe la eximente al momento de sentenciar, considerando que dado el deber de conciencia imperante sobre el juez al momento de emitir su fallo y la inspiración del logro de

la verdad material que envuelve toda la decisión del órgano decisor penal, el tribunal deberá absolver al procesado, no existiendo por lo demás en la ley motivo de casación alguno en el que fundar la indebida apreciación de eximentes por el Tribunal (Soto, 1979, pp. 157 y 158).

A su vez, Pérez M. (2002, p. 180) opina lo siguiente:

“El art. 733 LECrim recoge expresamente el supuesto en que el tribunal aprecie la concurrencia de una eximente. No existe por tanto ninguna duda de que el Legislador quiso que esta circunstancia se pusiera en conocimiento de las partes antes de que se dictara la sentencia.

No obstante, si el tribunal apreciase la eximente sin plantear previamente la tesis, no parece conveniente permitir un recurso de casación. Y que si el acusado ha sido absuelto con base en una eximente, creemos que ha de primar su derecho a no ser sometido por más tiempo a un proceso penal”.

No obstante, la doctrina española mayoritaria sostiene que, en caso de que el juez hubiere omitido el planteamiento de la tesis, puede absolver al acusado si en el momento de sentenciar se percatara de que existe una eximente, sin que dicha sentencia sea impugnada a través del recurso de casación.<sup>67</sup>

En el artículo 350 del Código Orgánico Procesal Penal no está prevista tal obligación para el juez presidente, por lo cual creemos que el tribunal podrá

---

<sup>67</sup> Soto, 1979, p. 157.

absolver con fundamento en una circunstancia eximente sin necesidad de advertir previamente a las partes la posibilidad de que aquella concurra.

2.- Facultad del juez para apreciar atenuantes no aducidas por el acusado y su defensor:

Como se señaló anteriormente, en Venezuela, de acuerdo con el principio de favorabilidad, el juez puede apreciar la atenuante no alegada por las partes que resulte acreditada en el debate, sin necesidad siquiera de hacer uso de la advertencia prevista en el artículo 350 del Código Orgánico Procesal Penal.

3.- Potestad del juez para apreciar excepciones no opuestas por el acusado y su defensor.

Aun cuando el principio de congruencia entre acusación y sentencia establecido en el artículo 363 del Código Orgánico Procesal Penal se circunscribe al hecho y las circunstancias descritas en la acusación, las cuales no pueden ser sobrepasadas por la sentencia de condena, nosotros creemos que el referido principio va más allá.

En efecto, de acuerdo con el principio de exhaustividad, la sentencia no sólo debe ser congruente con los alegatos del acusador, sino también con los del acusado y la defensa.

Entre los alegatos de la defensa se encuentran las excepciones, las cuales deberán ser resueltas por el juez, so pena de que la sentencia incurra en incongruencia negativa o *minus petita*.

Ahora bien, ¿puede el juez resolver de oficio excepciones no opuestas por las partes? ¿En tal caso, incurriría el juez en *ultrapetita*?

Maier (2004, V.1, p. 193) sostiene que las excepciones son la existencia de obstáculos o la carencia de presupuestos para la persecución penal. Y, más adelante, afirma que “una de las características procesales que se adjudica a los presupuestos procesales en materia penal es la posibilidad de que el tribunal los examine de oficio, sin necesidad de excitación extraña” (Maier, 2004, V. 1, p. 89).

Por su parte, Villasmil (1986, p. 59) asevera que:

“... por excepciones debemos entender a ciertos hechos o alegatos que el demandado hace valer con el propósito de modificar, impedir o diferir el examen del mérito de la causa, hasta tanto se subsane la falta de determinados presupuestos procesales, tales como la competencia del órgano jurisdiccional, la capacidad de las partes y la adecuada u oportuna petición”

Di Totto (2001, p. 144), siguiendo a Calamandrei, sostiene que las excepciones son:

“...medios de defensa que se oponen a la persecución penal mediante la invocación de la inexistencia de alguno de los presupuestos procesales indispensables para instaurar un debido proceso, o que se ponen de manifiesto para enfrentar la actividad ilegal del promovente de la acción penal. El fundamento de las excepciones radica en la necesidad de que existan previamente a la iniciación del proceso, ciertas condiciones fundamentales que hagan desaparecer cualquier vestigio de deslegitimidad”

En igual sentido, el Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Constitucional, estableció en una decisión de fecha 09 de febrero de 2007, con ponencia de la Magistrada Dra. Carmen Zuleta de Merchán, que las excepciones:

“...configuran un poder defensivo conferido al sujeto perseguido penalmente para impedir la constitución o continuación de la relación jurídica procesal, por razones procesales. Es por ello, que el Código Orgánico Procesal Penal las denomina como obstáculos al ejercicio de la acción penal...”

En conclusión, las excepciones son medios de defensa que se oponen a la persecución penal por faltar un presupuesto procesal. Ellas impiden la constitución o continuación de la relación procesal por razones estrictamente

procesales, por lo cual el tribunal no entra a conocer el fondo de lo debatido, y pueden ser resueltas de oficio por el órgano jurisdiccional.<sup>68</sup>

---

<sup>68</sup> Según Roxin (2000, pp. 171 y 172), “En principio la existencia de todos los presupuestos procesales, en sentido amplio, debe ser verificada de oficio en cada etapa del procedimiento (... ) Con prescindencia del caso especial de los §§ 6ª y 16, 2, no hay excepciones procesales que deban ser consideradas por el tribunal sólo cuando el imputado haya apelado a ellas” Según Borjas (1947, V.2, pp. 255 y 256): “Tanto en lo civil como en lo criminal, las excepciones de previo pronunciamiento, esto es, las dilatorias y las de inadmisibilidad, han de ser resueltas antes de que se pronuncie el fallo definitivo, porque precisamente tienen ellas por objeto negar el derecho que se alega tener para la promoción de la acción deducida, o, sin negarlo, retardar el ejercicio de ella, paralizando temporalmente el curso del procedimiento. Pero si en lo civil, materia en que los Jueces no obran de oficio, sino a instancia de parte es menester que éstas promuevan in limine litis la articulación incidental con que se pretenda paralizar el juicio o impedir que se le dé entrada, en lo criminal, en que, al contrario, los Jueces están obligados a ejercer siempre su noble oficio, escudriñando la verdad y proclamando sus dictados aun cuando las partes no lo hayan pedido, las excepciones previas no requieren ser opuestas sine qua non en la audiencia del reo, ni ser sustanciadas y decididas siempre de modo incidental, pues el tribunal puede en todo estado y grado del proceso declarar su procedencia y los encausados pedir que se las sustancie junto con el juicio principal, durante el curso de éste, que así no se paralizaría, decidiéndoselas como punto previo al pronunciarse la sentencia definitiva”

Por su parte, Véscovi (1984, p. 100) sostiene que: “... lo específico del proceso penal es que dichas excepciones son muy restringidas e inevitablemente taxativas. Como lo requiere el más fuerte interés público en el juzgamiento penal, que trata de evitar la posible dilación proveniente del acusado.

No obstante esa taxatividad y conforme a la teoría general ya desarrollada, ello no impide que se plantee la falta de algún presupuesto procesal y que este planteo de la parte (también podrá ser de oficio por el tribunal) tenga el mismo efecto procesal de la excepción. O sea, que puede provocar un incidente y, en definitiva, obstar al pronunciamiento de una sentencia válida.

Ciertos autores entienden que, en razón del prevaleciente interés público del proceso penal, todas las excepciones pueden ser hechas valer de oficio, por el tribunal (Clariá Olmedo). En realidad, si examinamos individualmente dichas excepciones, vemos que en cada una aparece una razón para que así sea, como lo será también, en caso igual, en el proceso civil”.

A su vez, Clariá (2004, V. 3, p. 23), señala que en el proceso penal las excepciones “...son obstáculo para el desarrollo del proceso, y pueden ser tanto articuladas por cualquiera de las partes como relevadas de oficio por el tribunal. Es una consecuencia del principio de oficialidad”.

Devis (1988, p. 479), por su parte, opina que “... En materia penal no opera la excepción en sentido estricto (...) y el Juez oficiosamente debe considerar todas las defensas del sindicado o imputado. Por lo tanto nunca hay incongruencia por este respecto...”

Y Beling (s/f, p. 78), en igual sentido, sostiene: “... El tribunal debe examinar en cada situación procesal, de oficio, si la relación procesal está en orden (...) y si existen los presupuestos del derecho a la acción penal en sentido estricto. No importa que el inculcado llame o no la atención sobre los defectos...”

En el proceso penal venezolano, las excepciones están previstas en el artículo 28 del Código Orgánico Procesal Penal<sup>69</sup>. Ahora bien, en el artículo 32 del referido instrumento legal se establece:

---

<sup>69</sup> ART. 28.—**Excepciones.** “Durante la fase preparatoria, ante el Juez de control, y en las demás fases del proceso, ante el tribunal competente, en las oportunidades previstas, las partes podrán oponerse a la persecución penal, mediante las siguientes excepciones de previo y especial pronunciamiento:

1. La existencia de la cuestión prejudicial prevista en el artículo 35;
2. La falta de jurisdicción;
3. La incompetencia del tribunal;
4. Acción promovida ilegalmente, que sólo podrá ser declarada por las siguientes causas:
  - a) La cosa juzgada;
  - b) Nueva persecución contra el imputado, salvo los casos dispuestos en los numerales 1 y 2 del artículo 20;
  - c) Cuando la denuncia, la querrela de la víctima, la acusación fiscal, la acusación particular propia de la víctima o su acusación privada, se basen en hechos que no revisten carácter penal;
  - d) Prohibición legal de intentar la acción propuesta;
  - e) Incumplimiento de los requisitos de procedibilidad para intentar la acción;
  - f) Falta de legitimación o capacidad de la víctima para intentar la acción;
  - g) Falta de capacidad del imputado;
  - h) La caducidad de la acción penal;
  - i) Falta de requisitos formales para intentar la acusación fiscal, la acusación particular propia de la víctima o la acusación privada, siempre y cuando éstos no puedan ser corregidos, o no hayan sido corregidos en la oportunidad a que se contraen los artículos 330 y 412;
5. La Extinción de la acción penal; y
6. El indulto.

“El juez de control o el juez o tribunal competente, durante la fase intermedia o durante la fase de juicio oral, podrá asumir de oficio la solución de aquellas excepciones que no hayan sido opuestas, siempre que la cuestión, por su naturaleza, no requiera de instancia de parte”

Comentando esta norma, Pérez, E. (2007, pp. 109 y 110) señala que pueden ser declaradas de oficio por el juez las siguientes excepciones: 1) falta de jurisdicción, incompetencia del tribunal, prejudicialidad, prescripción y caducidad, amnistía e indulto y existencia de defectos formales en las acusaciones del fiscal y de la víctima; en cambio, según el referido autor, no puede declararse de oficio la no delictuosidad de los hechos imputados, la cosa juzgada, la falta de cualidad o legitimación de las partes.

Según Moreno (2004, pp. 47 a 69) pueden ser resueltas de oficio la falta de jurisdicción, la incompetencia del tribunal, la cosa juzgada, la caducidad de la acción penal y la prescripción.

Nosotros creemos que todas las excepciones previstas en el artículo 28 del Código Orgánico Procesal Penal, pueden ser asumidas de oficio por el juez,

aun cuando, tal como señala Maier<sup>70</sup>, en las oportunidades establecidas a tales fines.<sup>71</sup>

Incluso, a diferencia de lo que sostiene Pérez (2007, pp. 109 y 110), pensamos que la excepción prevista en el artículo 28, numeral 4, literal c, del Código Orgánico Procesal Penal (vale decir, cuando la denuncia, querrela de la víctima, acusación fiscal, acusación particular propia o acusación privada, se basen en hechos que no revisten carácter penal), debe ser asumida de oficio por el Juez, cuando no haya sido planteada por alguna de las partes, en virtud de la vigencia en el proceso penal del principio *iura novit curia*.

En efecto, la acción penal sólo puede ser incoada en caso de hechos que, hipotéticamente considerados, parecen encuadrar en un tipo penal<sup>72</sup>. Si el hecho narrado en la acusación constituye claramente, por ejemplo, un ilícito civil, no puede ser objeto de un proceso penal.<sup>73</sup>

---

<sup>70</sup> (Maier, 2004, V.2, pp. 89 y 90)

<sup>71</sup> Por ejemplo, de acuerdo al artículo 67 del Código Orgánico Procesal Penal, la incompetencia por la materia debe ser declarada por el tribunal de oficio o a solicitud del Ministerio Público o del imputado, hasta el inicio del debate.

<sup>72</sup> Como sostiene Beling (s/f, p. 85), el objeto del proceso penal es el asunto de la vida en torno del cual gira el proceso, debiendo ser éste un asunto penal, vale decir: "...un asunto hipotético de la vida encuadrado en el Derecho Penal, puesto que sólo el proceso mismo nos enseña qué hechos reales han acaecido efectivamente y si, por lo tanto, existe o no existe punibilidad". Si el hecho hipotéticamente considerado no encuadra en un tipo penal, no podrá ser objeto de un proceso penal.

<sup>73</sup> Avala esta posición lo establecido en el artículo 301 del Código Orgánico Procesal Penal, conforme al cual: "El Ministerio Público, dentro de los quince días siguientes a la recepción de la denuncia o querrela, solicitará al Juez de control, mediante escrito motivado, su desestimación, cuando el hecho no revista carácter penal o cuya acción está evidentemente prescrita o exista un obstáculo legal para el desarrollo del proceso..."

Sin embargo, creemos que esta excepción procede en casos de atipicidad absoluta del hecho (vale decir, ausencia total de tipo que describa el comportamiento), mas no así en casos de atipicidad relativa, es decir, cuando el hecho sí está previsto en la Ley como punible, pero le falta alguno de los elementos del tipo.

Ello, en efecto, requeriría de una actividad probatoria y, aun establecida la falta del elemento típico, podría no obstante el hecho encuadrar en otro tipo penal.<sup>74</sup>

La única excepción que, según el Código Orgánico Procesal Penal, sólo puede ser declarada a instancia de parte es la falta de jurisdicción de los tribunales venezolanos<sup>75</sup>. Sin embargo, creemos que al ser la jurisdicción el presupuesto procesal básico sobre el cual se construye todo el andamiaje de un

---

<sup>74</sup> Como sostiene Reyes (1989, 264), "En la primera hipótesis [atipicidad relativa], el hecho denunciado generalmente da lugar a la iniciación de proceso y sólo más tarde se descubre su inadecuación típica; en la segunda [atipicidad absoluta] el hecho no genera investigación, o al menos determina un auto inhibitorio, porque el hecho "no está previsto en la ley como infracción"..."

<sup>75</sup> Art. 55 del Código Orgánico Procesal Penal.

proceso penal válido<sup>76</sup>, la falta de jurisdicción también podrá ser asumida de oficio por el tribunal.<sup>77</sup>

Como sostiene Pérez (2007, p. 151):

“... la falta de jurisdicción, en tanto es el presupuesto fundamental de la cognición, es declarable también de oficio por ministerio del orden natural de las cosas, pues a la Jurisdicción penal de un Estado cualquiera le es ajeno todo lo que no sea delito y todo delito que no afecte de manera alguna el orden público de ese Estado, en sus dos aspectos fundamentales, la convivencia social interna y las obligaciones contraídas en materia de seguridad internacional”<sup>78</sup>

En consecuencia, todas las excepciones previstas en el artículo 28 del Código Orgánico Procesal Penal, pueden ser resueltas de oficio por el tribunal, sin que éste incurra en *ultrapetita*.

---

<sup>76</sup> Como afirma Prieto-Castro (1989, p. 45), “La existencia de poder jurisdiccional o jurisdicción en el órgano actuante es presupuesto del proceso penal o también se podría decir a la inversa: este no es posible sin jurisdicción”

<sup>77</sup> El artículo 59 del Código de Procedimiento Civil establece que la falta de jurisdicción del juez respecto de la administración pública o del juez venezolano respecto del juez extranjero, cuando se trate de casos que tienen por objeto bienes inmuebles situados en el extranjero, es declarable aun de oficio en cualquier estado e instancia del proceso.

<sup>78</sup> En igual sentido, Borrego (2006, pp. 201 y 202) sostiene que “Atendiendo a la semblanza ofrecida por la Constitución del 99 es forzado decir que la jurisdicción, en lo que concierne al área penal por su estricto carácter de orden público, es un presupuesto que implica y connota la función judicial como única facultada para resolver los conflictos jurídico penales. De modo que cualquier acto que sea contrario a esa determinación tendrá que considerarse anulado, vale decir inexistente...”

Rivera (2003, p. 778) sostiene que la Jurisdicción es un presupuesto procesal, y asevera que: “El tribunal, si advierte que carece de jurisdicción debe declararlo de oficio, sin esperar que la aleguen las partes. Puede suceder que las partes por error de derecho o ignorancia no la aleguen y se construya un proceso inválido que puede ser anulado porque el juzgado carecía de jurisdicción”

## CAPÍTULO IV

### EL VICIO DE INCONGRUENCIA Y LOS REMEDIOS PROCESALES QUE PROCEDEN CONTRA LA SENTENCIA INCONGRUENTE

#### 1 La incongruencia. Definición.

Según Cuenca (1980, p. 129):

“la incongruencia, como vicio del fallo, es la desacertada relación entre dos términos, litis y sentencia. Más sencillamente entendida, la incongruencia es un error de concordancia lógica y jurídica entre la pretensión y la sentencia que nuestro ordenamiento impone al exigir éste que sea dictada “con arreglo a las acciones deducidas y a las excepciones o defensas opuestas”.

#### 2. Naturaleza jurídica del vicio de incongruencia.

Según Devis (1998, p. 54), la incongruencia es un error *in procedendo* o defecto procesal, que puede estar presente en cualquier providencia judicial y, si se trata de la sentencia, su remedio serían los recursos de apelación y casación.

Cuenca (1980, pp. 129 a 132) también la incluye en el capítulo relativo a los motivos de casación por quebrantamiento de forma.

Conforme a lo establecido en el ordinal 1° del artículo 313 del Código de Procedimiento Civil, la incongruencia en cualquiera de sus modalidades es un vicio de forma o error *in procedendo*, que constituye motivo de casación por quebrantamiento o defecto de forma.

En el derogado Código de Enjuiciamiento Criminal, la incongruencia, tanto positiva como negativa, era motivo de recurso de casación por quebrantamiento de forma, con base en lo establecido en los ordinales 1° y 5°, conforme a los cuales:

“Se entenderá que hay quebrantamiento de trámites procedimentales, suficientes para fundamentar el recurso de forma, únicamente en los siguientes casos: 1° Cuando no se resuelva en la sentencia sobre todos los puntos esenciales que hayan sido objeto de los cargos del Ministerio Público, de la acusación privada y de la reclamación civil o que hayan sido alegados por el procesado o su defensor<sup>79</sup> (...) 5° Cuando el

---

<sup>79</sup> Según Angulo (1973, p. 509), en este caso “...se dice que el fallo accionado ha incurrido en omisión de pronunciamiento. Claro es que la parte fundamental del proceso en esta materia está concretada a los cargos y a las imputaciones que se le hacen al reo de parte del Fiscal del Ministerio Público o del acusador cuando lo hubiere y frente a esas imputaciones, los descargos del reo, sus alegatos, sus excepciones, etc., ese es el problema fundamental planteado, por consiguiente cuando ha habido en la sentencia omisión de pronunciamiento sobre esos tópicos fundamentales controvertidos, la sentencia tiene un vicio de forma fundamental, porque debe recaer sobre los hechos alegados o probados.

Una cosa que debe tener en cuenta todo sentenciador es decidir de una manera expresa, prisa y categórica todas las cuestiones que susciten la acusación y la defensa; al menos todo aquello que sea fundamental, en que el fiscal y el acusador fundamenten su impugnación o la imputación que hagan al procesado, y todos aquellos alegatos o defensas en que el reo haga su descargo y que tengan por consecuencia su absolución, una disminución de la pena o el sobreseimiento. Esos son los elementos que constituyen el tema fundamental del juicio; la omisión de pronunciamiento sobre ellos es el vicio esencial que constituye un defecto de forma de la sentencia...”.

fallo se refiera a un hecho distinto del imputado al procesado en los cargos...”<sup>80</sup>

En cambio, Vescovi (1988, p. 258) opina que la incongruencia es un error de fondo o *in iudicando*. En efecto, para este autor:

“En cuanto a la falta de congruencia y violación de la cosa juzgada son, indudablemente, violaciones de la norma de derecho, pues ambos institutos están consagrados como regla para el juez en la Legislación positiva (arts. 489 y 492, C.P.C.). La duda consiste en establecer si en realidad se trata de infracciones de forma o de fondo; la cuestión es muy dudosa y la doctrina es oscilante. No obstante, hemos optado por cambiar nuestra opinión primitiva, inclinándonos, ahora, por considerar que estamos ante un error de fondo, esto es, del juicio, en cuyo caso estamos ante una injusticia”.

Por nuestra parte, creemos que en general la incongruencia es un error *in procedendo*.

---

<sup>80</sup> En efecto, el art. 295 del derogado CEC establecía “la sentencia no puede recaer sino sobre el hecho o hechos que se hubieren imputado al reo en los cargos, sin extenderse a otros distintos, mas, en cuanto a la calificación jurídica de aquellos hechos y su correspondiente penalidad, el tribunal puede atribuirle otra distinta de la que en los cargos le hubiere dado el Representante del Ministerio Público o la acusación, todo según la naturaleza y carácter del hecho, las circunstancias en que fue ejecutado y las pruebas que aparezcan en el expediente...” Sobre esta norma sostiene Angulo (1973, p. 512): “...Sabemos que la sentencia o sentencias no pueden recaer sin o sobre el hecho o hechos imputados al reo en los cargos, de conformidad con lo que pauta el artículo 295 del Código de Enjuiciamiento Criminal. Una sentencia que condena a un procesado por un hecho que no es el que se le ha imputado en los cargos, incurriría en un vicio de forma fundamental, porque no estaría sentenciando conforme a la regla general y universal: *secundum alegatum y probatum*: según lo alegado y probado. Pero una cosa es que el juez a los hechos imputados al reo en los cargos le diera una calificación jurídica diferente a la que le dio el fiscal del Ministerio Público o el acusador en las causas de acción privada y la que le da en su propia sentencia. Ya hemos dicho que el Fiscal del Ministerio Público puede en su escrito de cargos, considerar por ejemplo que los hechos constantes de autos constituyen un homicidio frustrado; el juez en su sentencia puede sostener que esos hechos constituyen una tentativa de homicidio; en ese caso hay diversidad de calificación pero los hechos son los mismos; el juez de acuerdo con la norma que citábamos antes, el artículo 295, tiene facultad para dar a los hechos una calificación jurídica distinta de aquella que le dio el fiscal o el acusador, siempre que se trate de los mismos hechos, puesto que si condenara al reo por hechos diferentes, su sentencia estaría viciada...”.

### 3 Clases de incongruencia.

Según Montero, et. al. (2000, p. 271), la infracción al principio de la congruencia puede ser por defecto (en caso de que el tribunal no se pronuncie sobre todas las peticiones formuladas por las partes) o por exceso (en caso de que el tribunal condene por hecho distinto al mencionado en la acusación).

Por su parte, Cuenca (1980, pp. 130 y 131) señala que en la doctrina española suele clasificarse la incongruencia en positiva (por exceso de lo que ha sido objeto del litigio o de la pretensión) y negativa (por disminución); aun cuando dicho autor considera que la sentencia que acuerda menos de lo solicitado no es incongruente.

Para Devis (1988, p. 53) habrá incongruencia por extrapetita tanto si en la sentencia se condena al acusado por el mismo delito imputado, pero por hecho distinto, como si se le condena por los mismos hechos, pero por delito distinto. En tal sentido, para este autor, la sentencia debe ser congruente tanto respecto a los hechos como en cuanto al derecho mencionado en la acusación.

En cambio, habrá incongruencia por *citrapetita* cuando la sentencia deje de resolver sobre alguna de las imputaciones formuladas al imputado antes del auto de proceder.<sup>81</sup>

Por su parte, Longa (2001, p. 519) sostiene que hay incongruencia positiva si la decisión se extiende más allá de los límites fijados por la acusación y su ampliación y por el auto de apertura a juicio, siendo subjetiva cuando la alteración del problema judicial se refiera a los sujetos del proceso y objetiva si atañe a los hechos objeto del juicio.

#### 4. Remedios procesales contra la sentencia incongruente.

La mayoría de los autores considera que la incongruencia es un error *in procedendo*, contra el cual proceden los recursos de apelación y casación.

Según Devis (1988, p. 54), si la incongruencia ocurre en una sentencia, el remedio consiste en los recursos de apelación y casación.

---

<sup>81</sup> Sin embargo, en su obra "*Compendio de Derecho Procesal*", este autor señala que "... en materia penal (se trata de dejar de resolver) sobre alguna imputación penal. Pero téngase en cuenta que la decisión puede existir implícitamente en la sentencia, caso en el cual no existirá incongruencia; esto puede ocurrir cuando en la parte motiva de la sentencia se trató el punto en forma de que aparezca el implícito rechazo de una pretensión o excepción, a pesar de no haberse dicho nada en la resolución final, y cuando la sentencia negó alguna pretensión o excepción que necesariamente implica el rechazo también de otra aun cuando no se diga nada sobre ésta en la parte resolutive e inclusive tampoco en la motiva. No se trata pues de una simple falta de conformidad literal" (Devis, 1987, p. 487).

En España, la incongruencia se establece como un motivo de casación por quebrantamiento de forma, en los numerales 3 y 4 del art. 851 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, conforme a los cuales:

Art. 851. “Podrá también interponerse el recurso de casación por la misma causa [quebrantamiento de forma]:

(...)

3º Cuando no se resuelva en ella (en la sentencia) sobre todos los puntos que hayan sido objeto de la acusación y la defensa.

4º Cuando se pene un delito más grave que el que haya sido objeto de la acusación, si el tribunal no hubiere procedido previamente como determina el artículo 733...”

Comentando esta norma, Montero, et. al (2000, pp. 380 y 381), señala que:

“Recoge el núm. 3 lo que ha dado en denominarse incongruencia omisiva o “fallo corto”, suponiendo que la sentencia no se pronuncie sobre todo lo que ha constituido objeto del proceso (delito principal, conexos, fallos incidentales o no –según los casos- pretensión civil acumulada) aunque debiendo contraerse siempre a puntos de derecho (calificación, formas de ejecución, grados de participación) ya que los de hecho integran otros motivos de casación y, además, sobre cuestiones que hayan sido planteadas en el momento y forma oportunos.

No podrá aducirse la incongruencia cuando la sentencia no se pronunciara sobre el objeto del proceso por falta de presupuestos procesales o por nulidad de actos así como cuando, por estimación de una de las tesis, aparezca implícitamente excluida la de la parte contraria no precisándose,

---

por tanto, de pronunciamiento expreso sobre ella; o en los supuestos de absolución o condena global, al suponer la resolución de todos los puntos conducentes a este fallo.

Sin embargo, podría estimarse incluido en este motivo la falta de correlación entre los hechos por los que se acusa y los que sirvieron de fundamento en la sentencia, si la omisión judicial fuera determinante de que se considerasen hechos distintos de aquellos por lo que se formuló la acusación.

En cuanto al alcance del núm. 4, podría calificarse como un supuesto de incongruencia “por exceso”, al sancionarse un delito más grave que el que fue objeto de la acusación si haber hecho uso el tribunal de la “tesis a la que se refiere el art. 733...”

En el derogado Código de Enjuiciamiento Criminal, se entendía que había quebrantamiento de trámites procedimentales suficiente para fundamentar el recurso de forma, entre otros casos, en los siguientes:

Art. 330:

1º Cuando no se resuelva en la sentencia sobre todos los puntos esenciales que hayan sido objeto de los cargos del Ministerio Público, de la acusación privada y de la reclamación civil o que hayan sido alegadas por el procesado o su defensor (...)

5º Cuando el fallo se refiera a un hecho distinto del imputado al procesado en los cargos...”

En el Código Orgánico Procesal Penal son procedentes los recursos de apelación y casación contra la sentencia incongruente.

En lo relativo al recurso de apelación, el mismo procede con fundamento en el numeral 3 del artículo 452 ejusdem, tanto cuando el tribunal condena por un hecho distinto al descrito en la acusación, como cuando el tribunal condena en

virtud de un precepto legal distinto al invocado en la acusación sin realizar la advertencia previa a que se refiere el artículo 350 del Código Orgánico Procesal Penal.

En ambos casos, la corte de apelaciones anulará la sentencia impugnada y ordenará la celebración del juicio oral ante un Juez en el mismo circuito judicial, distinto del que la pronunció, a tenor de lo previsto en el artículo 457 del texto adjetivo penal.

En cuanto al recurso de casación, éste procede con fundamento en el artículo 460 encabezamiento del Código Orgánico Procesal Penal, por falta de aplicación de los artículos 363 y/o 350 del Código Orgánico Procesal Penal, según sea el caso, y dado que se trata de defecto del procedimiento sólo será admisible si el interesado ha reclamado oportunamente su subsanación, conforme a lo previsto en el único aparte del citado artículo 460.

Si la sentencia declara con lugar el recurso, el Tribunal Supremo de Justicia anulará la sentencia impugnada y ordenará la celebración del juicio oral ante un nuevo tribunal, de acuerdo a lo establecido en el artículo 467 del Código Orgánico Procesal Penal.

## CAPÍTULO V

### LA CONGRUENCIA Y SU RELACIÓN CON OTRAS FIGURAS PROCESALES

#### 1 Congruencia y responsabilidad civil.

En lo relativo a la responsabilidad civil derivada del delito, rige plenamente el principio dispositivo, por lo que el juez deberá atenerse a “todo lo pedido y sólo sobre lo pedido por las partes”, no pudiendo condenar al pago de más de lo solicitado por éstas, ni siquiera utilizado la facultad prevista en el artículo 363 del Código Orgánico Procesal Penal. Así, Soto (1979, p. 204) sostiene que:

“...la correlación entre acusación y sentencia, con los límites a que nos venimos refiriendo, y con la ineludible necesidad de suscitación de la tesis si se trata de penar por un delito más grave que el que fue objeto de la acusación, no es transplantable analógicamente al supuesto de que el tribunal provea a la responsabilidad civil con el señalamiento de un “quantum” excedente del fijado por las partes”.

Por su parte, Montero (et. al. 2001, p. 551) sostiene que:

“... en el proceso penal puede acumularse una pretensión civil relativa a las responsabilidades jurídico-privadas derivadas del acto ilícito. Las exigencias de la correlación respecto a esa pretensión se aproxima a las de la congruencia civil, aunque con las siguientes especialidades:

(...)

2) El pronunciamiento ha de referirse y limitarse al objeto del proceso, que ahora sí es una pretensión procesal en la que tienen relevancia tanto la causa de pedir como la petición, incurriéndose en incongruencia por exceso si el pronunciamiento se refiere a una pretensión no interpuesta en

las calificaciones o si condena a una indemnización en cantidad superior a la pedida; e incurriéndose en incongruencia por omisión si se elude toda mención de la pretensión impuesta y si el pronunciamiento consiste simplemente en decir que el responsable penal de un delito lo es también civilmente, no habiendo incongruencia si la sentencia contiene una condena genérica a reserva de liquidación”.

En el artículo 51 del Código Orgánico Procesal Penal, se establece que la acción civil se ejercerá una vez que la sentencia penal quede firme, sin perjuicio del derecho de la víctima de demandar ante la jurisdicción civil.

Dicha acción se ejerce a través de una demanda interpuesta ante el juez unipersonal o el juez presidente del tribunal que dictó la sentencia condenatoria, tal como dispone el artículo 422 del Código Orgánico Procesal Penal.

Objeto de esta demanda será cualquiera de los establecidos en el artículo 120 del Código Penal, o incluso varios o todos ellos.

Ahora bien, aun cuando de acuerdo a lo establecido en el Código Penal, pareciera que el juez tiene amplias facultades para fijar el monto de la reparación o la indemnización, y el pago de los deterioros o menoscabos que hubiere sufrido la cosa en caso de restitución, en el Código Orgánico Procesal Penal se observa una mayor influencia del principio dispositivo, siendo que en el artículo 423 numeral 6 se establece que la demanda civil deberá expresar la reparación deseada y, en su caso, el monto de la indemnización reclamada; además, si el

demandante o su representante no comparecen a la audiencia de conciliación, se tendrá por desistida la demanda y se archivarán las actuaciones.

## 2 Congruencia y delitos de acción dependiente de instancia de parte.

En el procedimiento por delito de acción dependiente de instancia de parte, el juez está vinculado por la calificación jurídica invocada por las partes, de modo que si ésta es errónea no podrá subsanarla ni siquiera haciendo uso de la facultad prevista en el artículo 363 del Código Orgánico Procesal Penal.

Si el delito resulta ser de acción pública, la acusación privada será declarada inadmisibile, tal como lo ordena el art. 405 del Código Orgánico Procesal Penal. Sin embargo, el juez deberá formular la correspondiente denuncia (ver artículo 287, numeral 2, del Código Orgánico Procesal Penal).

Si el acusador privado no prueba el delito objeto de la acusación, el tribunal deberá absolver, aun cuando observe que el hecho encuadra en otro delito de acción privada o de acción pública. Pero, en este último caso, deberá igualmente formular la denuncia ante el órgano competente.

En el artículo 733 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española, se establece que la facultad contenida en dicha norma – similar a la prevista en el

artículo 350 del Código Orgánico Procesal Penal- no se extiende a las causas por delitos que sólo pueden perseguirse a instancia de parte.<sup>82</sup>

En el único aparte del artículo 295 del derogado Código de Enjuiciamiento Criminal, se establecía lo siguiente:

“Sin embargo, en las causas de acción privada se absolverá al reo cuando el hecho punible no corresponda a la calificación jurídica que le dio el acusador, ni a otro que apareje menor pena y se halle previsto en algunas de las disposiciones comprendidas en el mismo Capítulo del Código Penal que contengan los artículos citados por el acusador, o en el que contenga disposiciones comunes a dicho Capítulo y a otros sobre materia análoga”

Como se observa, en este Código se establecía como regla general la absolución en caso de que el hecho punible no correspondiera a la calificación jurídica que le dio el acusador en las causas de acción privada.

Sin embargo, el tribunal podía condenar si el hecho encuadraba en un tipo que aparejase menor pena y se hallare previsto en alguna de las disposiciones comprendidas en el mismo capítulo del Código Penal que contengan los artículos

---

<sup>82</sup> En el Código Orgánico Procesal Penal no existe una disposición similar. Sin embargo, creemos que en nuestro proceso penal el juez tiene el mismo impedimento, dados los principios que rigen el procedimiento por delitos de acción dependiente de instancia de parte, en el cual el órgano jurisdiccional se encuentra estrictamente vinculado por las peticiones de las partes, operando incluso el desistimiento y el abandono de la acusación privada.

citados por el acusador, o en el que contenga disposiciones comunes a dicho Capítulo y a otros sobre materia análoga.<sup>83</sup>

Creemos que en el procedimiento por delitos de acción dependiente de instancia de parte, la vinculación del juez con las pretensiones de las partes es incluso mayor que en el procedimiento civil, dado que en este el juez es libre en lo que se refiere al Derecho aplicable, mientras que en aquél, si el acusador califica erróneamente los hechos, el juez deberá absolver.

### 3 Congruencia y retiro de la acusación.

No hay acuerdo en la doctrina en cuanto a los efectos que produce el retiro de la acusación. Algunos sostienen que ello impide al tribunal dictar sentencia

---

<sup>83</sup> Comentando esta disposición, Borjas (1947, V. 3, p. 47) señalaba: “No basta, en tal hipótesis, que el Acusador compruebe plenamente la perpetración de los hechos imputados por él al acusado, sino que, además, es menester la correcta calificación jurídica de ellos, por hallarse comprendidos dentro de los extremos que especifiquen el artículo o artículos del Código Penal que la Acusación considere aplicables al caso. Esta rigurosa concordancia entre el hecho delictuoso comprobado y su exacta calificación jurídica es explicable por la naturaleza de los juicios penales de acción privada. No puede prosperar la mencionada acción si no resulta plenamente demostrada por el acusador, y constituida como lo es por la imputación de determinados hechos y el pedimento de que sean castigados con determinada pena, no puede tenérsela por plenamente comprobada si cuando lo hayan sido los hechos delictuosos, la responsabilidad penal del acusado y el hecho jurídico de que aquéllos merecen la pena cuya imputación se reclama.

Hay analogía, completa analogía, en efecto, entre las acciones civiles y las penales privadas. El actor necesita en aquellos comprobar, no sólo tales o cuales hechos alegados como verdaderos, sino la relación fundamental que guardan con el derecho que se pretende tener, demostrando que esos hechos corresponden a todas las circunstancias en virtud de las cuales se han de producir los efectos jurídicos perseguidos en la demanda; y del mismo modo, para que prospere una acción penal privada, es indispensable que los hechos imputados al acusado correspondan a los que exige la ley para que pueda serle impuesta a éste la pena que contra él se invoca y declarársele reo del delito por el cual se le acusa”.

condenatoria, por cuanto iría en detrimento del principio acusatorio. Otros opinan que en tal caso el tribunal puede condenar, dado que ya se habrá ejercido la acción penal. Por ejemplo, Pérez E. (2002, p. 426) sostiene que:

“... cuando en el juicio oral el fiscal desiste de la acusación, si no hubiere acusador privado que sostenga la acusación, al juez no le queda más remedio que absolverlo en el acto y luego decir en la sentencia que se le absolvió por el desistimiento del fiscal y no como producto de la actuación judicial, pues al cesar el ejercicio de la acción penal respecto a un acusado concreto, el juez ya no puede pronunciarse sobre la culpabilidad o no de dicho acusado”.

Por su parte, Soto (1979, p. 214) afirma que en España el juez no puede hacer uso de la facultad establecida en el artículo 733 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el caso de que el fiscal retire la acusación. En tal sentido, según este autor, la respuesta mayoritaria es que, de ocurrir ello, el tribunal no podrá dictar sentencia condenatoria, ya que sin acusación no podrá haber sanción punitiva, por lo que la sentencia tendrá que ser necesariamente absolutoria.

En cambio, Pérez M. (2002, p. 187) opina que el tribunal no se encuentra vinculado por el retiro de la acusación efectuado por el fiscal. En efecto, según esta autora:

“Nos parecen más acertados sin embargo los argumentos que defienden la desvinculación del tribunal. Creemos que con la máxima vinculación se estaría convirtiendo a los acusadores en jueces, puesto que es función del órgano judicial valorar la prueba que ya se ha practicado y determinar si existe o no delito o culpabilidad. También aquí puede cometer un error el

acusador y por tanto el tribunal debe estar facultado para subsanarlo, planteando la tesis. Él es el único competente para valorar definitivamente la prueba y dictar sentencia en consecuencia.

Pensamos que el denominado principio acusatorio se encuentra salvado con el mantenimiento de la acusación hasta la calificación provisional ya que una vez desarrollado el juicio oral, el tribunal está desvinculado de la misma.

La retirada de la acusación es irrelevante ya que sólo vinculan los hechos. La acción penal propiamente dicha, se ejercita en la apertura de juicio oral.

Éste no puede continuar sin acusador según el art. 644 LECrim pero tras el desarrollo del juicio oral debe ser intrascendente que se retire la acusación. A nuestro modo de ver, aunque el Ministerio Fiscal retirara la acusación, el tribunal no estaría vinculado porque sería absurdo que aquél pudiera privar a éste de su función de juzgar”.

Igual opinión sostiene Vásquez (2001, p. 169), quien señala:

“El COPP no contempla previsión alguna sobre el retiro de la acusación por parte del Ministerio público. Por tanto, resulta fundamental el manejo de los criterios que podrían esgrimirse en caso de que se planteara tal situación. Al respeto, cabría considerar dos supuestos:

a) Dado que el ius puniendi pertenece al Estado, ya no podrá evitarse la sentencia correspondiente, salvo que se tratare de delitos perseguibles a instancia de parte agraviada. Esta tesis es sostenida entre otros por VERGE GRAU y GÓMEZ ORBANEJA.

b) Retirada la acusación por parte del titular de la acción penal, desaparece también el objeto del proceso (DE DIEGO DÍEZ).

Nos inclinamos por la primera postura por considerar que no obstante que el Ministerio público ejerce la acción penal en nombre del Estado, ese mismo Estado por ser el titular del ius puniendi, debe ajustarse a la legalidad y decidir con base en el resultado del proceso, por tanto, si el debate ha conducido a una sentencia condenatoria, a pesar del retiro de la acusación el tribunal debe condenar...”

Creemos que, una vez que el fiscal haya presentado su acusación, el retiro de ésta no vincula al tribunal, el cual deberá seguir el juicio hasta dictar sentencia, la cual podrá ser condenatoria, por cuanto, al presentar el fiscal su acusación, habrá ejercido la acción penal.

En todo caso, la sentencia deberá ser congruente con dicha acusación inicial y con el auto de apertura a juicio, toda vez que deberá limitarse al hecho descrito en dichos actos procesales.

#### 4 Congruencia y admisión de hechos.

El artículo 376 del Código Orgánico Procesal Penal contempla el procedimiento por admisión de los hechos. Según este artículo:

“En la audiencia preliminar, una vez admitida la acusación, o en el caso del procedimiento abreviado, una vez presentada la acusación y antes del debate, el Juez en la audiencia instruirá al imputado respecto al procedimiento por admisión de los hechos, concediéndole la palabra. Este podrá admitir los hechos objeto del proceso y solicitar al tribunal la imposición inmediata de la pena. En estos casos, el Juez deberá rebajar la pena aplicable al delito desde un tercio a la mitad de la pena que haya debido imponerse, atendidas todas las circunstancias, tomando en consideración el bien jurídico afectado y el daño social causado, motivando adecuadamente la pena impuesta.

“Si se trata de delitos en los cuales haya habido violencia contra las personas, y en los casos de delitos contra el patrimonio público o previstos en la Ley Orgánica sobre Sustancias Estupefacentes y Psicotrópicas, cuya pena exceda de ocho años en su límite máximo, el Juez sólo podrá rebajar la pena aplicable hasta un tercio.

En los supuestos a que se refiere el párrafo anterior, la sentencia dictada por el Juez no podrá imponer una pena inferior al límite mínimo de aquella que establece la ley para el delito correspondiente.

En caso de que la sentencia condenatoria sea motivada al incumplimiento por parte del imputado del acuerdo reparatorio, o de las obligaciones impuestas en la suspensión condicional del proceso, no se realizará la audiencia prevista en este artículo.”

En tal sentido, en la audiencia preliminar, una vez admitida la acusación, el imputado podrá admitir los hechos objeto del proceso y solicitar al tribunal la imposición inmediata de la pena.

En este caso, el juez deberá rebajar la pena aplicable al delito desde un tercio a la mitad de la pena que haya debido imponerse, atendidas todas las circunstancias, tomando en consideración el bien jurídico afectado y el daño social causado.

Pues bien, la doctrina mayoritaria entiende que el fundamento de este instituto es la economía procesal, ya que a través de él la administración de justicia resuelve una gran cantidad de causas sin necesidad de llegar a la fase de juicio.

Sin embargo, la doctrina también considera que esta figura puede lesionar los principios de oficialidad, indisponibilidad del objeto procesal penal, legalidad y verdad material.<sup>84</sup>

Ahora bien, si el imputado se acoge a esta figura, el juez deberá dictar sentencia condenatoria con base en los hechos objeto del proceso y en la calificación jurídica provisional dada al momento de admitir la acusación.

La admisión de los hechos deberá ser pura y simple<sup>85</sup>, sin que el imputado pueda dar una versión distinta de los hechos o proponer una nueva calificación

---

<sup>84</sup> La admisión de hechos es una excepción al principio de indisponibilidad del objeto procesal penal, porque si el imputado admite los hechos el juez debe proceder a dictar sentencia condenatoria sin que el proceso pase a la fase de juicio donde se recibiría la prueba. En tal sentido, dado que los hechos que el imputado admite podrían ser distintos a los que quedarían establecidos a través de las pruebas – e incluso en el juicio el acusado podría resultar absuelto- la admisión de hechos constituye un acto de disposición por parte del imputado.

<sup>85</sup> En fecha 12 de noviembre de 2004, la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, estableció: “La aceptación de los hechos descritos en la acusación, luego de su admisión parcial o total por parte del Juez de Control o de Juicio, debe efectuarse de modo simple y claro, sin condición alguna que desvirtúe la aplicación del referido procedimiento especial y de allí la necesidad de que el juez de control, instruya sobre estos aspectos al imputado, a los fines de evitar confusiones, tal como lo prevé el artículo 376 del Código Orgánico Procesal Penal” (Sentencia No. 430 con ponencia del Magistrado Dr. Julio Elías Mayaudón Graü).

El Tribunal Supremo español, en sentencia de fecha 01 de marzo de 1988, citada por Butrón (1998, p. 157), estableció: “... la referida conformidad, para que surta efectos, ha de ser necesariamente; *absoluta*, es decir, no supeditada a condición, plazo o limitación de clase alguna; *personalísima*, es decir, dimanante de los propios acusado o acusados o ratificada, por ellos, personalmente y no por medio de mandatario, representante o intermediario; *voluntaria*, esto es, consciente y libre; *formal*, pues debe reunir las solemnidades requeridas por la Ley, las cuales son de estricta observancia e insubsanables; *vinculante*, tanto para el acusado o acusados como para las partes acusadoras, las cuales, una vez formuladas, han de pasar necesariamente tanto por la índole de la infracción como por la clase y extensión de la pena mutuamente aceptada, e incluso para las Audiencias, salvo los casos antes expresados, y finalmente *de doble garantía*, pues se exige inexcusablemente anuencia de la defensa y subsiguiente ratificación del procesado o procesados en la hipótesis contemplada en el artículo 655 – o confesión del acusado o acusados y aceptación tanto de la pena como de la responsabilidad civil, más la consecutiva

jurídica a los fines de su admisión, caso en el cual el juez deberá acordar el pase al juicio oral y público.<sup>86</sup>

Pérez M. (2002, pp. 116 y 117), refiriéndose al caso español, señala que en caso de que el tribunal acepte la conformidad, la jurisprudencia no permite que el órgano jurisdiccional se aparte del relato fáctico admitido por el imputado a través de adiciones u omisiones no contenidas en las conclusiones acusatorias, sin perjuicio de las discrepancias permitidas al juzgador sobre circunstancias irrelevantes jurídicamente hablando. Este relato fáctico es el contenido en la acusación.

Ahora bien, la misma autora considera que el tribunal está desvinculado de la conformidad en caso de circunstancias que favorezcan al presunto culpable.

En efecto, señala la referida autora:

“Ha sido doctrina predominante aplicable al proceso ordinario que el tribunal está desvinculado de la conformidad si entiende que la calificación correcta es más beneficiosa para el presunto culpable que aquella con la que se conformó (... )

El tribunal puede tener en cuenta ciertas atenuantes y eximentes, así como cualquier elemento jurídico determinante de una pena inferior a la solicitada que, lejos de considerarse el resultado de un exhaustivo control de legalidad sobre los

---

manifestación del defensor o defensores de no considerar necesaria la continuación del juicio – artículo 688 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”.

<sup>86</sup> Vázquez (1999, pp. 221 y 222) señala que el principio de congruencia entre acusación y sentencia tiene plena aplicación en el procedimiento por admisión de los hechos, razón por la cual el juez de control deberá advertir a imputado sobre la posibilidad de modificación de la calificación jurídica dada al hecho por el fiscal del Ministerio Público..

hechos introducidos, encuentra plena justificación por el principio favor rei...” (Pérez M. , 2002, pp. 118 y 119).<sup>87</sup>

Creemos que en Venezuela es prácticamente imposible que se dé esta posibilidad, dado que la admisión de los hechos procede una vez que el tribunal haya admitido la acusación fiscal y le haya dado a los hechos una determinada calificación jurídica provisional.<sup>88</sup>

---

<sup>87</sup> Por su parte, Soto (1979, p. 204) sostiene que: “En los supuestos de conformidad del procesado de los artículos 655 y 694 de la L.E. Cr., carece el Tribunal de facultades para corregir las desviaciones en que las calificaciones pudieran haber incurrido. Según la sentencia de 28 de noviembre de 1895, no puede el Tribunal, en perjuicio del procesado, variar el grado de participación o de perfeccionamiento, y cuando los procesados y sus defensores se conformen con la calificación y pena solicitados por las acusaciones, el tribunal debe condenar a la pena pedida, sin que pueda estimar como consumado el delito que se calificó de frustrado y variar la pena en su consecuencia”.

<sup>88</sup> En sentencia de fecha 31 de mayo de 2005, la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia estableció que: “...el Juez tiene la potestad de encuadrar los hechos en la norma legal, que a su juicio estime la más correcta y en la presente causa la Sala observa que en efecto el juez de control dio cumplimiento a la norma antes mencionada, y por ello no incurrió en la indebida aplicación del artículo 376 del Código Orgánico Procesal Penal. En efecto, en la decisión de primera instancia consta que el Juzgador no acogió la circunstancia agravante alegada por el representante del Ministerio Público y por ello procedió a establecer la pena en razón de la calificación dada al delito, este es hurto calificado, en grado de frustración” (Con ponencia del Magistrado Dr. Eladio Aponte Aponte). Y en sentencia de fecha 23 de mayo de 2006, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, estableció lo siguiente: “...debe precisarse que “hechos” no es igual a “calificación jurídica”, por lo que admitir los “hechos” establecidos en la acusación, de acuerdo al contenido del artículo 376 del Código Orgánico Procesal Penal, no implica la aceptación de la “calificación jurídica” que en dicho libelo le atribuye el Ministerio Público a los imputados.

El imputado cuando accede a reconocer su participación o coparticipación en esos hechos, afirma su ejecución en aquellos elementos fácticos que han sido precisados por la parte acusadora, es decir, el tiempo, modo y lugar de cómo ocurrieron los mismos. Da su consentimiento o acepta, en forma pura y simple, que ejecutó un comportamiento activo u omisivo.

De manera que, una vez admitidos los hechos, el Juez de Control (en el procedimiento ordinario) o de Juicio (en el procedimiento abreviado) tiene que establecer, dentro de su autonomía de decisión y mediante el uso de la adecuación típica, una calificación jurídica igual o distinta a la planteada por el Ministerio público, para luego imponer la pena correspondiente, lo que permite al acusado, en el caso de que no se esté de acuerdo con la calificación jurídica o con la pena impuesta, interponer recurso de apelación contra esa decisión condenatoria, conforme a lo señalado en el numeral 1 del artículo 447 del Código Orgánico Procesal Penal, por dictarse

## 5. Congruencia y estipulaciones probatorias.

El artículo 200 del Código Orgánico Procesal Penal, establece:

“Si todas las partes estuvieren de acuerdo en algunos de los hechos que se pretenden demostrar con la realización de determinada prueba, podrán realizar estipulaciones respecto a esa prueba, con la finalidad de evitar su presentación en el debate del juicio oral y público.

De tales estipulaciones deberá quedar constancia expresa en el auto de apertura a juicio, y las partes podrán alegarlas en el debate, sin necesidad de incorporarlas por algún medio de prueba. No obstante, si el tribunal lo estima conveniente ordenará su presentación.”

Como se observa, según este artículo, si las partes están de acuerdo en algunos de los hechos que se pretende demostrar con terminada prueba, podrá realizar estipulaciones respecto a esa prueba. Con la finalidad de evitar su presentación en el debate oral y público.

No obstante, si el tribunal lo estima conveniente ordenará la presentación en el juicio del medio de prueba objeto de la estipulación.

Sobre este particular, señala Delgado (2004, p. 83):

“la aceptación de las estipulaciones responde a razones de celeridad y economía procesales, pero en todo caso el tribunal puede desestimar ese acuerdo y de oficio ordenar que la

---

siempre esa decisión antes de la celebración del debate oral y público” (Sentencia No. 1106, con ponencia de la Magistrada Dra. Carmen Zuleta de Merchán).

prueba se incorpore al debate del juicio oral cuando lo estime conveniente, como facultad oficiosa que puede ejercer el juez dentro de la actividad probatoria de este proceso fundamentalmente acusatorio y excepción a su normal característica de pasividad como árbitro imparcial”

Creemos que esta figura debe verse con mucho cuidado, pues podría resultar lesionado el principio de oficialidad que informa todo el proceso penal. En efecto, el proceso penal se orienta hacia la búsqueda de la verdad material o real respecto del hecho que constituye su objeto, independientemente de la voluntad de las partes o de los acuerdos a que pudieran llegar las mismas en torno a tales hechos. En tal sentido, Florián (1990, p. 133) señala:

“En nuestra materia no existen hechos, comprendidos en el campo de la prueba, que estén de por sí exentos de prueba y que en absoluto no necesiten esta.

Ante todo, aquí no tiene validez el principio del derecho civil, según el cual no se necesita probar lo que no es discutido por las partes o aquellos sobre lo cual las partes están de acuerdo, y que objeto de prueba sólo puede ser un hecho controvertido. Este principio se comprende muy bien en el proceso civil, pues en realidad en él es decisiva la afirmación de las partes, con respecto a la posición del hecho; pero es incompatible con el sistema de las pruebas penales. La falta de discusión, la falta de controversia sobre el hecho no tiene importancia respecto al proceso penal, ni eliminan el interés o la necesidad de la prueba. Lo que cuenta es la convicción del juez, no la de las partes. Sobre el objeto de las pruebas las partes no tienen ningún derecho de disposición, y esto coincide con el eminente carácter de derecho público propio de la investigación que se adelanta en el proceso penal.”

Creemos que las estipulaciones probatorias podrán realizarse sobre ciertos hechos o circunstancias secundarias o accidentales, cuyo

acaecimiento haya quedado suficientemente acreditado en la fase preparatoria.

En tal caso, la sentencia deberá dar por establecidos tales hechos<sup>89</sup>, so pena de ser incongruente.

#### 6. Congruencia y hecho notorio.

El artículo 198 del Código Orgánico Procesal Penal, en su parte *in fine*, establece: “El tribunal puede prescindir de la prueba cuando ésta sea ofrecida para acreditar un hecho notorio”

En tal sentido, Delgado (2004, p. 70), señala:

“La doctrina predominante, en nuestros tiempos, exime de prueba al hecho notorio, aun cuando las partes no lo acepten de común acuerdo, y aunque se discuta la notoriedad del hecho, porque lo que importa es que esa notoriedad le parezca clara e indiscutible al juez.

Existe notoriedad en un hecho, cuando en el medio social donde existe o tuvo ocurrencia y en el momento de su apreciación por el juez, sea conocido generalmente por personas de cultura media en la rama del saber humano a que corresponda, siempre que el juez pueda conocerla. También, algunos han sostenido que el hecho debe tener carácter permanente (verdades geográficas y científicas) y otros, que la mayoría, aceptan la notoriedad de hechos tanto permanentes como ocasionales o transitorios (verdades históricas).

(...)

---

<sup>89</sup> Salvo que el juez considere conveniente ordenar la presentación en juicio de la prueba objeto de la estipulación.

En Venezuela ha predominado la tesis que acepta la notoriedad, cuando en el círculo social el hecho es conocido por el juez, pudiendo ser un hecho no permanente y a la vez local, no necesariamente nacional o internacional, simplemente que sea notorio para él y para los demás (...) Se requiere que sea notorio, o sea conocido suficientemente por la generalidad de las personas, incluyendo necesariamente al juez, por la forma como se produjo el acontecimiento y por la amplia divulgación que ha tenido”<sup>90</sup>

---

<sup>90</sup> En una interesante sentencia de fecha 15 de marzo de 2000, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, con ponencia del Magistrado Dr. Jesús Eduardo Cabrera Romero, estableció lo que es el hecho notorio comunicacional, del modo que sigue: “...Pero el mundo actual, con el auge de la comunicación escrita mediante periódicos, o por vías audiovisuales, ha generado la presencia de otro hecho, cual es el hecho publicitado, el cual en principio no se puede afirmar si es cierto o no, pero que adquiere difusión pública uniforme por los medios de comunicación social, por lo que muy bien podría llamársele el hecho comunicacional y puede tenerse como una categoría entre los hechos notorios, ya que forma parte de la cultura de un grupo o círculo social en una época o momento determinado, después del cual pierde trascendencia y su recuerdo solo se guarda en bibliotecas o instituciones parecidas, pero que para la fecha del fallo formaba parte del saber mayoritario de un círculo o grupo social, o a el podía accederse.

Así, los medios de comunicación social escritos, radiales o audiovisuales, publicitan un hecho como cierto, como sucedido, y esa situación de certeza se consolida cuando el hecho no es desmentido a pesar que ocupa un espacio reiterado en los medios de comunicación social.

De esta manera, el colectivo se entera de conflictos armados, de los viajes del Presidente de la República, de los nombramientos que hace el Congreso, de la existencia de crímenes y otros delitos, de la existencia de juicios, etc.

Estas noticias publicitadas por los medios (por varios) de manera uniforme, podrían ser falsas, pero mientras no se desmientan y se repitan como ciertas, para el que se entera de ellas son hechos verdaderos sucedidos, así su recuerdo no se haya dilatado en el tiempo.

Se trata de un efecto de la comunicación masiva, que en forma transitoria y puntual hace del conocimiento general un hecho que durante cierto espacio de tiempo, a veces breve, permite a los componentes de la sociedad referirse a él y comentar el suceso, o tomar conciencia de un mensaje, como sucede con la propaganda o publicidad masiva.

Que un identificado grupo de béisbol es el campeón de Venezuela, es un hecho que se presenta como cierto por la comunicación social, y que se consolida como tal, cuando la mayoría de los medios siguen reseñando las andanzas y compromisos de ese equipo.

De un hecho comunicacional de este tipo, no puede escapar un juez que en la vida actual, incluso como parte de los hechos que debe adquirir para engrosar su conocimiento sobre su entorno social, lee periódicos, oye radio o ve televisión. Es esta difusión comunicacional una de las fuentes de la “sensación o escándalo público” que toma en cuenta el artículo 59 del Código Orgánico Procesal Penal, como presupuesto de la radicación

---

Pensar que este hecho del cual toma conciencia no sólo el juez, sino un gran sector del colectivo, es de igual entidad que los otros hechos litigiosos, es una irrealidad. Tan irreal es, que la doctrina enseña que es un requisito de validez del reconocimiento de individuos en rueda de personas, el que las fotografías de los posibles reconocidos no deben haber recibido publicidad previa al acto de reconocimiento.

El hecho publicitado o comunicacional no es un hecho notorio en el sentido clásico, ya que puede no incorporarse como permanente a la cultura del grupo social, sin embargo su publicidad lo hace conocido como cierto en un momento dado por un gran sector del conglomerado, incluyendo al juez; y desde este ángulo se puede afirmar que forma parte durante épocas, de la cultura, así luego desaparezca, ya que su importancia o trascendencia era relativa, tenía importancia solo en un espacio y tiempo limitado y a veces breve.

Este concepto moderno del hecho notorio diverge del hecho público. Este último parte de diversos criterios conceptuales. Unos consideran que atiende a una ficción legal de conocimiento, desligado de una difusión suficiente. Un ejemplo es el hecho que goza de los efectos del registro público, o de la publicación en periódicos oficiales; otra vertiente para conceptualizarlo, lo señala como el que tiene lugar en sitios públicos, criterio también ajeno a su difusión; y una última es, que el hecho público es aquel que surge de actos del poder público.

El hecho comunicacional, fuente de este tipo particular de hecho notorio que se ha delineado, es tan utilizable por el juez como el hecho cuyo saber adquiere por su oficio en el ejercicio de sus funciones, y no privadamente como particular, lo que constituye la notoriedad judicial y que está referido a lo que sucede en el tribunal a su cargo, como existencia y manejo de la tablilla que anuncia el despacho; o lo relativo al calendario judicial, a los cuales se refiere el juzgador sin que consten en autos copias de los mismos; notoriedad judicial que incluye el conocimiento por el juez de la existencia de otros juicios que cursan en su tribunal, así como el de los fallos dictados en ellos.

¿Puede el juez fijar al hecho comunicacional, como un hecho probado, sin que conste en autos elementos que lo verifiquen? Si se interpreta estrictamente el artículo 12 del Código de Procedimiento Civil, el cual es un principio general, el juez sólo puede sentenciar en base a lo probado en autos, con excepción del hecho notorio. Tiene así vigencia el vetusto principio que lo que no está en el expediente no está en el mundo. Pero si observamos las sentencias, encontramos que ellas contienen un cúmulo de hechos que no están probados en autos, pero que son parte del conocimiento del juez como ente social, sin que puedan tildarse muchos de ellos ni siquiera como hechos notorios. Así, los jueces se refieren a fenómenos naturales transitorios, a hechos que están patentes en las ciudades (existencia de calles, edificios, etc.), a sentencias de otros tribunales que se citan como jurisprudencia, a obras de derecho o de otras ciencias o artes, al escándalo público que genera un caso, a la hora de los actos, sin que existan en autos pruebas de ellos.

Si esto es posible con esos hechos, que casi se confunden con el saber privado del juez, con mucha mayor razón será posible que el sentenciador disponga como ciertos y los fije en autos, a los hechos comunicacionales que se publicitan hacia todo el colectivo y que en un momento dado se hacen notorios (así sea transitoriamente) para ese colectivo.

Esta realidad lleva a esta Sala a considerar que el hecho comunicacional, como un tipo de notoriedad, puede ser fijado como cierto por el juez sin necesidad que conste en autos, ya que la publicidad que él ha recibido permite, tanto al juez como a los miembros de la sociedad, conocer su existencia, lo que significa que el sentenciador realmente no está haciendo uso de su saber privado;

---

y pudiendo los miembros del colectivo, tener en un momento determinado, igual conocimiento de la existencia del hecho, porque negar su uso procesal.

El hecho comunicacional puede ser acreditado por el juez o por las partes con los instrumentos contentivos de lo publicado, o por grabaciones o videos, por ejemplo, de las emisiones radiofónicas o de las audiovisuales, que demuestren la difusión del hecho, su uniformidad en los distintos medios y su consolidación; es decir, lo que constituye la noticia.

Pero el juez, conocedor de dicho hecho, también puede fijarlo en base a su saber personal, el cual, debido a la difusión, debe ser también conocido por el juez de la alzada, o puede tener acceso a él en caso que no lo conociera o dudase. Tal conocimiento debe darse por cierto, ya que solo personas totalmente desaprensivos en un grupo social hacia el cual se dirige el hecho, podrían ignorarlo; y un juez no puede ser de esta categoría de personas.

Planteado así la realidad de tal hecho y sus efectos, concatenado con la justicia responsable y sin formalismos inútiles que el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela contempla; aunado a que el proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia, tal como lo establece el artículo 257 de la vigente Constitución, y que el Estado venezolano es de derecho y de justicia, como lo expresa el artículo 2 *ejusdem*, en aras a esa justicia expedita e idónea que señala el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, a pesar de que el hecho comunicacional y su incorporación a los autos de oficio por el juez, no está prevenido expresamente en la ley, ante su realidad y el tratamiento que se viene dando en los fallos a otros hechos, incluso de menos difusión, esta Sala considera que para desarrollar un proceso justo, idóneo y sin formalismos inútiles, el sentenciador puede dar como ciertos los hechos comunicacionales con los caracteres que luego se indican, y por ello puede fijar como cierto, los hechos que de una manera uniforme fueron objeto de difusión por los medios de comunicación, considerándolos una categoría de hechos notorios, de corta duración.

(...)

Es cierto que el hecho comunicacional, como cualquier otro hecho, puede ser falso, pero dicho hecho tiene características que lo individualizan y crean una sensación de veracidad que debe ser tomada en cuenta por el sentenciador. Esos caracteres confluyentes son: 1) Se trata de un hecho, no de una opinión o un testimonio, si no de un evento reseñado por el medio como noticia; 2) Su difusión es simultánea por varios medios de comunicación social escritos, audiovisuales, o radiales, lo cual puede venir acompañado de imágenes; 3) Es necesario que el hecho no resulte sujeto a rectificaciones, a dudas sobre su existencia, a presunciones sobre la falsedad del mismo, que surjan de los mismos medios que lo comunican, o de otros y, es lo que esta Sala ha llamado antes la consolidación del hecho, lo cual ocurre en un tiempo prudencialmente calculado por el juez, a raíz de su comunicación; y 4) Que los hechos sean contemporáneos para la fecha del juicio o de la sentencia que los tomará en cuenta.

El que el hecho sea falso, como ya se dijo, es una posibilidad mínima, pero que siempre puede ser opuesto y constatado en la misma instancia, si es la parte quien pretende valerse de él, o en la alzada si proviene del juez; y hasta puede ser confrontado dentro del recurso de Casación, mediante el artículo 312 del Código de Procedimiento Civil.

Resulta un despilfarro probatorio y un ritualismo excesivo, contrario a las previsiones de una justicia idónea, responsable, sin dilaciones indebidas y sin formalismos, que consagra el artículo 26 de la vigente Constitución, que se deba probar formalmente en un juicio, por ejemplo, que la Línea Aeropostal Venezolana es una línea aérea; que fulano es el Gobernador de un Estado; o que

En todo caso, el tribunal debe fallar dentro de los límites fácticos del auto de apertura a juicio, por lo cual el hecho notorio exento de prueba deberá guardar

---

existen bebidas gaseosas ligeras, o que el equipo Magallanes es un equipo de béisbol; o que José Luis Rodríguez es un cantante; o Rudy Rodríguez una actriz; o que una persona fue asesinada, y que su presunto victimario resultó absuelto; se trata de conocimientos de igual entidad que el difundido por la prensa en el sentido que un día y hora determinado hubo una gran congestión de tránsito en una avenida, o se cayó un puente en ella, etc.

En este tipo de hecho, que no proviene de publicaciones o medios que merecen autenticidad, como lo serían las pruebas documentales, cuyas tarifas legales de valoración están establecidas en los artículos 1359, 1360 y 1363 del Código Civil, y que tampoco se encuentran incorporados en forma estable a la memoria colectiva, no existe presunción alguna de veracidad y por ello queda a criterio del Juez valorarlos exigiendo o no la prueba, si las partes son quienes los alegan, lo que puede ocurrir en cualquier estado o grado del proceso, ya que el hecho puede tener lugar en cualquier tiempo.

No existe en las leyes procesales una oportunidad para que las partes consulten a los jueces sobre su conocimiento del hecho notorio clásico, o del notorio comunicacional, lo que carga a las partes, sobre todo con respecto a estos últimos, a probarlos mediante las publicaciones o copias de los audiovisuales, si es que dudan que el juez no los conozca. A tenor del artículo 432 del Código de Procedimiento Civil los actos que la ley ordena se publique en periódicos son considerados fidedignos, lo que involucra que el periódico que los contiene también los son, salvo prueba en contrario. Ahora bien, si el ejemplar de la prensa se reputa, sin más, que emana del editor en esos casos, y que dicho ejemplar representa la edición de ese día, igual valor probatorio debe tener el periódico como tal en lo que al resto de su contenido expresa.

Pero para el juez, conocedor del hecho, de oficio puede acogerlo y fijarlo en el fallo, siempre que reúna las condiciones que permiten al hecho comunicacional considerarse notorio.

La Sala ha hecho estas consideraciones, porque a este Tribunal consta, ya que reciben los Magistrados a diario un resumen de lo publicado en la prensa, y además existe en este Tribunal Supremo un archivo hemerográfico, que con fecha 22 de octubre de 1999 de manera coetánea en varios diarios de circulación en la ciudad de Caracas, se publicó que en el proceso militar que se siguió ante la Corte Marcial contra el General de Brigada Ramón Rodríguez Mayol, y los Coroneles Juan Jiménez Silva y Oscar Silva Hernández, el cual es el mismo proceso identificado en este amparo, fue absuelto el Coronel (Guardia Nacional) Oscar Silva Hernández. En el diario El Universal, de fecha 22 de octubre de 1999 se reseña la noticia, al igual que en el diario El Nacional de la misma fecha, en la página D-7, donde además se reprodujo una gráfica del Coronel Silva Hernández con el subtítulo: "El Coronel Oscar Silva fue absuelto de todos los cargos".

Dicha información se convirtió en un hecho publicacional notorio, que fija como cierto esta Sala, y que demuestra que la posible violación denunciada por el recurrente cesó antes que se dicte decisión en esta Sala desde el amparo aquí identificado, en consecuencia la acción de amparo incoada se hizo inadmisibles a tenor del ordinal 1° del artículo 6 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales y así se declara..."

relación directa o indirecta con el hecho objeto del proceso. De lo contrario, la sentencia será incongruente.

En tal sentido, Devis (1974, V. 1, p. 220), aun cuando refiriéndose al proceso civil, considera que el hecho notorio debe ser alegado por el demandante, independientemente de que, por su notoriedad, esté exento de prueba. En consecuencia, el juez no podrá tomar en cuenta en su sentencia hechos notorios que no hayan sido introducidos, aportados o alegados por el actor. En efecto, sostiene el mencionado autor:

“En los procedimientos civiles regidos por el principio de congruencia, que exigen enunciar en la demanda los hechos que sirven de fundamento a las pretensiones (...), es indispensable que allí aparezcan los hechos principales o determinantes de la causa *petendi*, para que puedan ser considerados por el juez en la sentencia. Ese principio no sufre excepción porque el hecho sea notorio, pues con él se persigue: no sólo garantizar el debido contradictorio y, por lo tanto, el derecho de defensa del demandado, sino también configurar el alcance del litigio y delimitar el contenido de las resoluciones judiciales que deben desatarlo” (Devis, 1974, V. 1, p. 220).

Estimamos que esta argumentación es perfectamente aplicable al proceso penal regido por el principio acusatorio, por cuanto, como vimos, conforme a este, corresponde al acusador el aporte de los hechos al proceso.

---

## CONCLUSIONES

1.- Objeto del proceso penal es el hecho en torno al cual gira el proceso, el cual debe permanecer incólume en lo esencial, pero puede sufrir variaciones de carácter accidental.

2.- 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 en la acusación; 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.- El juez puede apreciar agravantes no mencionadas en la acusación, pero a tales fines deberá realizar la advertencia de posibilidad de cambio de calificación jurídica conforme a lo establecido en el artículo 350 del Código Orgánico

4.- El juez puede apreciar la atenuante no alegada por las partes que resulte acreditada en el debate, sin necesidad siquiera de hacer uso de la advertencia prevista en el artículo 350 del Código Orgánico Procesal Penal.

5.- El juez puede apreciar el delito continuado que aparezca por primera vez en el debate, siempre y cuando el fiscal o el querellante amplíen la acusación, conforme a lo establecido en el artículo 351 del Código Orgánico Procesal Penal. De lo contrario, el tribunal no podrá valorar los nuevos actos integrantes del delito continuado que aparecieron durante el debate, pues ello podría implicar una violación del principio acusatorio.

6.- El juez puede condenar por un concurso ideal de delitos no mencionado en la acusación, ya que el hecho fue aportado por el acusador, y lo único que varía es el punto de vista jurídico.

7.- el juez no puede condenar por el concurso real de delitos no mencionado en la acusación fiscal, salvo que el hecho que constituye el delito concurrente esté narrado en dicho acto conclusivo.

8.- Al ser la forma de participación en el hecho punible una cuestión de hecho, creemos que, por regla general, deberá ser la parte acusadora quien señale la misma en el proceso. No obstante, si el acusador narra correctamente los hechos en su acusación, pero califica erróneamente la forma de participación del acusado en los mismos, el juez podrá condenar de acuerdo a la forma de participación ajustada a derecho, aun cuando para ello deberá hacer la

advertencia de posibilidad de cambio de calificación jurídica, ello a pesar de que la nueva forma de participación acarree una pena más favorable al acusado.

9.- El juez puede condenar por el delito inacabado cuando se hubiere acusado por el delito consumado, sin necesidad de hacer la advertencia previa prevista en el artículo 350 del Código Orgánico Procesal Penal, la cual sin embargo, será obligatoria en caso contrario, vale decir, cuando se hubiere acusado por el delito en su forma imperfecta y el tribunal condene por el delito consumado.

10.- El juez tiene la potestad de dar al hecho narrado en la acusación una calificación jurídica distinta a la de la acusación o a la del auto de apertura a juicio. Sin embargo, para condenar al acusado en virtud de un precepto penal distinto al invocado en la acusación o en el auto de apertura a juicio, deberá previamente advertir al acusado sobre la posibilidad de cambio de la calificación jurídica, para que prepare su defensa.

12.- El juez puede imponer penas o medidas de seguridad más graves o distintas a las solicitadas por el acusador, siempre y cuando se trate de las asignadas legalmente al delito de que se trate.

13.- El juez puede apreciar eximentes no aducidas por el acusado o su defensor, sin necesidad de realizar la advertencia prevista en el artículo 350 del Código Orgánico Procesal Penal.

14.- El juez, actuando de oficio, puede apreciar excepciones no opuestas por el acusado y su defensor.

15.- la incongruencia es un error de forma o *in procedendo*.

16.- Contra la sentencia incongruente proceden los recursos de apelación y casación.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Angulo, F. (1973). *Cátedra de Enjuiciamiento Criminal*. Caracas: Editorial La Torre.

Armenta, T. (2003). *Principio Acusatorio y Derecho Penal*. Barcelona: J.M. Bosch Editor.

Arteaga, A. (1989). *Derecho Penal Venezolano. Parte General*. (5a. Ed.), Caracas: Universidad Central de Venezuela.

Beling, E. (s/f). *Derecho Procesal Penal*. Barcelona: Labor, S.A.

Bello, H. (2006). *Tutela Judicial Efectiva y Otras Garantías Constitucionales Procesales*. Caracas: Ediciones Paredes.

Binder. A. (1999). *Introducción al Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, SRL.

Binder. A. (1993). *Introducción al Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, SRL.

Borjas, A. (1947). ***Exposición del Código de Enjuiciamiento Criminal Venezolano.***

Borrego, C. (2006). ***Procedimiento Penal Ordinario. Actos y Nulidades Procesales.*** Caracas: Universidad Central de Venezuela

Butrón, P. (1998). ***La Conformidad del Acusado en el Proceso Penal.*** Madrid: Mc Graw Hill.

Carnelutti, F. (1950). ***Lecciones Sobre el Proceso Penal.*** (Trad. S. Sentis Melendo). Buenos Aires: E.J.E.A.

Clariá, J. (2004). ***Derecho Procesal Penal.*** Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores.

Código de Enjuiciamiento Criminal. (1962). ***Gaceta Oficial de la República de Venezuela***, 748 (Extraordinario), Febrero 3 de 1962.

Código de Procedimiento Penal de Colombia.

Código Orgánico Procesal Penal. (1998). ***Gaceta Oficial de la República de Venezuela***, 5.208 (Extraordinario), Enero 23 de 1998.

Código Orgánico Procesal Penal. (2000). **Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela**, 37.022, Agosto 25 de 2000.

Código Orgánico Procesal Penal. (2001). **Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela**, 5.558 (Extraordinario), Noviembre 14 de 2001.

Código Procesal Penal de Costa Rica.

Creus, C. (1997) **Invalidez de los Actos Procesales Penales** (2a. Ed., 1° Reimp.)  
Buenos Aires: Editorial Astrea.

Cuenca. H. (1980). **Curso de Casación Civil**. (3ª Ed.) Caracas: Universidad Central de Venezuela.

Delgado, R. (2007). **Garantía de Congruencia entre Sentencia y Acusación**.  
En Debido Proceso y Medidas de Coerción Personal. Décimas Jornadas de  
Derecho Procesal Penal. Caracas: Universidad católica Andrés Bello.

Delgado, R. (2004). **Las Pruebas Penales en el Proceso Penal Venezolano**, (2ª ed). Caracas: Vadell Hermanos Editores.

- Devis, H. (1987). **Compendio de Derecho Procesal. Teoría General del Proceso. Tomo I**, (12ª ed). Bogotá: Biblioteca Jurídica Dike.
- Devis, H. (1988). **Principios Fundamentales del Derecho Procesal Penal**. (2ª ed). Bogotá: Biblioteca Jurídica Dike.
- Devis, H. (1974). **Teoría General de la Prueba Judicial**. (3ª ed). Buenos Aires: Víctor P. de Zabalia Editor.
- Díaz, J. (1996). **Principio de Aportación de Parte y Acusatorio: La Imparcialidad del Juez**. Granada: Editorial Comares.
- Di Totto, B. (2001). **Procedimiento de Impugnación, Oposición, Sustanciación y Decisión de las Excepciones. Nulidad y Renovación de Actos Procesales**. En la Aplicación Efectiva del COPP. Terceras Jornadas de Derecho Procesal Penal. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello.
- Fenech, M. (1982). **El Proceso Penal**. (4ª ed). Madrid: Ageda.
- Florián, E. (1990). **De las Pruebas Penales**. Bogotá: Editorial Temis.

Florián, E. (1990). **Elementos de Derecho Procesal Penal**. (Trad. L. Prieto Castro). Barcelona: Bosch Casa Editorial.

Garberí, J. (2001). **Ley de Enjuiciamiento Criminal**. (2ª ed). Barcelona: Ariel, S.A.

Leone, G. (1963). **Tratado de Derecho Procesal Penal**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.

Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente. (1998). **Gaceta Oficial de la República de Venezuela**, 5.266 (Extraordinario), Octubre 2 de 1998.

Longa, J. (2001). **Código Orgánico Procesal Penal. Comentado y Concordado**. Caracas: Ediciones Libra.

Maier, J. (2004). **Derecho Procesal Penal**. (1ª Ed., 1º Reimp., 2 Vols.) Buenos Aires: Editorial del Puerto, S.R.L.

Manzini, V. (1987). **Tratado de Derecho Procesal Penal**. (5 Vols.). Caracas: Ediciones de Cultura Jurídica.

Moreno, C. (2004). ***El Proceso Penal Venezolano. Manual Teórico Práctico.*** .

Caracas: Vadell Hermanos Editores.

Montero, J. (1997). ***Principios del Proceso Penal. Una Explicación Basada en la***

***Razón.*** Valencia: Tirant lo Blanch.

Montero, J., Gómez, J. Montón, A. y B. S. (2000) ***Derecho Jurisdiccional III.***

***Proceso Penal.*** (9ª. Ed.). Valencia: Tirant lo Blanch.

Montero, J., Flors, J., y López, G. (2001). ***Contestaciones al Programa de***

***Derecho Procesal Penal para Acceso a las Carrera Judicial y Fiscal.*** (3ª.

Ed.). Valencia: Tirant lo Blanch.

Ormazábal, G. (1997). ***El Periodo Intermedio del Proceso Penal.*** Madrid: Mc

Graw-Hill.

Pérez, E. (2007). ***Comentarios al Código Orgánico Procesal Penal.*** Caracas:

Vadell Hermanos Editores.

Pérez, E. (2002). ***La Casación Penal Venezolana.*** Caracas: Vadell Hermanos

Editores.

Pérez, E. (2002). **Comentarios al Código Orgánico Procesal Penal**. Caracas: Vadell Hermanos Editores.

Pérez, M. (2002). **Correlación entre Acusación y Sentencia en el Proceso Ordinario**. Granada: Comares.

Prieto-Castro, L. y Gutiérrez, E. (1989). **Derecho Procesal Penal**. (4ª ed) Madrid: Tecnos, S.A.

Quintero, G. (1997). **Curso de Derecho Penal. Parte General (Acorde con el Nuevo Código Penal de 1995)**. Barcelona: Cedecs Editorial S.L.

Quintero, J (2001). **Correlación entre Acusación y Sentencia**. En Terceras Jornadas de Derecho Procesal Penal. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello.

Ramos, F. (1999). **El Proceso Penal**. Barcelona: J.M.Bosch Editor)

Real Academia Española. (2006). **Diccionario Esencial de la Lengua Española**.

Reyes, A. (1989). **Tipicidad**. (6ª. Ed.) Bogotá: Editorial Temis.

- Rivera, R. (2003). ***Presupuestos Procesales ene. Proceso Penal***. En Temas de Derecho Penal. Libro Homenaje a Tulio Chiossone. Caracas.
- Roxin, C. (2000). ***Derecho Procesal Penal***. (Trad. G. Córdoba y D. Pastor) Buenos Aires: Editores del Puerto, S.R.L. (Original alemán, 25ª ed.).
- Silva, J. (1999). ***Derecho Procesal Penal***. (2ª Ed.) México: Oxford University Press.
- Soto, F. (1979). ***Correlación entre Acusación y Sentencia***. Madrid: Editorial Montecorvo, S.A.
- Tamayo , J. (2002). ***Manual Práctico Comentado sobre la Reforma del Código Orgánico Procesal Penal***. Caracas: Editorial Tamher CA.
- Vásquez, M. (2001). ***Nuevo Derecho Procesal Penal Venezolano. Las Instituciones Básicas del Código Orgánico Procesal Penal***. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello.
- Vásquez, M. (1999). ***El Control de la Acusación***. En la Vigencia Plena del Nuevo Sistema. Segundas Jornadas de Derecho Procesal Penal. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello.

Véscovi, E. (1988). ***Los Recursos Judiciales y demás Medios Impugnativos en Iberoamérica***. Buenos Aires: Ediciones Depalma.

Véscovi, E. (1984). ***Teoría General del Proceso***. Bogotá: Editorial Temis.

Villasmil, F. (1986). ***Los Principios Fundamentales y las Cuestiones Previas en el Nuevo Código de Procedimiento Civil***. Maracaibo: Librería Roberto Borrero.