aatzzz



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

TRABAJO ESPECIAL DE GRADO PARA OPTAR AL TÍTULO DE ESPECIALISTA EN CIENCIAS PENALES Y CRIMINOLÓGICAS

LOS CRITERIOS QUE DELIMITAN LA POTESTAD DEL JUEZ PENAL PARA EL CAMBIO DE LA CALIFICACIÓN JURÍDICA, SIN QUE SE AFECTE EL DEBER DE CONGRUENCIA ENTRE ACUSACIÓN Y SENTENCIA

> Autor: Alberto José Rossi Palencia Asesor: Prof. Pedro Berrizbeitia Fecha: Abril – 2014



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

APROBACIÓN DEL ASESOR

En mi carácter de asesor del Trabajo Especial de Grado, presentado por el ciudadano Alberto José Rossi Palencia, titular de la Cédula de Identidad V-11.234.450, para optar al Título de Especialista en Ciencias Penales y Criminológicas, cuyo título definitivo es: "Los Criterios que Delimitan la Potestad del Juez Penal, para el Cambio de la Calificación Jurídica, sin que se Afecte el Deber de Congruencia entre Acusación y Sentencia"; por la presente hago contar que habiéndolo leído, manifiesto que dicho trabajo reúne los requisitos y méritos suficientes para ser sometido a la evaluación del jurado calificador que se designe.

En la Ciudad de Caraças, en el mes de Abril de 2014

Prof. Pedro Berrizbeitia CI. 3.181.375



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

LOS CRITERIOS QUE DELIMITAN LA POTESTAD DEL JUEZ PENAL PARA EL CAMBIO DE LA CALIFICACIÓN JURÍDICA, SIN QUE SE AFECTE EL DEBER DE CONGRUENCIA ENTRE ACUSACIÓN Y SENTENCIA

Autor: Alberto José Rossi Palencia Asesor: Prof. Pedro Berrizbeitia Fecha: Abril – 2014

RESUMEN

El presente Trabajo Especial de Grado, analiza la diatriba existente en el campo de la doctrina, respecto a la delimitación de la potestad del juez penal para el cambio de la calificación jurídica sin afectar el deber de congruencia entre acusación y sentencia. Metodológicamente, el presente trabajo, consiste en un estudio monográfico, a nivel descriptivo, resultado de la revisión de doctrina especializada, la jurisprudencia atinente y la legislación respectiva. En el texto del trabajo, se busca establecer criterios que, permitan acceder a la posible solución respecto a la regulación de la potestad del juez penal para proceder al cambio de calificación; en desarrollo del examen propuesto, se aborda con especificidad la distinción del objeto del proceso, así como los fundamentos del principio acusatorio, especificando los aspectos del deber de correlación en el derecho penal, analizando la vinculación del juez respecto a la calificación jurídica y los criterios de delimitación para efectuar ese cambio de calificación.

Palabras clave: congruencia, acusación, sentencia, cambios, calificación, criterios, límites, potestad, juez, penal.

Agradecimiento

A Dios todo poderoso.

A mis padres Enma y Alberto por ser mi guía y ejemplo de constancia y esfuerzo, para alcanzar esta y todas mis metas.

A mi amada esposa Carolina por ser mi compañera y amiga con quien comparto este y todos mis logros.

A mis hijos Gabriel e Isabella por ser la fuente de mi inspiración y mi motivo más grande de superación.

A mis profesores y amigos en especial a los distinguidos Pedro Berrizbeitia y Freddy Vallenilla, agradeciendo como alumno su colaboración y entrega, en la estructuración y desarrollo de este trabajo.

Mil gracias a todos.

Índice General	
	PP.
Carta de Aprobación del Asesor	i.
Resumen	ii.
Agradecimiento	iii.
Introducción	1
I. El Objeto del Proceso Penal	4
Aspectos Generales	4
La Pretensión Punitiva o el Hecho como Objeto del Proceso Penal	6
Teoría restringida / delimitación jurídico-material del hecho punible.	7
Teoría amplia / conexión espacio-temporal del hecho punible.	8
Teoría mixta o intermedia.	9
Elementos que conforman el objeto del proceso penal.	10
Elemento subjetivo.	11
Elemento objetivo (el hecho como objeto del proceso).	12
Las teorías naturalistas.	13
Las teorías normativas puras.	14
Teorías mixtas o intermedias.	17
Elemento relativo a la actividad o comportamiento típico.	18
Elemento relativo al bien jurídico protegido o lesionado.	19
Configuración Dinámica del Objeto del Proceso Penal	21
II. El Principio Acusatorio	25
Cuestiones Previas	25
El Sistema o Proceso Acusatorio (Distinción Frente al Principio	28
Acusatorio)	
Concepto del Principio Acusatorio (Exigencias que Implica)	40
Delimitación positiva.	42
Separación de las funciones acusatorias y de juzgamiento	42
(necesidad de la existencia de una acusación y ofrecimiento de pruebas).	

Correlación entre acusación, sentencia y vinculación del órgano	46
jurisdiccional al objeto normativo del proceso.	
La prohibición de reforma en perjuicio o reformatio in peius.	47
Delimitación negativa.	49
III. Deber de Correlación en el Derecho Penal	52
Fundamento del Deber de Correlación	52
La Correlación Necesaria entre Delito, Pena y Proceso	54
La Correlación Específica entre Acusación y Sentencia.	55
IV. Vinculación del Juez a la Calificación Jurídica	62
La Calificación Jurídica de los Hechos no Integra el Objeto Procesal	62
La Calificación Jurídica de los Hechos (Presupuestos Para su Modificación)	76
Criterio para distinguir la alteración esencial o accesoria del	77
objeto del proceso (autonomía o entidad suficiente).	
Hechos o delitos homogéneos.	78
Hechos heterogéneos.	81
Necesidad de informar a las partes sobre los cambios de	83
calificación.	
Comparación entre el COPP y el código de enjuiciamiento	84
criminal.	
V. Delimitación de la Potestad del Cambio de Calificación	87
Límites Derivados de la Vigencia del Principio de Contradicción	87
Límites Derivados del Principio Acusatorio en Relación con la Persona	88
del Acusado y los Hechos	
Modificaciones del Objeto del Proceso que el Juez Puede Llevar a Cabo	88
Aplicando Tesis de Desvinculación (Carácter no Esencial)	
Cambio de calificación para corregir errores mecanográficos en la indicación de los preceptos jurídicos aplicables.	89
Cambio de una calificación jurídica a otra conservándose las características de homogeneidad en los hechos.	90

Apreciación de oficio de circunstancias agravantes.	93
Apreciación de oficio de circunstancias eximentes y atenuantes.	95
Apreciación de oficio de nuevas formas de participación.	98
Apreciación de oficio de distintos grados de ejecución (delito	100
tentado, frustrado y consumado).	
Apreciación de oficio de concurso de delitos y delito continuado.	101
Modificaciones Esenciales del Objeto del Proceso Imposibilidad de su	102
Inclusión	
Conclusiones y Recomendaciones	103
Referencias	108

Introducción

El presente trabajo es producto de la diatriba existente en el campo de la doctrina jurídica, respecto a la delimitación de la potestad del juez penal durante el desarrollo del debate para proceder al cambio de la calificación jurídica sin afectar el deber de congruencia o correlación entre acusación y sentencia, figura procesal, cuya aplicación resulta de difícil e inadecuada concreción en la práctica forense venezolana, ante la falta de claridad respecto a los parámetros de interpretación. Lo que ha derivado en la aparición como conducta cotidiana, que se pretenda aceptar a través de un alegado cambio de calificación, la incorporación en unos casos de hechos y circunstancias que modifican los elementos esenciales del objeto del proceso penal y en otros la incorporación de elementos accesorios sin adoptar una formula de desvinculación que respecte el principio acusatorio. Por lo que en su desarrollo, en la investigación se acude al análisis del elemento subjetivo del objeto del proceso, referido a la persona a quien se imputa el hecho y a su elemento objetivo constitutivo, por los hechos de relevancia penal que han puesto en marcha el proceso. Siendo este segundo elemento más difícil de delimitar, por lo que se acude a la reseña de las principales teorías desarrolladas sobre el tema.

La potestad del cambio de calificación resulta notoriamente controversial en la doctrina penal, al existir quien sostiene de forma tajante (López Barja, 2012), la imposibilidad del cambio de calificación, negando la tesis de desvinculación en cualquier nivel. Al tiempo que otra posición doctrinaria (Armenta. 1995; Planchadell, 1999; Cucarella, 2003 y González, 2004), si bien reconoce la posibilidad del cambio de calificación a cargo del juez, precisa que esa desvinculación no resulta arbitraria ni menos aún ilimitada y la misma puede obedecer a diversas circunstancias, que no logran ser resueltas de la misma manera. Requiriendo distinguirse, cuando se está en presencia de alteraciones esenciales o meramente accesorias del objeto del proceso o una simple adecuación de la calificación jurídica, sin incorporar ningún elemento fáctico a los hechos, con miras a la tesis de homogeneidad y heterogeneidad de los

hechos y de la autonomía de los hechos o de la entidad suficiente, para constituir por si mismo el objeto de un proceso penal distinto.

El objeto fundamental de este trabajo, consiste en analizar los principales criterios que sirven de guía a la posible solución, respecto a la regulación de la potestad del juez para proceder al cambio de calificación sin afectar el deber de congruencia o correlación entre acusación y sentencia. En su desarrollo se abordan con especificidad la distinción del objeto del proceso, analizándolo desde la perspectiva de la pretensión punitiva o de los hechos, como objeto procesal y las diferentes teorías que delimitan su contenido; así como, los elementos que lo conforman y caracterizan, aportando una visión dinámica del objeto procesal.

Por su parte se esquematizan los fundamentos del principio acusatorio y sus diferencias con el sistema acusatorio, alcanzando un concepto común del principio acusatorio y propiciando una delimitación positiva y negativa de esta figura a través del análisis de los elementos que lo conforman. Examinando la vinculación del juez respecto a la calificación jurídica y los criterios de delimitación para efectuar ese cambio de calificación, así como un breve contraste como antecedentes del Código de Enjuiciamiento Criminal, realizando una labor identificadora de los elementos consustanciales del principio acusatorio; analizándose incidentalmente la figura de la correlación, desde un perspectiva general entre delito, proceso y pena; y desde una perspectiva particular entre acusación y sentencia.

Asimismo, se aborda el aspecto de la delimitación de la potestad del cambio de calificación jurídica, con base en los límites derivados del principio de contradicción y del principio acusatorio, y algunos supuestos en los cuales resulta procedente efectuar un cambio de calificación, ante la afectación de elementos accidentales, con miras a los parámetros de homogeneidad y heterogeneidad de los hechos y por el contrario la imposibilidad de la modificación de aspectos esenciales del objeto procesal.

Bajo esta perspectiva, se esbozan algunos escenarios y fórmulas de implementación concretos relacionados con el cambio de calificación como resulta la corrección de errores materiales, la apreciación de circunstancias agravantes y calificantes, así como de circunstancias eximentes y atenuantes; y la apreciación de nuevas formas de participación y grados de ejecución, así como su determinación en supuestos de concursos de delitos y de delitos continuados, procediendo finalmente a la formulación de algunas conclusiones que permitan establecer con coherencia parámetros objetivos válidos para delimitar en su implementación dicha potestad del juez de oficio, sin traspasar los límites del principio de congruencia o correlación entre la acusación y la sentencia condenatoria.

En su desarrollo la metodología utilizada en la investigación se correspondió al tipo monográfico, de carácter documental a nivel descriptivo, logrado gracias a la posibilidad de revisar las principales obras de actualidad en derecho comparado sobre el tema en estudio. El mismo tiene notable importancia en el campo forense, por cuanto día a día, nos topamos con decisiones judiciales que, sin mayores reparos, adoptan una posición extensiva respecto a la aplicación de la potestad del cambio de calificación. Todo ello, sin entrar en un pronunciamiento pormenorizado y reflexivo sobre el tema.

De esta forma, se propone contribuir a mejorar el sistema de administración de justicia, evitando en el proceso penal venezolano la implementación velada del esquema inquisitivo, por todo lo cual se brindan herramientas conceptuales que derivan en la correcta aplicación de la función jurisdiccional, con apego a la imparcialidad y a la tutela judicial de las pretensiones, en el marco de las garantías del derecho a la defensa. Todo esto resulta cónsono con el principio de tutela judicial efectiva y celeridad procesal al evitar en lo futuro la hipotética reposición de la causa, producto de la determinación en alzada de una vulneración de los derechos constitucionales por parte del juez de instancia, al momento de decidir.

El Objeto del Proceso Penal

Aspectos Generales

El proceso penal representa para los ciudadanos una de las más intensas confrontaciones con el poder soberano del Estado, porque solo a través del proceso penal se puede aplicar verdaderamente el "ius puniendi" estatal, es decir, imponer las graves consecuencias amenazadas en el derecho penal material, tales como las penas o las medidas de seguridad. De ahí que como sostiene Roxin (2000) "no solo se pueda caracterizar al proceso penal como un instrumento de por sí hostil, teniéndose en cuenta la actividad coercitiva propia del proceso penal, sino también como un medio esencialmente dinámico y realizador de la justicia material, nítidamente contrapuesto a un derecho penal material mucho más estático, el cual solo se limita a prever en abstracto (y antes de la experiencia) las conductas consideradas como punibles" (p. 133).

Siendo dicha dinamicidad la característica que fundamenta y diseña el rol confrontacional del proceso penal y la que, a su vez, permite enfrentar al "ius puniendo" estatal, ya no con seres hipotéticos e innominados, sino más bien con seres ontológicamente reales, es decir, con personas de carne y hueso, verdaderos y obligados actores del proceso penal. En éste sentido, afirmó Beling (1943), que: "el derecho penal se encuentra un tanto distanciado de los acontecimientos de la vida real; no contiene más que valoraciones generales y esquemáticas; no habla del homicidio de Y cometido por X el doce de Enero, en el lugar Z, y menos sabemos por el derecho penal, si X ha realizado esto o lo otro" (p. 1) por lo que será a través del proceso penal donde se zanja el abismo entre la norma y la realidad.

Sin embargo, ello no implica, que el proceso penal pueda ser aplicado de manera absoluta, sin mayor límite que la voluntad discrecional de la autoridad estatal y con la finalidad de conocer y sancionar cualquier manifestación de la vida de los justiciables. Por el contrario, dada la grave afectación implícita de los derechos del ciudadano, el mismo solo debe estar limitado y reservado para conocer y sancionar conforme a un derecho penal del acto, sucesos humanos socialmente graves y con cierta connotación punible que puede legitimar y enervar conforme al principio de legalidad penal la puesta en marcha de un proceso penal concreto.

Dicho suceso o asunto humano, cuya existencia y relevancia jurídico penal será motivo de conocimiento y decisión de un proceso penal concreto, constituye lo que se conoce con el nombre de objeto del proceso. Denominación que no solo pone de manifiesto su naturaleza fundamentadora, sino también su ubicación central dentro de la actividad jurídico procesal. Razones estas que hacen del objeto del proceso el eje alrededor del cual gira toda la actividad jurídico procesal de un juicio penal concreto. Siendo que como sostuvo Gómez Orbaneja (1985), en la doctrina se distingue entre el objeto del proceso penal en sentido amplio y el objeto del proceso penal en sentido técnico; por lo que "desde el primer punto de vista, se trata de ver si el imputado es culpable de actos punibles y cuáles son las consecuencias que en su caso se le deben imponer; mientras que desde la perspectiva técnica se hace referencia solo al hecho descrito en la acusación en relación con la persona acusada, por tanto, solo estima el objeto del proceso judicial definido en base al principio acusatorio" (p. 40).

Al respecto considero, al igual que González (2004) y Cárdenas (2005), que la importancia del objeto del proceso penal radica en dos razones fundamentales: En primer lugar, porque aquel constituye el fundamento y límite de la actividad cognoscitiva y coercitiva del Estado. Y en segundo lugar, porque constituye el presupuesto material u objetivo de la garantía de la cosa juzgada material, manifestación del "ne bis in ídem" o prohibición de persecución penal múltiple y centrado en el tema de estudio de la correlación o congruencia entre acusación y



sentencia. De allí su carácter medular y la razón por la que sea considerado como la piedra de torque, tanto del derecho punitivo "ius puniendi" estatal como del derecho al juez imparcial, a la defensa y al debido proceso del imputado. Teniendo presente además la relación existente entre el objeto del proceso y el principio acusatorio; este último que exige, según Ramos (1993), "por un lado, una correlación entre el hecho que aparece descrito en la acusación y el hecho que sirve de base a la condena, y, por otro, que exista una homogeneidad entre los delitos afirmados en la condena y los que fueron imputados en la acusación" (p. 62)

La Pretensión Punitiva o el Hecho como Objeto del Proceso Penal

Dada la importancia del tema, conviene precisar ahora el contenido del objeto del proceso, máxime si el término asunto o suceso penal aparece como un concepto muy genérico y técnicamente poco claro. En este sentido, conviene preguntarnos: ¿Qué es lo que constituye en sí el objeto del proceso?, o más específicamente ¿Cuál es el contenido del objeto del proceso?. Al respecto, existe un sector de la doctrina, entre ellos Asenso (1991) y Gimeno (1999), que defienden que el objeto del proceso está conformado por la pretensión punitiva. Ello frente a otra corriente que niega tal posición, como indica Gómez Orbaneja (1985); y otras que más acertadamente y sin negar la existencia de tal pretensión punitiva entre ellos Viada (1974), González (2004) y Cárdenas (2005), afirman que el objeto técnico del proceso es la acusación y siendo que el contenido de la acusación es la atribución del hecho, por tanto el objeto de la acusación es el hecho atribuido o, más correctamente, al hecho punible y se indica que más correctamente porque el acaecimiento de un hecho como tal no necesariamente le interesa al derecho penal en tanto éste no se halle investido de por lo menos una aparente relevancia jurídico penal. Solo esto último puede despertar el verdadero y legítimo interés del aparato punitivo estatal.

Si bien, en el presente trabajo se comparte la posición doctrinaria respecto a que la pretensión penal no constituye el objeto del proceso, desde un aspecto técnico procesal y por ende estimando que el hecho punible ciertamente conforma el objeto del proceso. Aún y cuando dicha respuesta puede parecernos demasiado obvia y más específica, no alcanza delimitar el contenido exacto del objeto del proceso y ello porque el concepto de hecho punible todavía encierra un cierto grado de ambigüedad, producto de su indeterminación conceptual normativa en el derecho penal venezolano, específicamente ante un silencio legislativo. Es por ello que resulta necesario aclarar el concepto de hecho punible, tarea que nos obliga a resolver su principal problema, a saber: lograr definir y delimitar coherentemente su contenido, interrogante cuya solución divide a la doctrina en tres posiciones bien marcadas y conceptualmente diferentes, a saber:

Teoría restringida / delimitación jurídico-material del hecho punible.

Entre los autores que delimitan el contenido del hecho punible sobre la base de los conceptos jurídico materiales de unidad y pluralidad de acción, haciendo coincidir el contenido del hecho punible, es decir, del objeto del proceso, con el contenido fáctico y jurídico de una unidad de acción en sentido material o sustantivo, encontramos a Maier (1989) y Binder (1993); conforme a este concepto el límite mínimo de un objeto del proceso estaría dado por una simple tentativa o frustración, mientras que el límite máximo bien podría estar constituido por un delito continuado o permanente o bien por un concurso ideal de delitos, toda vez que en todos estos casos solo existe una acción desde el punto de vista jurídico penal, ya sea por razones propiamente naturales (como la simple acción de matar, por ejemplo) o bien por razones estrictamente jurídicas (como el caso del delito permanente y el concurso ideal de delitos, por ejemplo).

En base a dicha teoría restringida, no constituirá un solo objeto del proceso los delitos que se encuentran comprendidos en un concurso real, ya que en este caso no existe desde el punto de vista jurídico material una sola acción punible, sino, por el contrario, varias acciones independientemente punibles. Pudiendo deducirse, pues,

como máxima según Maier (1989) "que mientras una acción u omisión en sentido material siempre constituirá un hecho punible en sentido procesal, dos o más acciones en sentido material siempre constituirán dos o más hechos punibles en sentido procesal, es decir, dos o más objetos procesales" (p. 387).

Teoría amplia / conexión espacio-temporal del hecho punible.

En contra de ese concepto rígido, en el derecho comparado, autores como Beling (1943) y Baumann (1986), sostienen una segunda posición doctrinaria que delimita el contenido del hecho punible, ya no desde un punto de vista jurídico material, sino más bien desde una perspectiva jurídico procesal, según la cual como sostiene Baumann (1986) el "hecho punible estaría dado por aquel complejo fáctico de acciones u omisiones punibles que, por su conexión espacio-temporal, históricamente pueden ser consideradas como un suceso penal único". (p. 272)

Este concepto parte de una visión histórica, con arreglo a la cual el contenido del hecho punible adquiere autonomía y se superpone por encima del concepto estrictamente material, llegando incluso a considerar dentro de su contenido a delitos independientes unos de otros, siempre, claro está, que aquellos se encuentren en una conexión espacio-temporal y que los mismos puedan ser considerados como un suceso penal único (como en el caso del concurso real, por ejemplo). Ya no importa, pues, conforme a este concepto, la unidad o pluralidad jurídica de las acciones u omisiones punibles, sino más bien la unidad espacio-temporal de los hechos, consideración a partir de la cual se debe también diferenciar el contenido de uno u otro objeto procesal. Así, por ejemplo, constituirá un solo hecho punible y, por lo mismo, un solo objeto procesal, la conducta del sujeto que, luego de abusar sexualmente de una adolescente, mata a su infortunada víctima con el propósito de ocultar su delito y, no satisfecho con ello, finalmente hiere gravemente a un testigo presencial del hecho.

Debe resaltarse como en el ejemplo propuesto, el suceso punible no lo integra una sola acción, sino un conjunto de acciones, cada una punible de por sí, pero que dada su conexión espacio-temporal, se encuentran conformando un suceso penal único. Distinto es el caso en donde dichas acciones constituyen complejos fácticos distintos, espacio y temporalmente independientes unos de otros. Así, por ejemplo, constituirán sucesos históricos distintos la conducta del sujeto que, en vísperas de navidad, hiere gravemente a una persona a fin de asegurar el robo de su vehículo, para luego en el mismo día cometer, conjuntamente con otro sujeto, un asalto a un colectivo, así como también una violación de una mujer mayor de edad. Desde un punto de vista histórico, tanto el robo como las lesiones graves, cometidas inicialmente, constituyen un primer suceso histórico, mientras que el asalto al transporte colectivo y la violación de la libertad sexual constituyen otro suceso fáctico independiente. En este caso, claramente comportan dos objetos procesales distintos.

También respaldan este concepto razones extrínsecas al hecho o suceso en sí, que van desde la necesidad de favorecer la coherencia y la plenitud del conocimiento judicial, hasta las ventajas que suponen los criterios de economía y celeridad procesal. En este sentido, consideró Beling (1943) que "le conviene al Estado resolver en un solo proceso las acciones u omisiones integrantes de un suceso penal único, hecho que no solo supone un ahorro considerable de costos procesales, sino que además permite procesar al imputado en el marco de un tiempo razonable" (p. 85).

Teoría mixta o intermedia.

Si bien las teorías anteriormente indicadas tienen la virtud de ser conceptualmente claras. Se debe advertir que las mismas presentan serios inconvenientes a la hora de su aplicación práctica, debido fundamentalmente a los sentidos contrapuestos de los principios que les sirven de fundamento. La primera de

ellas fundada en la defensa de la justicia material y la segunda en el respeto de la seguridad jurídica de la persona, sin que en ningún caso se deje abierta la posibilidad de una salida transigida entre ambos principios. Ello se pone de manifiesto a la hora de verificar, sobre la base de sus propios conceptos, la identidad de dos o más objetos procesales, problema que, como veremos, no es completamente solucionado por ninguna de estas dos teorías, y que, dada su trascendencia práctica, demanda una solución urgente, contrastable con la realidad y mucho más ecléctica. Más aún si el tema de la identidad o no de un objeto procesal se encuentra en relación directa con la posibilidad de perseguir penalmente dos veces a una misma persona por un mismo hecho y sobre todo vista su vinculación directa con el tema en estudio, de mantener la correlación o congruencia entre acusación y sentencia ante un eventual cambio de calificación jurídica. Para lo cual la mejor aproximación parte de abordar el tema desde la perspectiva de los elementos subjetivos y objetivos del hecho punible como objeto del proceso penal.

Elementos que conforman el objeto del proceso penal.

Tal y como señala González (2004), adentrándonos en la tesis del hecho punible como objeto del proceso penal, desde el necesario enfoque concertado de una teoría intermedia, debe reconocerse como el mismo está compuesto por dos elementos: "el elemento subjetivo, referido a la persona a quien se imputan los hechos y, por otro lado, el elemento objetivo, constituido precisamente por los hechos que han puesto en marcha el proceso" (p. 28)

Bajo esta perspectiva, el problema de la identidad o no de dos o más objetos procésales, se puede plantear de la siguiente manera: ¿Cuándo dos o más procesos penales se refieren a un mismo hecho?, o mejor dicho ¿Cuándo existe persecución penal múltiple contra una persona por un mismo hecho?. La respuesta a esta interrogante pasa por considerar al hecho punible como el presupuesto fáctico de toda persecución penal y a la persona humana como el verdadero centro de imputación de

dicho acontecimiento. Premisas que de por sí rechazan el ejercicio arbitrario de toda manifestación coercitiva del Estado (sea procesal adjetiva o material sustantiva). Conforme a ello, habitualmente decimos en el foro penal que, dos o más procesos tienen idéntico objeto procesal: I) cuando versan sobre la misma persona imputada (identidad subjetiva); II) cuando además giran en torno al mismo hecho punible (identidad objetiva); y III) cuando además están referidos a la misma petición (identidad de la causa petendi).

Elemento subjetivo.

La identidad de la persona perseguida debe constatarse en función del sujeto contra quien se dirige la imputación jurídica penal o dicho de otra manera, como señala Cárdenas (2005), la acción penal se circunscribe a la persona del acusado, ello con plena independencia del contenido valorativo de esta última, es decir, sin importar el título o grado de dicha imputación. Por lo que no reviste mayor relevancia en el ámbito subjetivo, que en un primer momento, se le impute a una persona como autor de un delito y luego como partícipe del mismo, o que se le impute, primero, una tentativa punible y luego la comisión de un delito consumado. Pues tales ajustes, alteraciones o modificaciones se refieren en todo caso a conductas, cuyo análisis se enmarca dentro del ámbito objetivo (hechos) y no subjetivo (persona) del objeto del proceso penal. Siendo que si bien en todo caso la individualización de la persona imputada constituye un requisito esencial de la correlación o congruencia entre acusación y sentencia, desde un punto de vista práctico parece estéril exacerbar un análisis sobre este aspecto pues, las verdaderas complicaciones, salvo los casos de error de identidad, mayoritariamente se van a referir a los hechos que han puesto en marcha el proceso.

En tal sentido, si bien por razones de congruencia argumentativa, resulta cónsono el planteamiento hecho por Carnelutti (1960) respecto a que la identidad del sujeto podría ser incluida en el estudio de los hechos. A los efectos meramente

pedagógicos y ante la conveniencia de establecer claramente el elemento subjetivo, siendo que en los delitos de acción pública, y como regla general en el derecho penal, pequeño rol juega la persona agraviada (sujeto pasivo) a efectos de verificar la identidad del objeto del proceso, y ello, porque el objeto del proceso constituye un límite contra el poder punitivo del Estado, y como tal debe valorarse principalmente desde la perspectiva del sujeto sobre quien recae (sujeto activo) la perturbación de sus derechos fundamentales, al soportar el peso del "ius puniendi" estatal. Siendo pertinente reflejar la consideración de González (2004) al resumir que "en el proceso penal la exigencia de identidad en el elemento subjetivo a efectos de la listispendencia, correlación entre acusación y sentencia y cosa juzgada, solo hace referencia a la parte acusada en el proceso y no a la que mantiene la acusación. Esta circunstancia deriva de la vigencia en el proceso penal del principio de oficialidad y del carácter público de la acción penal" (p. 29).

Elemento objetivo (el hecho como objeto del proceso).

A diferencia de la identidad de la persona, la interrogante sobre la identidad del hecho, suscita serias controversias en la doctrina, que encuentra un punto de coincidencia en el rechazo de la calificación jurídica como elemento delimitador y diferenciador de los objetos procesales, ya que de no ser así se haría depender la identidad de un objeto procesal de la igual o diferente calificación jurídica que se le pudiera dar a un mismo hecho, esto último en contra de la seguridad jurídica de la persona. Suponer lo contrario sería aceptar que una pluralidad de calificaciones jurídicas, bien podrían fundar también una pluralidad de hechos u objetos procesales. De manera, pues, que siempre estaremos frente a un mismo hecho, por más que en un segundo proceso se vuelva a imputar un mismo suceso bajo una calificación jurídica distinta. Todo ello porque el cambio de la apreciación jurídica del hecho en el sistema de corte acusatorio no puede alterar la identidad ontológica del mismo.

Distinto es el problema que plantea la tarea de distinguir el contenido y límite de uno y otro hecho punible. Y no solo desde la tranquilidad y claridad conceptual de las teorías anteriormente expuestas, sino desde la impredecible e implacable crítica de la realidad práctica. Esto último no solo implica la necesidad de asumir propuestas lógicamente consistentes, sino también soluciones axiológicamente coherentes. Solo una teoría capaz de contrastar en la realidad estos dos elementos, en la solución de casos concretos, puede ser considerada científicamente correcta. En ese orden de ideas han sido diversas las teorías que han pretendido solucionar el correspondiente dilema jurídico respecto a ¿Cuándo se puede afirmar, con carácter general que se está ante un mismo hecho o por el contrario ante dos hechos distintos?; solución que parte de la idea común de que el aspecto sustantivo del objeto del proceso está constituido por el hecho que haya dado lugar al desarrollo del proceso penal, entre las cuales se destacan:

Las teorías naturalistas.

En esta corriente doctrinaria, encuadrada desde la concepción restringida del hecho punible, para la determinación del objeto procesal como apunta Cárdenas (2005), se atiende a los hechos imputados al prescindir de cualquier valoración jurídica. Siendo lo importante el hecho y no el tipo penal o como refleja González (2004), "Según esta teoría, solo se tiene en cuenta el hecho en su sentido natural o puramente histórico, por lo que consiguientemente se desecha las referencias al delito o la calificación jurídica que se le dé al hecho u objeto de enjuiciamiento" (p. 34)

Es igualmente importante advertir que, según las teorías naturalistas, un objeto del proceso no solo está integrado por aquellos hechos o circunstancias conocidas por el órgano jurisdiccional, sino también por todos aquellos hechos o circunstancias vinculadas a la identidad ontológica e histórica del suceso como tal. Esta teoría se apoya en el principio de seguridad jurídica y se alza como garantía de respeto de la libertad de los ciudadanos, extendiendo el efecto negativo de la cosa juzgada no solo

sobre los hechos conocidos en el proceso sino también sobre los hechos que el juez hubiera podido conocer de manera abstracta.

Si bien, como reconoció Cortes (1975) "el entender el hecho natural o hecho de la vida ha reportado ventajas a la ciencia del derecho procesal penal; con ello se ha conseguido tener claro que una cosa es el hecho y otra cosa es el crimen" (p. 58); no obstante resulta inconveniente la aplicación rigurosa de esta teoría. Por lo que compartiendo la opinión de Cucarella (2003), González (2004) y Cárdenas (2005), no puede descartarse de plano todo tipo de valoración jurídica, pues siendo solo jurídicamente relevantes los hechos que sean delictivos. Por lo que puede darse el caso de hechos que no siendo naturales son igualmente frutos de la conducta humana, resultando así igualmente típicos. En consecuencia no puede ser totalmente desvinculados tales hechos jurídicamente relevantes de la perspectiva aportada por el derecho penal.

Las teorías normativas puras.

En esta corriente doctrinaria, encuadrada dentro de la concepción amplia del hecho punible como señala Cárdenas (2005), "se parte del concepto núcleo esencial del hecho, que significa que cualquier acontecimiento histórico, con relevancia jurídica, se caracteriza por tener un núcleo fundamental, el cual si es alterado o cambiado, tendrá que concluirse que no se está ante el mismo hecho, sino que se trata de uno nuevo. En la esencia de los tipos penales, se considera su objeto normativo" (p. 23).

Para el desarrollo de esta concepción, como indica González (2004), se debe descomponer "el concepto jurídico-sustantivo del hecho en sus distintos elementos y, basándose en éstos, establecen la regla de validez general, gracias a la cual puede determinarse cuándo se está ante dos hechos idénticos, o cuando por el contrario, tiene que negarse tal identidad" (p. 36). Así, autores como Liu (1960), realizaron una

distinción entre lo que denominaron por una parte los elementos sustantivos y por la otra los elementos adjetivos del hecho concreto que se analiza. Siendo los primeros los que conforman el verdadero objeto del proceso y por ende el que guarda relevancia inmodificable respecto al principio acusatorio.

Por el contrario, los elementos adjetivos no delimitan en el sentido técnico el objeto del proceso, constituyendo en todo caso lo que denomina González (2004), el objeto del proceso en sentido amplio. Este si podría equiparase con la pretensión penal y por ende solo, cuando a lo largo del juicio oral sean modificados los elementos que conforman el núcleo esencial del hecho, podrá afirmarse que ha habido cambio de objeto, el cual eventualmente requerirá la incoación de un nuevo proceso autónomo (nueva imputación). Mientras que las alteraciones de elementos de carácter adjetivo solo requerirán en principio aplicar una tesis de desvinculación (cambio de calificación / ampliación de acusación) y que se le brinde a la parte a que pueda afectar tal modificación, la posibilidad de defenderse y contradecir, aspecto este de notoria relevancia respecto al principio de correlación o congruencia entre acusación y sentencia, con miras a determinar los límites del cambio de calificación jurídica a cargo del juez penal.

Desde una perspectiva excluyente, ambas teorías fracasan en la posibilidad de establecer una fórmula general de determinación precisa del objeto del proceso penal (tanto el concepto amplio como el concepto restringido de hecho punible), pues no son capaces de resolver por sí solas todos los problemas que se suscitan en torno a la identidad del hecho punible. Al efecto, podemos indicar como ejemplo pedagógico, el caso en donde dos sujetos, A y B, ingresan al domicilio del agraviado C, logrando no solo apoderarse de los bienes de este último, sino también herir gravemente a su esposa y violar a su adolescente hija de 13 años; hecho este último que por razones de bochorno o pudor no fue denunciado al tiempo de sustanciarse un primer proceso seguido contra ambos sujetos. Así, partiendo de un concepto restringido o sustantivo

de hecho punible, no existirá problema alguno para volver a perseguir y sancionar a los referidos sujetos por el delito de violación contra la libertad sexual de dicha adolescente, ya que en este caso el robo, las lesiones graves y el delito contra la libertad sexual se encuentran conformando un concurso real de delitos, en donde cada uno de ellos constituyen unidades de acción independientes y, por lo mismo, objetos procesales distintos.

Esta solución tiene por virtud impedir la impunidad de algunos delitos, especialmente de aquellos comprendidos en un concurso real de delitos; como argumento en contra, y partiendo de un concepto amplio de hecho punible, en este mismo caso también se podría negar la posibilidad de abrir un nuevo proceso penal contra A y B, toda vez que en el suceso referido el robo, las lesiones graves y la violación contra la libertad sexual, dada su conexión espacio-temporal, se encontrarían conformando un suceso histórico único y, por ende, un mismo objeto procesal. Por lo que una segunda acusación por el delito contra la libertad sexual siempre versaría sobre el mismo hecho punible, es decir, sobre un componente fáctico del mismo suceso histórico imputado (un mismo objeto procesal).

Ahora bien, asumir la primera solución como regla, supondría, como ya se adelantó, ponderar la justicia material por encima de la seguridad jurídica de los ciudadanos, quienes fácilmente, conforme lo señala Baumann (1986), podrían padecer durante toda o gran parte de su vida una serie de procesos a causa de un mismo suceso histórico: En este caso, por ejemplo, uno por robo, otro por lesiones graves, otro por el delito de violación y otros tantos más por los delitos que se pudieran haber cometido y que pudieran estar en concurso real con los delitos anteriores. Situación ésta que resulta insoportable y atentatoria contra los derechos fundamentales del justiciable, más aún si el desconocimiento de tales delitos, solo puede ser atribuido a la actitud negligente e indiferente del propio órgano jurisdiccional.

Ello no quiere decir, sin embargo, que se deba otorgar supremacía a la seguridad jurídica por encima de la justicia material. Por lo que toda solución al problema pasa necesariamente por respetar y ponderar ambos principios, y por entender que la justicia material no se puede imponer, por imperio de su propia fuerza, por encima de la libertad de la persona. Ni que esta última, en virtud de su propia naturaleza, deba ceder siempre al paso de la justicia material. En el marco de éste contexto, recientemente se viene abriendo paso una tercera teoría, la misma que busca conciliar ambos principios sobre la base de conceptos tanto sustantivos como procesales.

Teorías mixtas o intermedias.

Esta teoría intenta distinguir la identidad de un hecho punible en función de su diferencia esencial respecto de otros aspectos fácticos integrantes del mismo suceso punible, esencialidad que, en cada caso, estaría dada según Schluchter (1995), por los siguientes componentes: a) por la unidad de acción; b) por el objeto de la acción; y c) por el bien jurídico protegido. Con ello se pretende solucionar, no solo los problemas suscitados a raíz de los concursos reales, sino también, aunque de manera encubierta, los problemas suscitados en torno a los concursos ideales. Así, por ejemplo, se pretende solucionar el caso en donde un sujeto, luego de adquirir ilícitamente un arma de fuego (tenencia ilegal de armas), unos días después da muerte a una persona utilizando dicha arma (homicidio intencional), siendo procesado tiempo después solo por el delito de tenencia ilegal de armas.

En desarrollo de esta evolución teórica, se comparte igualmente como depuración conceptual la opinión de González (2004), al considerar que la unidad de acción y el objeto de la acción se conjugan en el comportamiento típico, por lo que realmente son dos los elementos normativos en que se ha basado la doctrina para

llevar a cabo esta delimitación del hecho en sentido técnico o procesal: "en primer lugar, el elemento referido a la actividad o comportamiento típico, es decir los actos de ejecución típicos y, en segundo lugar, el contenido material del injusto, o bien jurídico lesionado" (p. 37), resultando pertinente efectuar algunas consideraciones específicas respecto estos elementos de forma separada.

Elemento relativo a la actividad o comportamiento típico.

Para poder efectuar correctamente la identificación del hecho, autores como Liu (1927), consideraron que de todos los elementos normativos que componen un tipo penal, solo resulta relevante la actividad o comportamiento típico, por lo que en su opinión solamente se le atribuye carácter sustantivo al elemento relativo a la actividad, mientras que cualquier otro elemento giraría a su alrededor como elementos adjetivos que califican al sustantivo; por lo que se distingue entre el ser y el deber ser de la resolución judicial y que parafraseado por González (2004) "el ser es aquello que el juez efectivamente decide en su sentencia, aquello que se le ha pedido que resuelva, mientras que el deber ser viene constituido por lo que el autor, denomina objeto normativo, es decir aquello que el órgano jurisdiccional debió haber decidido". (p. 76).

Siendo el caso que ese núcleo esencial puede hallarse repetido en otro tipo delictivo que, siendo extremadamente similar, se denomina homogéneo. Tal condición es lo que hace posible que el juez pueda pasar de una calificación jurídica a otra sin que se altere el objeto del proceso, en un sentido normativo. Sin embargo como critica la doctrina, entre ellos autores como González (2004 y Cárdenas (2005), tal tesis resulta insuficiente en aquellos casos en los que, producto de las pruebas evacuadas en juicio, se desprenda que la parte acusada no ha sido actora sino que su relación con los hechos lo sea en calidad de partícipe, por lo que, en todo caso, tal criterio habrá de ser complementado con miras al elemento del bien jurídico protegido o en todo caso lesionado.

Elemento relativo al bien jurídico protegido o lesionado.

Para resolver los problemas que se plantean respecto a la definición del objeto del proceso, en caso de cambio en los grados de participación (autor a participe), la doctrina procede de la misma manera a buscar el nexo común existente, ahora entre la ejecución o autoría material de la acción típica y la mera participación en ella. Es así como se llega al elemento del bien jurídico protegido o lesionado, cuya tesis fue principalmente elaborada por Schwinge (1932), según el cual, como lo parafrasea González (2004), "hay que distinguir dos tipos de identidad del hecho: en primer lugar la que se refiere a aquellos supuestos en que la identidad, total o parcial, de los actos de ejecución del tipo suponen que haya identidad de hecho o de objeto, y en segundo lugar, un grupo de supuestos, entre los que el único elemento común a los dos conjuntos de hechos que se comparen es que la acción de dirige en contra del mismo bien jurídico" (p. 41)

Atendiendo a dicha argumentación se observa que, conceptualmente habrá homogeneidad de objeto, en primer lugar, cuando haya al menos identidad parcial entre los actos de ejecución típicos, y en segundo lugar, en los supuestos en que no dándose esta primera identidad, si coincide el elemento relativo al contenido material de lo injusto orientado al bien jurídico protegido o lesionado.

El problema aquí, utilizando el mismo ejemplo de la persona procesada por la tenencia ilícita de arma de fuego, es saber si se puede o no volver a procesar al referido sujeto por el delito de homicidio. Según se entiende, en este caso tanto uno como otro delito, estarían conformando un concurso ideal de delitos (sobre la base de la unidad de acción que supone el delito de tenencia ilegal de armas). Situación que echaría por tierra la posibilidad de volver a procesar a dicho homicida, toda vez que la unidad jurídico material de acción, como ya lo anotáramos, marcaría el límite

infranqueable entre uno y otro hecho punible, incluso, desde la perspectiva del concepto restringido de hecho punible. Ello, sin embargo, no impediría a esta tercera teoría considerar a dichos delitos como dos hechos esencialmente distintos, nítidamente diferenciados en función de la acción, el objeto de la acción y el bien jurídico protegido. Solo así, se podría autorizar en un marco conceptualmente coherente a iniciar un segundo proceso contra el homicida y, a su vez, cerrar el paso a la impunidad.

En contra de esta solución se podría decir: Que esta teoría lo que en verdad hace es crear un nuevo concepto sobre unidad de acción (presupuesto del concurso ideal de delitos); esto a efectos de separar, desde un punto de vista procesal, acciones que, desde un punto de vista material, se encuentran conformando, por ficción jurídica, una sola acción. Solo de esta manera, dicha teoría puede salvar sus propias contradicciones, pues la misma, al igual que el concepto restringido de hecho punible, también niega la posibilidad de que un concurso ideal de delitos pueda subdividirse y generar, desde un punto de vista procesal, varios hechos punibles (hechos u objetos procesales distintos).

En esta misma dirección se ubica el planteamiento de Roxin (2000), al apuntar que forman parte de un hecho punible, en primer lugar, independientemente de toda calificación jurídica, todos los acontecimientos fácticamente inseparables y pertenecientes a él y también aquellos acontecimientos independientes, separables en el sentido del concurso real del derecho material, siempre que estos sean comparables en su contenido del injusto y se hallen en una relación espacio-temporal. Este planteamiento también rechaza la posibilidad de dividir una unidad de acción en varios hechos procesales distintos, pero, a diferencia del planteamiento anterior de Schwinge (1932), este no pretende solucionar los problemas que ello acarrea a partir de consideraciones procesales, sino que, por el contrario, acepta sin reparos, las consecuencias del efecto limitador del concepto jurídico material de unidad de

acción, pues para este autor en ese caso no se estaría ante una concurso real sino ideal de delitos.

En todo caso, dicha teoría traslada su preocupación al ámbito del concurso real de delitos, cuyo supuesto, según esta posición, también puede integrar el contenido concreto de un mismo hecho procesal, siempre que los delitos en concurso sean comparables desde el contenido de su injusto, criterio normativo a tener en cuenta a la hora de delimitar un hecho de otro. En suma, dicho planteamiento no tolera subdivisiones en el contenido de un concurso ideal, pero sí en el contenido de un concurso real. Es decir, tolera la impunidad, por un lado, y, a su vez, relaja la seguridad jurídica por otro, amparado en una tesis de ponderación.

Configuración Dinámica del Objeto del Proceso Penal

Sobre el tema, si bien como regla general, se comparte el carácter dinámico del hecho y de la configuración única del objeto durante el proceso, por cuanto como afirma González (2004) "es cierto que el hecho va cambiando a medida que el proceso se va desarrollando, pero no es menos cierto que normalmente esos cambios no van a alterar aquello que constituye el núcleo esencial del objeto del proceso"; por lo que como opina la referida autora: "únicamente cuando no se pueda afirmar la identidad, al menos parcial, de los actos de ejecución típicos o del bien jurídico lesionados, podrá decirse que se está ante un nuevo hecho y, por consiguiente ante un nuevo objeto del proceso" (p. 62).

Por lo que, tal dinamismo se verifica con la posibilidad de modificación entre el hecho introducido con la denuncia o la querella cuyo carácter jurídico-penal va a ser hipotético, pues como refirió Beling (1943) a lo largo del proceso puede negarse la existencia del hecho o su relevancia en el ámbito penal; por lo que, como expone González (2004) el hecho por el cual se incoa la acción penal: "habrá de irse integrando durante el desarrollo del mismo" (p. 63), máxima que en el caso

venezolano resulta aplicable con sus particularidades, en lo que respecta exclusivamente al elemento objetivo, el cual podrá ser modificado en sus elementos no esenciales, no solo presentado el acto conclusivo, sino ya avanzado el debate oral y público, hasta antes de las conclusiones, a través de la ampliación de la acusación fiscal en los términos previstos en el artículo 334 del Código Orgánico Procesal Penal (COPP, 2012), más no así de los elementos esenciales a nivel objetivo o del elemento subjetivo, en el cual ciertamente, solo resulta plausible su modificación hasta la presentación del acto conclusivo (acusación). Por lo que en el devenir del proceso judicial cualquier otro cambio en cuanto a la identidad del responsable, o de los elementos esenciales del hecho, requerirá de una imputación autónoma y el desarrollo de un proceso independiente.

Sin embargo, mas allá de considerar que existe una condición dinámica del contenido del hecho objeto del proceso penal, en este trabajo, se considera que debe ser ajustada la óptica con la cual se define y concilian los principios de justicia material y seguridad jurídica. Por lo que se debe advertir que ni siquiera las dos últimas teorías referidas (comportamiento típico y bien jurídico lesionado) alcanzan a conciliar totalmente los principios entredichos. Y es que todas las teorías referidas, sin excepción alguna, basan sus premisas fundamentales, en mayor o menor medida, en presupuestos jurídico materiales o sustantivos. Olvidan dichas teorías que la fuerza punitiva de un proceso, conforme a su fin, no solo se basa en la corrección lógica de los delitos imputados, sino fundamentalmente en la verdad real de los hechos que la sustentan.

Sobre la base de lo dicho, en este trabajo se considera que una solución justa al problema pasa, en principio, por asumir un concepto genuinamente procesal o histórico del hecho punible, capaz de concebir a este último ya no como un concepto ligado a relaciones lógico materiales, sino como un concepto fundamentalmente fáctico. Es decir un concepto en donde solo importe la verdad y unidad histórica del

hecho punible y en donde la existencia e identidad de su contenido no esté supeditado a ningún parámetro de unidad o pluralidad jurídico material de acción. En este sentido, un buen punto de partida lo constituye el concepto amplio o procesal de hecho punible. Claro está despojado del límite formal del concepto jurídico material de unidad de acción. Ello nos permitirá, por ejemplo, considerar, conforme al sentido natural de las cosas, como un suceso histórico independiente, el caso del homicidio realizado con un arma ilícitamente obtenida y también el caso de la violación durante la ejecución del robo. Es cierto que, desde un punto de vista sustantivo, existe aquí una sola acción, pero también es cierto que, desde un punto de vista histórico, existen dos sucesos fácticos con identidad propia. No está de más reflexionar respecto a que, en otros casos, dicha unidad histórica bien puede coincidir con una pluralidad de acciones punibles.

En estas circunstancias el hecho punible estará integrado por todos los delitos concurrentes, siempre que los mismos, se encuentren vinculado espacio temporalmente (circunstancias que condicionan la unidad histórica del hecho punible). Finalmente, en el presente trabajo de estima que, no se puede delimitar a priori (a partir de criterios normativos), todos los componentes fácticos de un hecho punible, pues ello supondría negar su naturaleza histórica. En todo caso, se estima viable que, excepcionalmente se puede admitir una nueva persecución sobre la base de un aspecto fáctico desconocido, siempre que dicho desconocimiento no pueda ser atribuido a la actitud displicente del órgano jurisdiccional. Dedúzcase pues, de la historicidad del hecho punible no solo su ubicación espacio-temporal, sino también la exigencia de su cognoscibilidad. De allí que, solo el conocimiento de un hecho o la posibilidad concreta de hacerlo, pueden delimitar el contenido de un suceso propiamente histórico. Pues un suceso al margen del conocimiento humano no es propiamente histórico.

Conforme a ello resulta difícil suponer que, en el caso del robo y la violación a la adolescente, el juez haya tenido la posibilidad concreta de conocer la violación practicada contra dicha adolescente, máxime si se tiene en cuenta los intereses puestos en conflicto en cuanto al conocimiento o no del referido suceso (en torno a la adolescente). Distinto es el caso, cuando el fiscal no formaliza acusación por el delito de robo, por no haberse acreditado con prueba documental la propiedad y pre-existencia de los objetos de la acción típica y se pretenda iniciar posteriormente un segundo proceso por el hecho. En este caso, el fiscal siempre tuvo la posibilidad concreta de conocer dicho injusto, a través de cualquier otro medio probatorio idóneo. Por lo que un nuevo proceso tendiente a sancionar este delito, sería inadmisible desde la perspectiva del principio de legalidad.

En síntesis, realmente otro parámetro que reviste relevancia jurídica a efectos de delimitar el contenido de uno y otro hecho punible u objeto procesal, lo podría constituir, como aportación al debate, la unidad histórica del suceso humano acaecido en base a una relación fáctica sin vinculación a la unidad de acción y la posibilidad concreta de su conocimiento por parte de los órganos encargados de administrar justicia. Criterio complementario que sería una forma válida de resolver el cuestionado caso del encubrimiento como delito autónomo, ante un eventual escenario de homogeneidad con los grados de participación en la comisión del hecho principal, en el cual si bien, ciertamente, no se aprecia una unidad de acción, ni la afectación del mismo bien jurídico protegido, parecería que si se determina una posible relación de los delitos, con base a un concepto fundamentalmente fáctico, en donde importe la verdad y unidad histórica del hecho punible, sin que el juzgador haya tenido posibilidad de conocer el hecho.

II

El Principio Acusatorio

Cuestiones Previas

Tal y como señaló Gómez Orbaneja (1951), existe una notable indeterminación doctrinaria en relación al principio acusatorio y las exigencias en el implícitas, pero como reconoce González (2004), lo realmente sorprendente es que después de más de seis décadas a la actualidad, todavía siga sin estar claro en que consiste verdaderamente ese principio acusatorio, producto del amalgamiento que se ha generado entre el principio acusatorio y el derecho a la defensa, toda vez que, si bien del principio acusatorio ciertamente deriva la necesidad de identidad del hecho, la real confusión radica en estimar que tal exigencia de identidad "tenga como finalidad excluir la indefensión, la cual se ataca a través de los derechos y garantías implícitos en el derecho a la tutela judicial efectiva, que incluye los derechos de acceso al proceso penal, la obligación de informar al imputado acerca de los derechos que le asisten, a conocer detalladamente los hechos que se le imputan, ello enmarcado en el principio de contradicción, el fin que realmente se quiere alcanzar a través del principio acusatorio se encuentra en garantizar la imparcialidad del órgano jurisdiccional que va a conocer y sentenciar la causa" (p 87).

Para comprender la verdadera dimensión del principio acusatorio se debe tener presente que la aplicación del derecho penal moderno exige la existencia de una serie de monopolios que se presentan, lógicamente, de modo escalonado; el primero atiende a que el Estado asume en exclusiva el "ius puniendi". De forma tal que fuera del mismo no puede existir una pretendida justicia privada. Desde este punto de vista se ha de llegar a la conclusión de que los particulares no pueden disponer del derecho penal, lo que debe entenderse en un doble sentido; por un lado, la prohibición general de la autotutela que asume que no solo el Estado de derecho, sino la misma sociedad civilizada, solo puede existir en tanto se parta de esa prohibición, lo que supone que

la potestad de tomarse la justicia por propia mano ha de estar excluida. No obstante existir supuestos excepcionales de autotutela (jurisdicción indígena en el caso venezolano), pero la regla general ha de ser la de su prohibición.

Por otro lado significa que los particulares no pueden disponer de la consecuencia jurídico-penal, esto es, de la pena, y que no pueden hacerlo, ni de forma positiva, acordando de modo privado la imposición de penas, ni aun con la aceptación del sujeto pasivo, ni negativamente, decidiendo su no imposición; por lo que si bien existen algunos supuestos excepcionales, en los que cabe referirse a una disposición negativa, bien porque el inicio de la persecución penal se deje depender de la voluntad del ofendido por el delito (como ocurre en los llamados delitos de acción privada), o bien porque algunas veces quepa el perdón del ofendido (como ocurrir en los delitos de calumnia e injuria), pero la regla general es que la voluntad del particular no puede ser determinante a la hora de la aplicación del derecho penal. Por tanto, la persecución de los delitos de acción pública, no dependerá de la voluntad del ofendido o perjudicado por los mismos, ni su perdón extinguirá la responsabilidad penal.

Estos dos significados del primer monopolio, llevan a la conclusión de que no existe una relación jurídico-material penal en la que sean partes los que han intervenido en el hecho delictivo, bien como autor, bien como víctima. El ofendido o perjudicado por el delito no es titular, ni puede afirmar que lo sea, de un derecho subjetivo a que el autor del mismo se le imponga una pena, por cuanto tal negado derecho subjetivo supondría la titularidad del "ius puniendo" que corresponde solo al Estado. Al ofendido o perjudicado únicamente puede reconocerse la facultad o, si se quiere, el derecho de promover el ejercicio por el Estado de ese derecho a castigar y la consecuente retribución o reparación del daño causado.

El segundo monopolio, se refiere a que el derecho penal no puede aplicarse, dentro del Estado, por órganos distintos de los jurisdiccionales, los cuales son sus únicos actores legitimados. Consecuencia obvia de ello es que los órganos administrativos no pueden imponer penas. Estamos así ante una opción de civilización que ha llevado a excluir de la aplicación del derecho penal a todos aquellos órganos estatales que no puedan calificarse de tribunales. Siendo importante alertar que en la práctica cotidiana de manera velada, se viene temperando esta opción, que suele plasmarse en las Constituciones, mediante la distinción entre pena y sanción administrativa, con el reconocimiento de la potestad sancionadora de la administración, la cual actúa amparándose en la tutela de los intereses generales. En muchas ocasiones las diferencias entre pena y sanción administrativa pasan a una relación puramente semántica, no obstante estando claro doctrinariamente en opinión de Montero (1976), Acencio (1991) y Armenta (2007), que una garantía esencial del estado de derecho, es que el derecho penal y, por tanto, su consecuencia la pena, solo puede ser aplicada por los tribunales, resultando así la máxima, respecto a que, el "ius puniendi" es monopolio del Estado y, dentro de éste, es monopolio de los tribunales.

El tercer monopolio, se centra en que el derecho penal se aplica por los tribunales precisamente por medio del proceso, no de cualquier otra manera. A nivel teórico cabe imaginar que, atribuido el "ius puniendo" a los tribunales, éstos lo ejercitarán sin necesidad de utilizar el medio que es el proceso. En efecto, a los titulares de la potestad jurisdiccional se les pueden atribuir funciones no jurisdiccionales, y de hecho ocurre así en muchos países, en los que a jueces y magistrados se les confieren funciones en materia electoral, por ejemplo, que no son jurisdiccionales y que son llevadas a cabo por medios no procesales. Cuando se toma la decisión política de que los tribunales impongan las penas precisamente por medio del proceso, se está eligiendo entre varias opciones posibles, siendo el elemento determinante de esta decisión la creencia de que el proceso es el mejor instrumento para garantizar, tanto la legalidad del resultado, como los derechos de las partes y, especialmente, del acusado. Adoptada políticamente la decisión de que el derecho penal se aplique solo en el proceso, ello comporta necesariamente que los principios

connaturales al proceso en general han de tener vigencia en el proceso penal y, más en concreto, que el titular del órgano jurisdiccional, ha de ser imparcial en la aplicación de la ley penal y que las partes han de poder realizar su actividad conforme a la contradicción.

Es así como el principio acusatorio implica la repartición de tareas en el proceso penal, puesto que el juzgamiento y la acusación recaen en diferentes sujetos procesales. Es por eso que el Juez no puede efectuar investigaciones, argumentos que nos hace compartir por acertado el señalamiento de Armenta (2007), al manifestar que este principio se resume en una idea tan importante como simple: "no hay proceso sin acusación" (p. 42); pero que, como bien indica dicha autora, debe irse más allá, al reflexionar respecto a que el hecho que quien acusa no pueda juzgar incide en mayor medida en el ámbito de la imparcialidad del juez y lograr así entender que el derecho al juez imparcial obtiene tutela constitucional a través de la alegación de vulneración del principio acusatorio.

El Sistema o Proceso Acusatorio (Distinción Frente al Principio Acusatorio)

Es hoy un lugar común en los manuales de derecho procesal penal, entre ellos Gonzales (2004) y Armenta (2007), referirse a que el proceso penal puede configurarse conforme a dos sistemas, que suelen denominarse acusatorio e inquisitivo. E incluso se llega a ubicar esos sistemas en determinados momentos históricos, procediéndose a hacer una suerte de evolución del proceso penal. Se dice así, que el sistema acusatorio fue el propio de los griegos y de la roma clásica, mientras que el sistema inquisitivo apareció ya con el imperio romano y es típico del derecho canónico, siendo abundante las referencias a la inquisición, al oscurantismo medieval y otras de semejante jaez, cuyos enunciados diferenciadores, en opinión de González (2004), implica de forma excluyente la vigencia de principios informadores de carácter contrapuestos.

En el presente trabajo se estima que tal característica excluyente, en el desarrollo de una idea de principios alternativos conformadores de sistemas procesales penales puro o absolutista (inquisitivo o acusatorio), descansa en un grave error, el mismo se evidencia cuando se advierte cuáles son los caracteres identificadores de uno y otro sistema. Esos rasgos característicos son esbozados en la doctrina mayoritaria, entre otros en la opinión de González (2004) esquematizándolos de forma resumida sin mayor sentido crítico, en los siguientes términos:

- a) En el sistema acusatorio, la jurisdicción se ejerce por tribunales populares, en los cuales se privilegia la participación ciudadana en la administración de justicia a través de la institución de jurados o escabinos. Mientras que, en el inquisitivo, se atribuye la función jurisdiccional impartida a través de jueces profesionales y permanentes.
- b) Mientras que en el acusatorio, la acción penal es popular y su existencia es indispensable para la realización del proceso. En el inquisitivo, no existe libertad de acusación, sino que el juez se convierte al mismo tiempo en acusador, asumiendo ambos roles.
- c) Las partes en el sistema acusatorio actúan en contradicción e igualdad. Mientras que en el inquisitivo, por un lado, no hay parte acusadora distinta del juez y, por otro, el acusado no es un verdadero sujeto del proceso, sino el objeto del mismo.
- d) Si en el acusatorio el juez tiene restringidas las facultades de dirección procesal de la contienda. En el inquisitivo los poderes del juez son muy amplios.
- e) En el sistema acusatorio la regla es la libertad del imputado en tanto dura el proceso. Mientras que en el inquisitivo, impera la prisión provisional o preventiva.

- f) Con relación a las pruebas, éstas, en el sistema acusatorio deben ser introducidas por las partes, no por el juez, que carece de poderes autónomos para investigar los hechos si bien en la valoración de esas pruebas rige el criterio de la libre apreciación por el juez. En el sistema inquisitivo se dan los caracteres contrarios, es decir, el juez investiga de oficio los hechos, aunque luego viene limitado por el criterio de valoración legal o tasada de la prueba.
- g) El procedimiento del sistema acusatorio es oral, concentrado y público. Mientras que el procedimiento del inquisitivo es escrito, disperso y secreto.
- h) Por último, en el acusatorio existe una sola instancia, de modo que la sentencia es inimpugnable. Mientras que el inquisitivo consta de dos instancias.

Una vez examinadas algunas de estas características señaladas, de forma netamente ilustrativas y no taxativas, se aprecia de manera evidente que responden a varios principios o reglas autónomas, configuradores de aspectos parciales del proceso y del procedimiento. Pero que por sí solos, no resultarían indispensables y menos excluyentes, respecto de uno u otro pretendido sistema (inquisitivo o acusatorio). Tal reflexión puede ser sustentada con las siguientes ejemplificaciones críticas:

- a) El que la jurisdicción se ejerza hoy por tribunales populares (jurado o escabinos), o por jueces profesionales, no justifica sin más, para calificar a un sistema de imposición de las penas de acusatorio o de inquisitivo, pues existen muchos ordenamientos basados en el sistema acusatorio y con jueces profesionales.
- b) El que la acción penal sea o no popular, o el que la tenga en exclusiva el Ministerio Público, es indiferente para concluir que el sistema es acusatorio o no.
- c) La situación personal del acusado, en libertad o en prisión preventiva, no es elemento que lleve a calificar un sistema de acusatorio o de inquisitivo; adviértase

que si así fuera, el mero hecho de que el acusado se encuentre en una u otra situación cambiaría la naturaleza del sistema.

d) La oralidad y la escritura son reglas configuradoras del procedimiento, de la forma de los actos procesales y no se refieren a los principios o reglas del proceso.

Así las cosas, se puede afirmar que los llamados sistemas procesales penales puros son conceptos del pasado que hoy solo representan un valor pedagógico, para contextualizar un concepto de lo que es el proceso en general. Siendo pertinente el proclamar como conquista de la civilización la garantía jurisdiccional entendida correctamente, esto es, asunción del monopolio del "ius puniendo" por los tribunales y exclusividad procesal de su ejercicio. A partir de allí, lo que realmente ostenta relevancia jurídica, no son los llamados sistemas procesales, que no son tales, sino los principios y reglas concretas que sirven para determinar cómo se configura el proceso, entre ellos el acusatorio. Al efecto debemos adentrarnos en el tema para distinguir entre el principio acusatorio y el sistema acusatorio.

El primero, no es más que uno de los principios configuradores del proceso acusatorio que regula aspectos bien específicos de éste, cuyo contenido se ciñe a la separación de la función de acusación de la de enjuiciamiento. Funciones que deben ser atribuidas a órganos distintos, y por tal motivo la acusación (el objeto del proceso) ha de ser planteada en juicio por un sujeto distinto del juez. En ese sentido, De la Oliva (1999), identifica el principio acusatorio como el "criterio configurador del proceso penal, según el cual se necesita una acusación (la imputación a una o varias personas concretas de unos determinados hechos), para el inicio de la fase de plenario o juicio oral y para una sentencia de condena" (p. 43). Por su parte Armenta (1995), habla de sistema acusatorio o proceso inspirado por el principio acusatorio, residiendo su esencia "no tanto en la estricta separación entre quien juzga y acusa, sino en la necesidad ineludible de una acusación previa" (p. 39).

En el marco de un sistema acusatorio material, el principio acusatorio significa que el órgano (estatal), habilitado para tomar la decisión de controversias de carácter penal, no puede intervenir en el caso a menos que exista un pedido concreto de un particular, cuya actuación se desempeña fuera de la de cualquier órgano público o dependiente del Estado. Tanto en un sistema de acción privada, como en un sistema de acción popular, el órgano llamado a cumplir funciones decisorias necesita de la intervención de un particular que cumpla las funciones de acusador, solicite su pronunciamiento y, a la vez, defina el objeto de discusión. Con la caída histórica del sistema inquisitivo, se mantuvo el principio material de la persecución penal pública de los delitos, pero se introdujo de modo tenue el principio acusatorio. Así nació el principio acusatorio que hoy denominamos formal y cuyo contenido difiere sustancialmente de la regla histórica que le dio origen. El principio, redefinido en términos estrictamente formales, fue una de las conquistas de la ilustración y aún hoy estructura el procedimiento penal.

Para entender aun con mayor claridad esta dicotomía entre los posibles sistemas de juzgamiento penal, se debe acudir a la reflexión de Roxin (2000), al destacar que: "Cuando la persecución penal se deja a cargo de particulares, el proceso penal es un proceso de partes que comienza necesariamente con el ejercicio de la acción de un actor contra un demandado (acusatorio puro). Por el contrario cuando el Estado se hace cargo por sí mismo de la persecución penal, existe una doble posibilidad de configurar el procedimiento penal: proceso inquisitivo o acusatorio (formal)" (p. 86). En este sentido, queda claro que en caso que se adopte el proceso inquisitivo el juez intervine por si mismo, detiene, interroga, investiga y condena, por lo que no hay acusador ni acusado, sino solamente un juez que investiga y condena, basado fundamentalmente en el principio de oficialidad. Por el contrario, manteniendo aun el principio de oficialidad, si se adopta el proceso acusatorio desde un punto de vista formal, se desdobla esa doble función, por lo que juez y acusador no son la misma persona.

El producto de la redefinición del principio acusatorio exigió, como se ha indicado, la separación de las funciones requirentes y decisorias, que antes reunía el juez inquisidor, y su atribución a dos órganos estatales diferentes. Esta separación fue solo formal, porque la función requirente fue depositada en un órgano estatal (el ministerio público) distinto del tribunal. Con lo cual se mantuvo excluido el principio material de la persecución pública por cuenta propia a cargo del juez, ni siquiera cuando se cometa un delito durante el juicio, entiéndase delante de él (delito en audiencia). En este caso deberá comunicarlo al fiscal de turno; sin embargo, el sistema acusatorio, no solo implica la separación de funciones entre juzgador, acusador y defensor, sino también que trae consigo otras exigencias fundamentales, tales como: Que necesariamente deben existir indicios suficientes, de que un individuo haya cometido un hecho constitutivo de delito y no solo meras sospechas, para poder realizar una imputación o iniciar un proceso, afectando de esta manera la dignidad del sujeto imputado.

Del mismo modo, también se establece que, debe haber igualdad de defensa durante todo el proceso, pues el derecho de defensa que tiene el imputado, es una derivación del principio de presunción de inocencia, reconocido como un derecho fundamental. Otra exigencia es que el imputado no tiene el deber de ofrecer prueba en su contra, sino que la carga de la prueba le corresponde al Fiscal, como titular de la acción penal. Así mismo, también otra exigencia fundamental, es que sin acusación no hay posibilidad de llevar a cabo juzgamiento alguno, sobre la base del principio "nemo iudex sine actore". Es decir, sin acusación externa no puede iniciarse un proceso.

Otra de las exigencias en este sistema es la evidente correlación que debe existir entre acusación y sentencia, según la cual, solo cuando el fiscal o el querellante pida la ampliación de acusación al Juez, el órgano jurisdiccional podrá sancionar al imputado por hechos no contemplados en la acusación inicial, pues la

acusación debe contener todos los puntos o delitos que se atribuyen al imputado para no sorprender a la defensa y se respete el derecho de defensa que tiene el imputado y limitar su competencia fáctica a los hechos objeto del proceso. Supuesto que será de especial interés en el presente trabajo, al momento de determinar los límites de la potestad judicial al momento de realizar un cambio de calificación jurídica como objeto esencial de la presente investigación.

Como se ha venido resaltando, una característica esencial del sistema acusatorio, consiste en la división entre las tareas requirentes, a cargo del ministerio público y las tareas decisorias, a cargo de los tribunales. En este sentido, se afirma que la acusación sea formalmente mantenida en el proceso por aquellas partes que están legitimadas para ello, sin que, en ningún caso, pueda ser sostenida la misma por el tribunal llamado a fallar el asunto penal. Por lo que, como se refleja reiteradamente en este trabajo, el principio acusatorio formal supone un desdoblamiento de funciones estatales, en orden a la atribución de las diferentes tareas acusadora y decisoria a órganos distintos, de los propios del Estado, llamados a desempeñar misiones de contenido no equivalente. Así las cosas y a pesar de la claridad de esta exigencia, los sistemas procesales de América latina, denominados modernos y concretamente el actual sistema penal venezolano, ciertamente no logran cumplir en su totalidad con ella. Enmarcándose en una mixtura de corte acusatorio formal con notable incidencia inquisitiva, al amalgamar, bajo un esquema de excepcionalidad, circunstancias que atentan con sus postulados esenciales, como resulta referencialmente el caso de las nuevas pruebas, previstas en el artículo 342 del COPP, donde se permite al juez, incluso en fase de juicio y durante el debate, evacuar aun de oficio pruebas respecto a hechos nuevos que requieran su esclarecimiento.

No obstante la crítica anterior, la justificación de la brecha entre funciones persecutorias y jurisdiccionales que sirve de norte teórico para los sistemas penales modernos, según se explica, obedeció a la necesidad de respetar ciertos derechos

reconocidos al imputado. En este sentido, se afirma, generalmente en la doctrina penal, que el principio acusatorio se estableció para garantizar el derecho de defensa. Al efecto, se destaca la opinión de Maier (1996), al señalar que: "En verdad, cuando las ideas se aclararon por su racionalización, se advirtió que se trataba de realizar un sistema inquisitivo en esencia (por los principios materiales que lo informaban) bajo formas acusatorias (acusatorio meramente formal). Ello se advierte no bien se observa que, en realidad, el poder penal sigue perteneciendo al Estado en su totalidad, quien persigue la aplicación de ese poder y lo aplica, desdoblando esa labor en dos funciones, que pone en cabeza de distintos órganos, al solo efecto de permitir al eventual oponente una defensa eficaz, evitando que quien juzga sobre la existencia de una infracción y aplica el poder penal sea también quien afirma la existencia y pide la aplicación de la ley (acusatorio formal)" (p. 548).

Sin embargo, como se afirma en este trabajo, tal vinculación directa entre principio acusatorio y derecho de defensa puede ser cuestionada. Se debe señalar que resultaría posible garantizar el derecho de defensa en un grado aceptable, aun si ignoráramos el principio acusatorio. En este sentido, la necesidad de formular la acusación para permitir la defensa del imputado puede ser respetada con prescindencia del órgano encargado de formularla. La fijación clara y precisa del hecho imputado permite, por sí misma, el ejercicio del derecho de defensa, y el conocimiento de esa imputación no depende de que ésta sea presentada por el ministerio público y no por el juez instructor o de control en el caso venezolano. El mejor ejemplo de esta circunstancia, quizá sea el de la ampliación de la acusación durante el debate. Para poder defenderse, el imputado debe ser advertido acerca del nuevo contenido de la acusación ampliada (artículo 334 del COPP), y para cumplir con esa exigencia desde un punto de vista práctico, parecería que poco importa, en realidad a los fines de la defensa, si fue el tribunal o el ministerio público quien planteó la modificación del objeto del juicio.

Por ello se considera en este trabajo que, en verdad, el principio acusatorio tiene una vinculación mucho mayor con la realización de una garantía distinta al derecho de defensa: la imparcialidad del tribunal. Esta vinculación ha sido, por demás, menospreciada o al menos minimizada por la doctrina tradicional, pero hoy comienza a ser rescatada, especialmente en el marco de movimientos de reforma que reconocen la necesidad de dotar al procedimiento penal propio de la tradición continental de rasgos más acusatorios. Así, por ejemplo, la posición de Armenta (2007), y también el reciente trabajo de Del Rio Ferreti (2008), quienes acertadamente destacan que, uno de los aspectos fundamentales del sistema acusatorio consiste en la distinción entre persecución y decisión. Con lo que se busca obligar la persecución técnica y eficiente de los delitos y mantener la imparcialidad de los jueces en los casos sometidos a su conocimiento.

Para comprender mejor la vinculación entre el principio acusatorio y la garantía de imparcialidad debemos recordar que, mientras la ilustración mantuvo la persecución penal pública, fue creadora, en el ámbito político, del principio de la división de los poderes del Estado. Este principio tuvo como una de sus principales consecuencias la diferenciación estricta de las tareas ejecutivas, legislativas y judiciales, a cargo de los órganos del Estado y, como producto de esa diferenciación, el nacimiento del principio de independencia judicial. Este principio intentaba garantizar que los jueces, para poder cumplir su función, no recibieran presión alguna al decidir los casos, y que se limitaran a la aplicación casi mecánica de la ley.

En este contexto, el restablecimiento del principio acusatorio en su aspecto formal, como criterio determinante de la estructura del procedimiento penal, solo es imaginable cuando la persecución sigue siendo estatal si distinguimos la función jurisdiccional de las demás funciones del Estado. Así, como sostiene Montero (1999), el reconocimiento del derecho de defensa es el reconocimiento de uno de tantos derechos en el ámbito del procedimiento penal, "el principio acusatorio parece

determinado en mayor medida por las nuevas bases estructurales de la organización del poder político" (p 125). En nuestro contexto cultural, el principio acusatorio material desapareció con el advenimiento de la inquisición y, luego de varios siglos, resurgió con un nuevo contenido, ahora solo formal. Independientemente de cómo se haya justificado el principio históricamente, se puede afirmar que él se vincula, objetivamente, con la posibilidad de intervención de un tribunal imparcial.

Como es bien sabido, los orígenes del principio acusatorio, así formulado, se remontan a los postulados iluministas concretados con posterioridad a la revolución francesa que buscaban dejar atrás el principio inquisitivo del "Ancién Régime", pero sin retrotraerse a los modelos acusatorios históricos, desdoblando entonces las funciones estatales de acusar y juzgar en dos autoridades diversas, conocido como principio acusatorio formal. El parcelamiento de corte histórico-cronológico recurrente en la doctrina europeo-continental y latinoamericana, que distingue procedimientos acusatorio puro, inquisitivo, y acusatorio formal, reformado o mixto, amén de dar lugar a una excesiva simplificación histórica y al olvido de los diversos grados de vigencia de estos grandes modelos respecto de los distintos segmentos de la sociedad, como nos previene Binder (2009), "adolece de un parco poder explicativo del estado y características de los sistemas iusprocesales modernos" (p. 62), los que en su amplia mayoría pueden catalogarse, a grandes rasgos, como mixtos, al residir la instrucción y acusación penal en manos públicas, pero distintas del órgano juzgador.

El sistema acusatorio, en cambio, como bien apunta De la oliva (1999), implica la vigencia de principios procesales y la aplicación de reglas relativas tanto a la sustancia como a la configuración externa del proceso penal, que se fundamentan en la separación acusador-juzgador. Así como en la imparcialidad del enjuiciamiento a que éste atiende y guarda una estrecha relación con otros principios y reglas, como son: El principio de contradicción, la igualdad de armas entre las partes, la separación de funciones de investigación y decisión, la proscripción de la "reformatio in peius" y

también, el principio acusatorio. El sistema procesal acusatorio supone entonces una gama de principios y reglas que sumadas, dan por resultado la configuración total del proceso.

Por ejemplo, Bettiol, (1977), ya habría enunciado como caracteres fundamentales del proceso acusatorio "la plena publicidad de todo el procedimiento; la libertad personal del acusado hasta la condena definitiva; la igualdad absoluta de los derechos y los poderes entre el acusador y el acusado; la pasividad del juez en la recogida de las pruebas tanto de imputación como en descargo; la continuidad del contexto; la síntesis en todo el procedimiento" (p. 279); entre tanto Ibáñez, (1998), explica que "solo hay proceso acusatorio en presencia de un juez tercero, llamado a decidir una contienda entre partes, efectivamente regida por el principio de contradicción, materializado éste en un juicio oral y público, decidido mediante valoración en conciencia, suficientemente motivada, de (solo) lo que en él resulte probado" (p. 465); condición que es igualmente exaltada por Gómez Orbaneia (1999) y aun mas por Ferrajoli (2001), al aclarar el autor, que la separación de juez y acusación es el elemento más importante de todos sus elementos constitutivos, como presupuesto estructural y lógico de todos los demás y sostener expresamente "que se puede llamar acusatorio a todo sistema procesal que concibe al juez como un sujeto pasivo rígidamente separado de las partes y al juicio como una contienda entre iguales iniciada por la acusación, a la que compete la carga de la prueba, enfrentada a la defensa en un juicio contradictorio, oral y público y resuelta por el juez según su libre convicción" (pp. 564 y 567).

Por su parte, en el presente trabajo, lejos de pretender agobiar con una nueva concepción del sistema acusatorio, simplemente se aspira resaltar la necesidad con la cual la doctrina ha tratado de reproducir, en todas las instancias del proceso propio de un modelo acusatorio de enjuiciamiento, el esquema "actus trium personarum", a través de una estructura representada usualmente como un triángulo equilátero o

isósceles, con el juez ocupando el vértice superior, y las partes ocupando en el mismo nivel los dos vértices inferiores. Sobre tal aspecto Binder (2009), utiliza esta figura en sentido diverso, representando la estructura del proceso acusatorio como un triángulo cuya base sería el juicio y por el contrario en el proceso inquisitivo correspondería exactamente a la figura invertida. Como está invertida la lógica esencial del proceso, su base más amplia está formada por los actos iniciales y la actividad probatoria va disminuyendo en la medida que se acerca al juicio. Así como la pasividad que esa estructura conlleva para el juez, principalmente en relación a la actividad requirente o de cargo, de manera de garantizar en todo el proceso el máximo de la imparcialidad e independencia del juez, al resolver los distintos requerimientos del acusador público que puedan afectar derechos del investigado o imputado.

En consecuencia, y sin desconocer la importancia de otros principios o garantías como esenciales o connaturales al principio acusatorio, creemos que su fundamento yace en la necesidad de garantizar al justiciable la imparcialidad del órgano encargado de su enjuiciamiento, por lo que tal como indico Del Rio Ferreti (2009) "la distribución de funciones impuesta por aplicación del principio acusatorio es considerada actualmente una garantía individual implícita en el derecho a ser juzgado por un tribunal independiente e imparcial" (p 44); garantía que, como alguna doctrina se ha encargado de subrayar entre otros Bovino (1998), Montero, Cortes y Gimeno (1997) y Alliaud (2004), es ciertamente una "metagarantía" de jerarquía axiológica superior, pues opera como presupuesto necesario y previo para la operatividad práctica de las demás garantías fundamentales, señalando así a la imparcialidad del juzgador como una de las notas características de la función judicial, y tal vez la primera que debe concurrir para que pueda decirse actuada la potestad jurisdiccional.

Esta imparcialidad del Juez, en cualquier fase del proceso en que éste intervenga (investigativa, preliminar o preparatoria, y de juzgamiento), se ve

fomentada por la pasividad que, frente a los requerimientos de la Fiscalía, le demanda un esquema acusatorio. Siendo menester entonces, para la estructura de corte acusatoria, que la investigación sea conducida por un tercero, como resulta el ministerio público, el que requerirá al tribunal la autorización para realizar aquellas diligencias o actuaciones que puedan afectar los derechos del imputado o terceros.

Concepto del Principio Acusatorio (Exigencias que Implica)

Realizadas las reflexiones anteriores y con norte en una inclinación netamente pedagógica, debemos avanzar ahora hacia la construcción de un concepto del principio acusatorio que permita efectuar su delimitación, para ello podemos destacar los aportes en la materia realizados por la doctrina, para lo cual se resalta la argumetación de Bovino (1998), según la cual el principio acusatorio no es otra cosa que simplemente "el desdoblamiento, de las funciones de perseguir y de juzgar en dos órganos estatales diferentes. El principio acusatorio no sería suficiente para separar los roles persecutorios y decisorios, sino se asegura una efectiva separación entre el Ministerio Público y Poder Judicial, así se mantiene el principio de oficialidad, pero juez y acusador no son la misma persona." (p. 7)

Por su parte, desarrollando aun más la particularidad de la separación de funciones o roles, como rasgo esencial del principio acusatorio, encontramos la opinión de Baumann (1986), al señala que, el desdoblamiento de las funciones o roles entre el ministerio público y el órgano Jurisdiccional, consiste en que "no ha de ser la misma persona quien realice las averiguaciones y decida después, al respecto, tenemos una persecución de oficio del delito, pero con división de roles, lo que es fruto del derecho procesal francés. Esta división, en primer lugar impide la parcialidad del juez, pues la función persecutoria (investigación y acusación) se encuentra en el Ministerio Público, que por lo demás constituye un órgano público autónomo, separado de la organización judicial y regido por su propio Estatuto

Orgánico; y en segundo lugar, suprime la necesaria posición de objeto del acusado en el derecho procesal común" (p. 34)

En términos similares pero, añadiendo caracteres como la oralidad, publicidad e igualdad en el procedimiento, encontramos la opinión de Abad (1986), quien define este principio como aquél "consistente en que para que se abra un proceso y se dicte sentencia, es preciso que exista una acusación formulada por el Ministerio Público (El Fiscal) que sean distintas las funciones de acusar y de juzgar. Ambas son funciones públicas, pero en virtud del principio acusatorio, el Estado no puede acusar y juzgar al mismo tiempo a través de sus órganos y funcionarios debe existir una dicotomía entre el ente acusador (Ministerio Público) y el Jurisdiccional, con el fin de que se brinden las garantías necesarias al desarrollarse el proceso penal; siendo estas garantías la oralidad del proceso, publicidad del procedimiento y la igualad de las partes." (p. 89).

Así como la opinión de Herrera (2002), al señalar que: "El Principio Acusatorio en si, propugna que el Estado es a quien corresponde la carga de la prueba, basándose en la oralidad del proceso, garantizando la igualdad de las partes y sobre todo la publicidad del proceso penal" (p. 316). Sin embargo a los efectos de poder establecer una adecuada delimitación del principio acusatorio, el presente trabajo se inclina por compartir ante lo completo y claro de su concepto, la opinión de González (2004), al definirlo como "el conjunto de exigencias que debe regir en el proceso penal tendentes a evitar la parcialidad en que incurriría el órgano jurisdiccional sentenciador en el caso de que tuviera encomendada o, de algún modo, asumiera la función acusadora del proceso, introduciendo en el mismo elemento fáctico de carácter esencial o ejercitando excesivas tareas de dirección material del enjuiciamiento, bien sea todo ello en primera instancia o en fase de recursos" (p. 122).

Tales particularidades, propias de la definición, son las que permiten dar paso a realizar una delimitación de la extensión del principio acusatorio que solo es posible desde un sentido estricto, para lo cual se debe proceder al examen y concreción particularizada de las diferentes exigencias que la contienen, teniendo presente como indica González (2004), que ciertamente las garantías que lo configuran tienden al objetivo de preservar aquello que constituye su fundamento, es decir la imparcialidad de que debe estar dotado el órgano jurisdiccional que va a conocer del juicio oral, dejando de lado aquellas garantías que en realidad están dirigidas a posibilitar la defensa y la contradicción. Ello sin que tales garantías adicionales ciertamente conexas o relacionadas pierdan importancia, ni protección durante el proceso.

Delimitación positiva.

El análisis de los rasgos característico del principio acusatorio se traduce en concebir una primera delimitación, desde una perspectiva positiva, a la luz de los tres extremos que lo conforman y que, compartiendo la opinión de Armenta (2003), se refieren esencialmente: 1) a la correlación entre acusación y sentencia o vinculación del órgano jurisdiccional al objeto normativo del proceso; 2) a la prohibición de "reformatio in peius" y quizás la más importante, 3) a la obligatoria separación de las funciones acusatorias y de enjuiciamiento la que creemos puede ser amalgamada en su estudio con dos características adicionales reconocidas por la doctrina y que como señala Lopez Barja (2012), se refieren al hecho, que sin acusación no hay juicio o no hay condena y que la proposición y producción de pruebas queda en mano de las partes, para lo cual resulta menester realizar de forma separada algunas reflexiones:

Separación de las funciones acusatorias y de juzgamiento (necesidad de la existencia de una acusación y ofrecimiento de pruebas).

La separación entre juez y acusación, como reconoce Roxin (2000), es quizás la exigencia fundamental y característica principal del principio acusatorio, pues las

demás particularidades, no son otra cosa que un reflejo de esa necesidad de separación como garantía de imparcialidad, lo que significa no solo la diferenciación entre los sujetos que desarrollan funciones de enjuiciamiento y los que tienen atribuidas las de investigación y postulación, sino también el rol de parte asignado al órgano de la acusación. Este principio representa la condición esencial de la imparcialidad del juez, respecto a las partes de la causa y también el presupuesto de la carga de la imputación y de la prueba de la imputación sobre la acusación; por lo que el modelo acusatorio formal o mixto supone necesariamente la obligatoriedad y la irrevocabilidad de la acción penal por parte de los acusadores públicos, independientemente de las fórmulas que condicionen el inicio de las investigaciones, es decir, de que importe o no la voluntad del sujeto pasivo o su representante.

Complementando la consideración anterior, en el presente trabajo se reconoce como un interesante aporte sobre el tema la opinión de Armenta (1995), al considerar que: "la esencia del acusatorio reside, pues en primer término, no tanto en la estricta separación entre quien juzga y acusa, sino en la necesidad ineludible de una acusación previa" (p. 40), por lo que sin ser tan radical como la referencia, coincido con ella en que el propósito fundamental de la separación de funciones entre acusador y juzgador, radica en todo caso en garantizar mayores niveles de imparcialidad, por cuanto la acción no solo determinará el nacimiento y desarrollo del proceso penal, sino que conformará los elementos a los que deberá circunscribirse el pronunciamiento judicial.

Es así como reconoce González (2004) que: "podrá vulnerarse el citado principio, si como sucedía en el proceso inquisitivo propio del Estado absoluto, el sujeto que mantuviese la acusación coincidiese con aquel que fuera a conocer del juicio oral y posteriormente dictar sentencia" (p. 124); recordemos que producto de la revolución francesa se produce una evolución del sistema inquisitivo al acusatorio formal o mixto, en el cual se pretende dar vigencia a esta garantía de imparcialidad

propia de la separación de la función acusadora de la sentenciadora, por lo que la función acusadora deja de estar a cargo del tribunal, como órgano jurisdiccional encargado de conocer sobre el juzgamiento de los hechos. Siendo asignado a otro ente oficial como es el ministerio público; y es allí la mixtura que hace denominar al sistema actual de enjuiciamiento como acusatorio formal y no puro, pues como ya habría reconocido Sierra (1969), "el Ministerio Fiscal, no es parte en sentido material, sino solamente desde un punto de vista formal, lo que puede parecer un tanto artificial, ya que se produce un desdoblamiento de las funciones del Estado" (p. 758). Sin que se deje en manos de los particulares la tarea de la persecución penal, como un rasgo característico de un sistema acusatorio puro.

Por ello, ciertamente la introducción del ministerio público en el proceso penal conlleva a reconocer como se ha indicado en ideas anteriores, el quebrantamiento del sistema acusatorio en sentido estricto, derivando en un sistema acusatorio formal o mixto que es justificado, como manifiesta Armenta (1995) "por la pretensión de garantizar de un lado, la efectividad de la persecución penal (mediante el deber para este órgano de investigar y perseguir en su caso todos hecho con apariencia delictiva, conforme al principio de legalidad) y, de otro, procurar la imprescindible imparcialidad del juez, inexistente en un sistema inquisitivo" (p. 41).

Bajo esta perspectiva, se debe reconocer que en el derecho penal moderno y en su concepción teórica, en los modelos acusatorios formales o mixtos implementados en la mayoría de los países hispanoamericanos y muy especialmente en el caso de Venezuela, se da por sentado la separación de roles en el proceso penal. Lo que desde la óptica de la acusación, parecería no generar mayores controversias ante la atribución especifica conferida al ministerio público, en los delitos de acción pública. Sin embargo, es propicia la oportunidad para indicar de forma incidental, que no existe tal claridad al abordar una figura por demás relacionada a esa separación de roles, como resulta la iniciativa probatoria del órgano jurisdiccional en el orden penal,

máxime si se considera la potestad discrecional que, si bien de forma excepcional se reconoce claramente en nuestro ordenamiento jurídico (artículo 342 del Código Orgánico Procesal Penal), permitiendo al juez, incluso de oficio, la evacuación de pruebas nuevas sobre hechos derivados del debate oral que deban ser esclarecidos.

Tal conflicto, en el ámbito del ofrecimiento probatorio, ha venido siendo abordado por sectores de la doctrina para quienes como en el caso de Gimeno (2000), resulta común afirmar que, la no admisión de más medios de prueba, que los determinados por las partes, es manifestación del principio de aportación de parte. El cual es consustancial al principio acusatorio y con arreglo al mismo, corresponde a ellas introducir los hechos, mediante los escritos de calificación. Dicha afirmación que resulta como se ve, poco cónsona a la luz del indicado ordenamiento jurídico venezolano, debe ser acertadamente temperada bajo la justificación de la necesidad de una doble adecuación: por una parte, de la forma procesal al contenido específico del derecho sustantivo que se dilucida; y por otra parte, a la adecuación de la finalidad del proceso penal, orientado a la búsqueda de la verdad material. Por lo que en el presente trabajo se sostiene que la solución al dilema, parte simplemente de rescatar el carácter de sistema acusatorio formal y no puro implementado en Venezuela. Lo que permite aceptar sin mayores inconvenientes, la existencia del principio de aportación de parte como regla y la intervención judicial en esa aportación como excepción, por lo que un sistema presentará, en todo caso, más o menos rasgos acusatorios en la medida en que disminuya el número de supuestos de dicha intervención.

Siendo en todo caso necesario, establecer límites a esa potestad discrecional del juez, para no abusar y vulnerar entonces, el postulado de imparcialidad propio del principio acusatorio, límite que, desde ese punto de vista, como bien indica González (2004) "ha de consistir en que aquella prueba que se ordena practicar de oficio verse sobre hechos que hubiesen sido con anterioridad introducidos en el proceso por las

partes" (p. 145). Pero lo que si debe quedar claro en todo caso, es que el juez antes de dicha práctica, no puede saber cual va a ser el resultado de está. Surgiendo así, la posibilidad de que la práctica de nuevos medios de prueba revele la existencia de nuevos hechos constitutivos de delitos, que podrían dar lugar al inicio de un nuevo proceso penal; por lo que, compartiendo la idea de González (2004), se estima que solo se vulneraría el principio acusatorio, si los nuevos hechos que hubieran sido objeto de revelación a raíz de la prueba, sean introducidos por el juez en el proceso y reflejados en la sentencia sin que, previamente la parte acusadora lo hubiere asumido en su escrito, lo que en el caso venezolano, se traduce en que se haya presentado previamente una ampliación de la acusación, en los términos previstos en el artículo 334 del Código Orgánico Procesal Penal.

Correlación entre acusación, sentencia y vinculación del órgano jurisdiccional al objeto normativo del proceso.

Cónsono con la argumentación que precede, siendo la acusación el objeto del proceso, como bien indica Armenta (2007), sus límites marcan la existencia y amplitud de la misma, por lo que la sentencia no puede condenar por hecho punible distinto del que fue objeto de la acusación, ni a sujeto diferente de aquel a que se imputó y posteriormente se acusó. Supuesto que, como se verá más adelante, reviste una principal relevancia con el tema especifico de estudio, ante la posible incidencia del cambio de calificación jurídica de los hechos, tenga en el objeto del proceso y que como se sostiene en el presente trabajo, compartiendo la opinión ya dada por Armenta (1995), respecto a que "ni los poderes oficiales relativos a la calificación jurídica, supone perdida de imparcialidad. En tanto los hechos son introducidos por las partes y no admiten modificación, las mencionadas facultades no son sino ejercicio de la función jurisdiccional que contribuye a comprobar la certeza de los elementos fácticos jurídicamente relevantes, en concurso con la actividad probatoria de las partes" (p. 64).

Por lo que solo como antesala de lo que será el estudio particularizado propio de las figuras de la correlación o del cambio de calificación, resulta correcto anticipar, que la vinculación del juez se refiere al hecho, como objeto normativo del proceso. Por lo que se sostiene como hipótesis de estudio en este trabajo que, el simple cambio de calificación jurídica, sin que los hechos introducidos por las partes sufran una alteración sustancial, no pareciera vulnerar el principio acusatorio y por ende el deber de correlación entre acusación y sentencia, siempre que se ponga en conocimiento previo las partes del referido cambio de calificación, con miras a garantizar el principio de contradicción. Sin que tal decisión afecte la esfera de imparcialidad del juez.

La prohibición de reforma en perjuicio o reformatio in peius.

Concebido coloquialmente, este elemento caracterizador del principio acusatorio, como la prohibición de agravar el fallo en perjuicio del recurrente, cuando su oponente ni recurre ni se adhiere al recurso. Definición libre que pareciera de fácil comprensión, desde la perspectiva de garantizar la imparcialidad del juez, pues si ninguna parte acusadora recurre, el tribunal de recurso o alzada, carece de una acción penal que sea ejercida contra el acusado. Por lo que el resultado práctico será evitar como apunta Roxin (2000), que el acusado condenado no se atreva a recurrir por temor a ser más gravemente penado por la siguiente instancia.

Resaltándose así como el principio acusatorio rige también en la segunda instancia, impidiendo que sin que en esa, se formule acusación a través de lo que sería el ejercicio del recurso, pueda ser alguna persona agravada en su condena. Existiendo así la necesidad de una acusación expresa, incluso en la comúnmente llamada segunda instancia y sin que como menciona Armenta (2007): "pueda apreciarse que la existencia de la primera sirva a tales efectos, exigiéndose así, también, la formulación de acusación en esta segunda instancia, abierta a través del recurso de apelación" (p. 43), siendo a través de esa segunda acusación (contendida en el recurso

de apelación) como se delimitará el objeto del conocimiento del juez de apelación y que en el caso venezolano se ve reflejado en el artículo 433, en concordancia con el principio de impugnabilidad objetiva, previsto en el artículo 423 ambos del COPP.

Si bien, el referido concepto general, puede resultar válido para los distintos órdenes jurísdiccionales, tal y como apuntó Ortells (1987), es susceptible de diversas matizaciones, con base en el valor superior de los intereses sobre los que versa el proceso penal. La primera de ellas se orienta a que la prohibición de reforma es en perjuicio y no a favor del acusado condenado, sin que exista prohibición en todo caso de mejorarla, pues como manifiesta González (2004), la imposibilidad de empeorar la situación de la que parte el condenado, como recurrente único, es una garantía implícita en el principio acusatorio. Por lo que aplicado al caso venezolano su inclusión entre las garantías consagradas en el artículo 49.3 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV, 1999), concretamente en las relativas a un debido proceso, se corresponde específicamente en lo atinente a ser juzgado por un órgano imparcial.

Dicho lo anterior, se debe ahora analizar el alcance de dicha prohibición en perjuicio, desde dos ámbitos: el primero, si la prohibición afecta a todas las resoluciones o solo a la sentencia y el segundo, si se refiere solo a la pena o también a la calificación jurídica. Respecto al primero de los ámbitos, no obstante en el derecho comparado, algunos ordenamientos como el alemán, apuntan a la limitación exclusiva en casos de sentencia, basados en una interpretación restrictiva, con miras a un alegado principio de legalidad. Por el cual, solo el legislador es quien debe decidir en que caso debe contar el recurrente con dicho beneficio de prohibición de reforma. Sin embargo reflexionando sobre el tema y tomando en consideración que, el eje central de dicha prohibición es garantizar la imparcialidad del juzgador, no pareciera sostenible pretender diferenciar o excluir aquellas otras resoluciones judiciales que adopten la figura de autos, por cuanto igual imparcialidad debe ser exigida al juez que

presenta y dicta sentencia condenatoria, que aquel que fundamenta una detención preventiva.

Por su parte, en cuanto al segundo de los alcances referido; a si la prohibición abarca adicionalmente a la calificación jurídica, sin menoscabo de lo que será el proyectado análisis propio de la figura del cambio de calificación. En este punto ratificando lo dicho, respecto a la sujeción del juez al hecho como objeto del proceso penal, podemos adelantar que el cambio de calificación, no debe suponer en ningún caso, ni la introducción de nuevos hechos, ni la alteración esencial de los que constituyeron el objeto del juicio en primera instancia. Por lo que como sostiene González (2004): "cabe que el órgano de segunda instancia procesa a una modificación de la calificación jurídica de los hechos siempre que: 1.º) en aras del derecho a ser informado se de conocimiento de la alteración al recurrente con el objeto que éste pueda contradecirla y, 2.º) si el condenado es el único recurrente, dicho cambio de calificación no conlleva un aumento de la pena o un cambio del tipo de pena que le suponga perjuicio" (p. 155).

Por el contrario, y aunque resulte por demás obvio, vale la pena precisar que, por interpretación en contrario, en aquellos supuestos en que el recurso de apelación haya sido presentado por el acusador, incluso de forma concurrente o adhesiva con el acusado, no habría lugar a la aplicación de la prohibición de reforma en perjuicio. Ampliándose así el rango de acción del juez de alzada, en el sentido de que podrá, siempre desde el respeto de los hechos, claro está, no solo cambiar la calificación jurídica, sino que también le será posible aumentar la pena, dentro del marco punitivo correspondiente.

Delimitación negativa.

Hasta ahora, en el presente capítulo, se ha pretendido de una forma clara y sencilla, delimitar y describir los rasgos caracterizadores que conforman el principio acusatorio. Así, en este espacio, corresponde pues, proceder a efectuar una consideración respecto a las áreas que exceden tal principio acusatorio y que, como se viene sosteniendo en el presente trabajo, enfocado desde un perspectiva acertadamente restrictiva, se circunscribe en garantizar la imparcialidad del juez, por lo que se considera al igual que González (2004), que su ensanchamiento excesivo es consecuencia de pretender ver en él garantías que, en realidad forman parte del derecho a la defensa, como son el derecho a ser informado de la acusación o el principio de contradicción. Los cuales si bien tienen una estrecha vinculación con el principio acusatorio, no son parte real de su contenido.

Otro aspecto digno de destacar dentro de esta llamada delimitación negativa, se corresponde con la atribución de las fases de instrucción o control preliminar y de juicio a órganos jurisdiccionales distintos. Situación que en el ordenamiento adjetivo penal venezolano, queda claramente regulada a través de la distribución de funciones asignada a los jueces de primera instancia, en funciones de control y de juicio, como se desprende del contenido de los artículos 109 y 110 del COPP. Tal distribución se ampara en la intención de evitar la vulneración de la imparcialidad objetiva, que como señala González (2004), es aquella cuyo posible quebrantamiento no deriva de la relación que el juez haya tenido o tenga con alguna de las partes, sino de su relación con el objeto del proceso.

A simple vista, en un pensamiento moderno, pareciera quedar claro que la acumulación de funciones control y juzgamiento, genera al menos una apariencia de parcialidad en el juez. Y es que el juez no solo debe ser imparcial, sino además, debe parecerlo. Siendo por ende la intervención activa del juzgador, durante la investigación en fase preparatoria o el control de la acusación a través de la fase intermedia, una causal de inhibición, respecto del juez al que correspondería ahora juzgar penalmente a los responsables y conocer los hechos.

Así las cosas, considerando que la distribución de funciones (control y juzgamiento), en diferentes órganos jurisdiccionales, según la etapa procesal a desarrollar, deriva en garantizar un mayor grado la imparcialidad del juzgador o al menos minimiza los riesgos de que la misma se vea comprometida con prejuicios de valor. Ciertamente, constituye un aspecto delimitador que, como aspecto omisivo (no hacer), puede ser enmarcado dentro de los parámetros de delimitación negativa que permite determinar y garantizar la prevalencia del principio acusatorio. Lo que permite suscribir en este caso la opinión de Asencio (1991), respecto a que el citado principio, en su concepción de exigencia, de ejercicio y mantenimiento de la acusación por persona distinta al juez, debe complementarse con la prohibición de identidad subjetiva, entre órgano jurisdiccional instructor o de control y órgano jurisdiccional decisor.

Ш

Deber de Correlación en el Derecho Penal

Fundamento del Deber de Correlación

Como se viene sosteniendo en el presente trabajo, ciertamente el objeto del proceso penal está constituido desde un aspecto técnico procesal, más que por una pretensión evolutiva o progresiva, por el hecho punible que en todo caso se relaciona con una pretensión investigativa que se inicia con la ocurrencia del hecho típico y el requerimiento de diligencias investigativas y cautelares. La cual, una vez concluida la fase preparatoria, se transforma en pretensión punitiva o de condena sostenida mediante la acusación fiscal. Es así como la vinculación a juicio se produce exclusivamente respecto de los hechos descritos en la formulación de cargos (imputación), por ser estos el núcleo constitutivo del objeto material del proceso penal. Y por ende los cargos formulados en la acusación y auto de apertura a juicio constituyen el límite fáctico de la futura sentencia.

Como basamento de ello, según el Diccionario Esencial de la Lengua Española, se entiende por congruencia, la "Conformidad entre los pronunciamientos del fallo y las pretensiones de las partes formuladas en el juicio" (p. 6). De la misma manera, en la doctrina, según Devis (1994): "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" (p. 215).

A su vez, Montero (1999), 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, como el ajuste entre la parte dispositiva de las sentencias y los términos en que las partes han formulado sus pretensiones y peticiones" (p. 76). Igualmente, manteniendo la unanimidad de la definición, para Longa (2003) "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" (P. 237).

Para abordar el estudio del deber de correlación en el presente trabajo, se estima pertinente atender a la perspectiva especial del proceso penal, donde como señala Cárdenas (2005), a diferencia del proceso civil, aflora notablemente un concepto del interés público general en la persecución penal, lo que ha sustentado, como se verá más adelante, la posibilidad del juez de desvincularse en mayor o menor medida de los elementos de la acusación. Situación que constituye una notable diferencia con el proceso civil, en el cual el juzgador queda vinculado, tanto a la "causa petendi", como al "petitum", por lo que el desconocer tal particularidad y equiparar ambos objetos, como afirma González (2004), podría desenlazar en el error se sostener que, en materia penal la "causa pentendi" está integrada, tanto por el hecho como por la calificación jurídica y por la solicitud de pena, tal y como sucede en el proceso civil, en el cual al juez lo vincula, tanto la causa de pedir como la petición.

Es así, como ante la reseñada flexibilidad de esa vinculación respecto los elementos de la acusación, si bien a la fecha se considera viable utilizar en le presente trabajo, el término congruencia como concepto sinónimo de correlación, por ser ello el esquema utilizado por nuestro legislador al redactar el texto adjetivo penal. A modo de reflexión académica, resulta pertinente apuntar la conveniencia dogmática de acuñar en un futuro próximo un concepto autónomo de correlación frente a congruencia, siendo que, como afirmó Ortells (1987), para designar este tema en el proceso penal, resultaría más conveniente hablar de correlación y no de congruencia para significar una mayor laxitud en el debido ajuste entre aquellos términos en comparación. Apreciación terminológica de la cual se hace eco respecto a las características pero bajo condición de sinónimo, en el marco del ordenamiento jurídico venezolano el artículo 345 del COPP, al reconocer que, ciertamente el hecho (objeto normativo) es a lo que está vinculado el juez, y este puede ser calificado de otra manera (tipo penal), sin atentar contra el principio acusatorio (juez imparcial), siempre que no se menoscabe otras garantías procesales como el derecho a la defensa y el principio de contradicción, que establece la necesidad de someter a debate todo dato fáctico o jurídico.

La Correlación Necesaria entre Delito, Pena y Proceso

Con la realización de una conducta constitutiva de delito o falta, como apunta Cucarella (2003), nace para el Estado la obligación de defender la legalidad penal y por tanto, la aplicación del derecho penal al caso concreto, a través del proceso. En este sentido, la doctrina clásica, entre ellos el maestro Carnelutti (1960), ha puesto de relieve en el estudio de la situación jurídica, la relevancia del proceso penal como fórmula o instrumento para la imposición de la pena y por ende el vínculo necesario entre crimen y sanción al señalar que: "el conjunto de los actos mediante los cuales se infringe la pena, esto es, se realiza la punición, es llamado proceso penal, he aquí que la determinación del nexo causal entre delito y pena se completa con el ordenamiento

del proceso penal" (p. 3); esta correlación puede apreciarse en el caso venezolano de la simple lectura del artículo 1º del Código Penal, en el cual se prevé que, no puede castigarse o sancionarse ninguna acción u omisión, que no esté previamente tipificada como punible, ni con penas que la ley no haya establecido previamente.

Por su parte, la imposición de esa pena, previamente establecida con base a la acción tipificada como delito (legalidad), no puede realizarse de forma arbitraria o discrecional, sino a través del ejercicio de la función jurisdiccional, en desarrollo de un proceso debido (legitimidad), situación que se aprecia del contenido del artículo 1º esta vez del COPP, donde se contempla al juicio previo como condición indispensable a la condena. Lo que traducido en la doctrina penal como apuntó Petroccelli (1954), implica que para la imposición de la pena, es preciso el ejercicio de la potestad jurisdiccional y la emisión de la correspondiente sentencia, o como bien habría señalado Goldschmidt (1961), ciertamente es necesario el proceso para condenar o absolver a una persona por la realización de una conducta criminal.

La Correlación Específica entre Acusación y Sentencia

El deber de congruencia tiende a garantizar la imparcialidad del juez como elemento esencial del principio acusatorio y el adecuado ejercicio del derecho de defensa en juicio, exigiendo que la plataforma fáctica, reprochada al imputado en la acusación, sea la única materia sobre la cuál pueda válidamente fundamentar el tribunal, al momento de dictar sentencia, de modo tal de evitar cualquier tipo de imputación sorpresiva que conlleve a la vulneración del derecho al juez natural y la indefensión. Por lo que, si bien se ha sostenido, que el objeto del proceso se define por el hecho punible imputado al acusado, la discrepancia doctrinaria en la forma de entender el objeto del proceso, ha derivado como consecuencia, que el deber de correlación de la sentencia con atención al principio acusatorio, se venga predicando desde dos perspectivas francamente contradictorias.

Por una parte, hay quienes, como López Barja (2012), la conceptúan de forma unidimensional, respecto tanto del hecho punible como de la calificación jurídica, al indicar a este respecto, que: "el principio acusatorio significa que el Tribunal penal está vinculado por la acusación; y esta vinculación lo es, tanto con los hechos como con la calificación jurídica. La correlación entre acusación y sentencia debe ser completa, en el sentido de que el Tribunal no puede referirse a hechos que no sean objeto de la acusación ni a calificaciones distintas a la realizada por la acusación". (p. 202).

Por su parte, como contraposición lógica de lo dicho, mayoritariamente en la doctrina (Armenta, 1995; Planchadell, 1999; Cucarella, 2003 y Gonzáles, 2004), se aprecia una concepción bidimensional, que tiende a aceptar la potestad del juez para proceder al cambio de la calificación jurídica, siempre que no se afecte de forma esencial la identidad del objeto del proceso. Cuyo argumento fundamental radica en la idea de que corresponde al juez la facultad de enjuiciamiento jurídico, por lo que la identidad del objeto del proceso se ha de ceñir al hecho, ya que la naturaleza de la función jurisdiccional implica la aplicación del derecho penal al caso concreto, desprendiéndose de esto que debe ser el juzgador quien decida cuál es la solución jurídica del supuesto fáctico sometido a su decisión, es decir, la calificación jurídica e imponga la pena que corresponda conforme a derecho, de acuerdo a su interpretación, sin verse limitado por la calificación de la acusación.

Sin embargo, el llegar a la conclusión de que el objeto del proceso, viene definido por el hecho punible y que la sentencia debe ser congruente con el hecho de la acusación, solo resuelve el problema desde un punto de vista formal, ya que sigue sin resolverse en concreto ¿con qué aspectos?, ¿de qué forma?, y ¿cómo?, ha de ser congruente la sentencia. Para lo cual hay que intentar establecer lo que constituye el hecho punible, desde el punto de vista procesal penal. En este orden de ideas, bajo la tesis de la no vinculación, la cuestión demanda establecer cuáles son los criterios que,

desde un punto de vista procesal, permiten determinar la identidad del hecho, con miras a las teoría de homogeneidad y heterogeneidad de los hechos y de la autonomía de los hechos o de la entidad suficiente para constituir por sí mismos el objeto de un proceso penal distinto. Y que, por lo tanto, como apunta Cucarella (2003), hacen posible discernir cuándo ha operado una modificación en la sentencia, que convierte al mismo en uno diverso del que se contenía en la acusación.

Por tanto, ante el desconocimiento de los criterios que definen la identidad del hecho, es materialmente imposible establecer juicios de decisión uniformes que permitan determinar, qué es lo que significa el deber de correlación que puede conducir al problema, como el presentado actualmente en el foro penal venezolano. De no estimar infracciones al deber de correlación, en casos en que ésta es evidente, como aquel en que detrás de una aparente modificación de la calificación jurídica del hecho, se esconde una modificación fáctica sustancial, lo cual solo sería posible a través de una nueva imputación. Así como y aún más común, la inclusión de aspectos fácticos accesorios en cuyo caso, en criterio personal, tampoco sería posible el accionar autónomo del juez, por cuanto si bien pueden ser advertidos a las partes por el juez durante el debate en base a un principio de oficialidad en aras de alcanzar valores de justicia material, tales elementos accesorios no pueden ser valorados en la sentencia sin que, no obstante la reconocida existencia de una tesis de desvinculación, hayan sido acogidos por el ente fiscal e incorporados al proceso, por la vía de la ampliación de la acusación. Pues como se verá en lo sucesivo, tal accionar afecta el sustrato fáctico, que solo es valorable aplicando la tesis de desvinculación, prevista en el artículo 345 del COPP, lo que en caso contrario comprometería la imparcialidad del juez como elemento esencial del principio acusatorio y por ende el deber de correlación entre acusación y sentencia.

Tan diversas y respetables posiciones doctrinales, son el reflejo de lo que sucede en el resto de la doctrina, así como en la jurisprudencia patria, existiendo

sectores que, defienden la facultad del cambio de calificación sin afectar el deber de correlación, al excluirla formalmente del objeto del proceso y sectores que lo adversan, quedando vigente a la fecha la importante tarea de analizar los criterios que delimitan la potestad del juez penal, para efectuar el cambio de la calificación jurídica, sin que se afecte el deber de congruencia entre acusación y sentencia.

Por la importancia que reviste, el principio de congruencia entre acusación y sentencia, ha sido objeto de numerosos análisis en la doctrina, así ya en 1969, Fenech entendía por congruencia "la conformidad que debe existir entre el contenido de la sentencia y la pretensión o pretensiones que constituyen el objeto del proceso en que aquella se dicta" (p. 129). Tal posición pareciera mantenerse hasta la fecha si analizamos la opinión de Binder, (2009), al considerarla "una manifestación muy rica del derecho de defensa, siendo uno de los principios estructurales del juicio penal que surge del principio de inviolabilidad de la defensa, que puede ser ejercido si, luego del debate, la sentencia se refiere a cualquier otro hecho, diferente de los tenidos en cuenta durante éste" (p. 186); ello expresamente se traduce en que, el tribunal debe resolver sobre el hecho imputado al acusado como conducta concreta, que le es sometido a su conocimiento. Encontrándose vedado el juzgador para incorporar elementos o circunstancias esenciales o autónomas ajenas al hecho previsto en la acusación.

Como se puede apreciar, el principio de congruencia previsto en el artículo 49.1 de la CRBV, tiende a garantizar con base en el principio acusatorio la imparcialidad del juez, así como el adecuado ejercicio del derecho de defensa en juicio, exigiendo que la plataforma fáctica reprochada al imputado en la acusación sea la única materia que pueda válidamente ser tomada en consideración por el tribunal al momento de dictar sentencia, de modo tal de evitar cualquier tipo de imputación sorpresiva que conlleve a la indefensión. Asimismo, sobre el tema, comparto de forma complementaria y no excluyente, la opinión de Arnaudo (2009), respecto a que

"la exigencia de correlación entre acusación y sentencia no es una consecuencia directa del derecho del imputado, sino del concepto mismo de juicio" (p. 68), al indicar que "el principio de congruencia no solo guarda relación con el derecho de defensa, sino que se trata de una regla que bien puede ser extraída lógicamente de los derechos de las otras partes del proceso" (p. 69), como sería el derecho del ministerio público y de la eventual víctima querellada, a obtener una respuesta judicial que abarque, además de los hechos que pudieron haber sido objeto de defensa, todos aquellos que han sido materia de la acusación, delimitando los propios términos del rol judicial. En tanto determina aquello que puede o no ser objeto de jurisdicción en un proceso penal concreto.

En el derecho penal venezolano esta regla de congruencia se desarrolla con la redacción del artículo 345 del COPP, al prever que:

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.

Pero, el acusado o acusada no puede ser condenado o condenada en virtud de un precepto penal distinto del invocado en la acusación, comprendida su ampliación, o en el auto de apertura a juicio, si previamente no fue advertido o advertida, como lo ordena el artículo 333 de este Código, por el Juez o Jueza sobre la modificación posible de la calificación jurídica.

De la norma transcrita, surgen los parámetros y límites de la tesis de desvinculación en el derecho penal venezolano, por cuanto se evidencia que los hechos objeto de la acusación fungen como límites de la sentencia, al indicar con

claridad que la decisión no podrá sobrepasar el hecho y las circunstancias descritas en la acusación, en el auto de apertura a juicio, o en su caso, en la ampliación de la acusación, toda vez que el ejercicio de este derecho fundamental, del que todo imputado goza (y de las partes en general), se vería seriamente comprometido por no decir, anulado si el Tribunal que dicta sentencia, pudiese condenarlo, basándose en circunstancias no incluidas oportunamente en la acusación formulada por el fiscal o, en su caso, por la parte querellante. Aunado a que, se vería notablemente comprometida la imparcialidad del juez como elemento esencial del principio acusatorio.

Sin embargo, la falta de claridad respecto a los parámetros de interpretación por algunos operadores del sistema de justicia penal en nuestro país, ha derivado en la aparición, como conducta cotidiana, dentro de la práctica forense judicial, que se pretenda aceptar a través de un alegado cambio de calificación, la incorporación de hechos y circunstancias que modifican los elementos esenciales del objeto del proceso penal. Sobre las cuales, como se ha visto con antelación, queda claro que resulta imposible su incorporación de ninguna forma al debate, al modificar el contenido esencial del objeto del proceso. Por lo que requeriría una imputación independiente; y aun más común, la incorporación de oficio por el juez de circunstancias accidentales o accesorias del hecho punible, sin que se verifique una ampliación de la acusación. Este segundo escenario creemos, es el que realmente represente mayor nivel de confusión y por ende requiere mayor detenimiento, pues no queremos referir que sea imposible la inclusión de estas circunstancias accesorias al debate. Lo que si creemos improcedente es alegar bajo una tesis de desvinculación, respecto a la calificación jurídica, pretender atribuir al juez la posibilidad de incorporar de oficios ese tipo de elementos accesorios que creemos si bien pueden ser advertidas a las partes, siempre requerirán ser incorporados al proceso por ellas y no por el juez.

Por lo que en ese supuesto, de continuar desarrollándose este tipo de prácticas, que notoriamente riñen con el principio acusatorio, se volvería a un procedimiento de características inquisitivas, donde el juez volcaba una actividad de parte acusadora, perdiendo su rasgos de imparcialidad y el imputado, convertido en objeto de acusación, desconocía los cargos que se dirigían en su contra por tratarse de una investigación secreta. Al término de la cual se dictaba la sentencia, y, por consiguiente, no tenía posibilidad alguna de defensa frente a la acción punitiva, al desconocer con anterioridad a la condena los hechos que se le atribuían, lo que nos conduce a proseguir en el desarrollo del trabajo con la figura de la calificación jurídica y sus parámetros de delimitación.

IV

Vinculación del Juez a la Calificación Jurídica

La Calificación Jurídica de los Hechos no Integra el Objeto Procesal

Para determinar si el hecho imputado ha sido alterado en la sentencia, habrá que tomar como parámetro, tanto los ya estudiados rasgos del principio acusatorio, como la posible vulneración del derecho de defensa. Además, el análisis tendrá que ser vinculado a las diferentes situaciones que pueden darse en virtud de la aplicación de las leyes penales sustantiva y procesal. Al respecto, siendo el caso que el término correlación o congruencia no resulta sinónimo de identidad o adecuación perfecta en toda su extensión. Y tal como consideró Claría (1967): "no se entiende más allá de los elementos fácticos esenciales y de las circunstancias y modalidades realmente influyentes en ellos, hasta el punto que la defensa haya podido ser afectada, si la sentencia condenatoria se aparta de ese presupuesto material" (p. 252). Esto nos lleva a advertir, de forma anticipada, la dificultad para lograr la formulación de una regla única de implementación práctica, por lo que, el presente trabajo especial de grado, está enfocado fundamentalmente a examinar los principales criterios que sirvan de guía a la posible solución, respecto a la regulación de la potestad del juez para proceder al cambio de calificación.

La variación que realiza el juez en la calificación jurídica de los hechos, es lo que Planchadell (1999) denominó: "la tesis de la desvinculación, que constituye una manifestación del derecho a ser informado de la acusación, que autoriza al órgano jurisdiccional a discutir la tesis jurídica de la acusación erróneamente planteada" (p. 64). Pero debe precisarse que esa desvinculación no resulta arbitraria ni ilimitada y la misma puede obedecer a diversas circunstancias, que no pueden ser resueltas de la misma manera, requiriendo un razonamientos respecto a los principales criterios doctrinarios, que permitan distinguir cuando se está en presencia de alteraciones esenciales o meramente accesorias del objeto del proceso, con miras a las tesis de

homogeneidad y heterogeneidad de los hechos y de la autonomía de los hechos o de la entidad suficiente, para constituir por sí mismos el objeto de un proceso penal distinto.

Esta tesis de no vinculación es adoptada expresamente en nuestro derecho procesal penal, a través de la redacción del artículo 333 del COPP el cual establece que:

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

Tal como se ha argumentado, queda claro que ésta vinculación entre el hecho imputado y la sentencia es lo que conocemos como el principio de congruencia, el cuál ciertamente puede ser definido como la garantía del imputado de ser juzgado por un juez imparcial y a que no se emitirá pronunciamiento sobre un hecho distinto a aquél sometido a juicio. Siendo que según Cafferata (2001): "El derecho de defensa exige la identidad del hecho delictivo por el que se dicta sentencia, con el contenido en la acusación (en la originaria o en su ampliación), con el intimado al imputado al recibírsele declaración y con el expresado en la requisitoria fiscal de instrucción (si existiere); entre todos ellos, debe haber una correlación fáctica esencial, en todas las etapas del proceso: es la congruencia. Su manifestación final, supone que la descripción del hecho contenido en el documento acusatorio, debe ser idéntica a la

establecida en el fallo condenatorio, sin alteración de sus aspectos sustanciales" (p. 159).

En el contexto nacional, la base de interpretación del principio de congruencia está constituida en el ordenamiento constitucional, según lo establecido en el artículo 49.1.4 de la CRBV, por su relación con el postulado del deber de imparcialidad explícitamente estipulado en los artículos 1 y 7 del COPP, como núcleo del derecho al juez natural y directamente relacionado con la inviolabilidad de la defensa en juicio, con miras al contenido del artículo 12 del COPP. Bajo estos parámetros en el presente inmediato, el modelo de juzgamiento criminal instituido en nuestro país, responde al sistema procesal penal de corte acusatorio formal. Modelo que, como se ha reseñado, presenta como una de sus principales características o elemento esencial, la obligatoria separación de las funciones acusatorias y de enjuiciamiento.

Bajo esta perspectiva, en aras de garantizar el principio de imparcialidad, la ley establece limitaciones muy precisas en su accionar (artículo 1 del COPP), si así no lo hicieran estarían violando los presupuestos del juicio contemplados en la ley fundamental "nulla poene sine iuditio" (artículo 49.4.6 de la CRBV). Por lo que, se prevé la separación de funciones que se ejerce en las diferentes etapas del juzgamiento, por un lado a cargo del ministerio público (artículos 11, 24 y 111 del COPP) que persigue penalmente y ejerce poder requirente ante la comisión de un hecho punible; mientras por el otro como parte adversa está el imputado que puede resistir la imputación a través de su derecho a la defensa (artículos 12 y 127 del COPP); y, por otra, como un tercero totalmente descontaminado con los hechos materia del proceso, está el órgano jurisdiccional (juez o tribunal), con potestad de resolver el caso concreto sometido a su conocimiento (artículo 56 del COPP).

Así las cosas, el ejercicio de la acción se apoya independientemente sobre una misma base fáctica, jurídica, que al culminar el proceso se unen en una misma finalidad que es la realización de la justicia penal. Siendo el caso como se apuntó que

desde una perspectiva absolutista, hay posiciones doctrinarias como la de Lopez Barja (2012), que considera que la limitación o imposibilidad de romper la identidad fáctica y normativa por parte del tribunal, resulta congruente con el principio acusatorio que contempla la separación de funciones entre acusador y juzgador. Donde le está reservado a este último la tarea de decidir conforme los hechos y el derecho, introducidos por las partes y no poner en riesgo el principio de imparcialidad, desde el momento que el juez de juicio somete a discusión su opinión. Sosteniendo de oficio una acusación jurisdiccional o una calificación jurídica diferente o contradictoria, a la presentada en la acusación.

En otro orden de ideas, para comprender el concepto de congruencia, ahora, respecto a lo concerniente al derecho a la defensa, resultan ilustrativas las palabras de Maier (2011), al indicar que: "todo aquello que, en la sentencia signifique una sorpresa para quien se defiende, en el sentido de un dato, con trascendencia de ella, sobre el cual el imputado y su defensor no se pudieron expedir, cuestionarlo y enfrentarlo probatoriamente, lesiona el principio estudiado" (p. 336). Por su parte, Binder (2009) habría señalado que, según el principio de congruencia entre acusación y sentencia "la sentencia solo 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" (p. 186).

En el contexto legal venezolano, apartándose de esas tesis absolutistas o al menos temperándolas, este deber de congruencia, como se ha reflejado anteriormente, se encuentra expresamente previsto en el previamente citado artículo 345 del COPP, al prever que 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 y si bien 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. Esta no podrá

exceder su propia competencia. Por lo que el acusado o acusada, no puede ser condenado o condenada en virtud de un precepto penal distinto del invocado en la acusación, comprendida su ampliación, o en el auto de apertura a juicio, si previamente no fue advertido o advertida.

Dicha tesis de desvinculación, prevista en el ya también citado artículo 333 del COPP, debe interpretarse en armonía con ese deber de congruencia entre acusación y sentencia, lo que conduce a distinguir entre la potestad de cambio de la calificación jurídica (adecuación de derecho) sobre hechos incorporados al proceso previamente por las parte y la incorporación o ampliación de elementos esenciales o accesorios de forma oficiosa por parte del juez (adecuación de hecho). Conducta que como hemos ya vislumbrado, consideramos inconveniente y reñida con el principio acusatorio al comprometer la imparcialidad del juzgador. En este sentido resalta la opinión de González (2004), al indicar que:

"A esta altura es obvio decir que no se trata de que el propio juez introduzca en juicio estos nuevos elementos fácticos de carácter adjetivos, sino que los mismos deberán haber resultado bien de la alegación de los hechos formulados por las partes, o bien de la actividad probatoria que haya tenido lugar durante el juicio. Pero, cumplido este requisito, el órgano jurisdiccional puede y debe valorar tales circunstancias en su sentencia, siempre, por supuesto, que haya habido posibilidad de contradicción y que no se genere indefensión a ninguna de las partes"

Coincidiendo parcialmente con la opinión transcrita, se estima en el presente trabajo, que la mejor forma de garantizar el principio acusatorio en la incorporación de hechos accesorios derivados de la actividad probatoria, debe plantearse a través del sometimiento (información o advertencia) a las partes, de la importancia y relevancia del nuevo hechos emanado de la actividad probatoria. Pero, en principio su

incorporación a la sentencia, deberá requerir la actividad previa de parte acusadora a través de la aceptación o acogida formal del nuevo hecho y la formulación de una ampliación de la acusación. Sin que pueda ser incorporada de oficio autónomamente por el juez, pues tal exceso atentaría contra el carácter del juez imparcial. Sobre el deber de congruencia y la calificación jurídica, se ha pronunciado también la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo de Justicia, actuando en Sala Constitucional, en sentencia No. 811 de fecha 12 de mayo de 2005, donde con ponencia del Magistrado Dr. Jesús Eduardo Cabrera Romero, se estableció sobre el particular lo siguiente:

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. (p. 14)

De tan contestes argumentaciones doctrinarias, legales y jurisprudencial, se colige que la congruencia es la conformidad de la sentencia con las alegaciones fácticas 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 contenido en el auto de apertura a juicio, o en la ampliación 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.

Por ello, en el presente trabajo se sostiene la existencia de una congruencia subjetiva, que se refiere a la persona del acusado, que no podrá cambiar a lo largo del proceso. Y adicionalmente la existencia de una congruencia objetiva que fundamentalmente se refiere a la correspondencia de la sentencia con el hecho objeto

de la acusación, haciendo una particularización entre hechos esenciales y hechos accesorios y su posibilidad de inclusión o modificación durante el proceso. Siendo necesario profundizar si la congruencia objetiva, abarca la correlación con la calificación jurídica, ante un eventual cambio respecto a la invocada, en la acusación y la delimitación de tal potestad a cargo del órgano jurisdiccional y la correlación con los alegatos del acusado y la defensa.

Para ilustrar esto, en aras de establecer si hay violación del deber de imparcialidad y del derecho a la defensa en el juicio ante este supuesto (cambio de calificación jurídica), se debe analizar si existe una afectación sustancial del principio de congruencia fáctico o compatibilidad y adecuación, existente entre el hecho imputado en el proceso y la sentencia. Toda vez que los hechos imputados en la formulación de cargos, deben guardar pertinencia con los hechos fácticos por los cuales se presenta la acusación fiscal.

De igual forma, los cargos por los cuales la fiscalía formula la acusación, son los hechos taxativamente definidos por los cuales debe reflejarse el pase a juicio y que, en todo caso pueden ser modificados a través de una ampliación de la acusación. Por lo que dicho eso, debe examinarse si la calificación jurídica forma parte del tipo penal que integra el núcleo del requerimiento de llamamiento a juicio, con todas sus circunstancias, ya sean estas agravantes o atenuantes, que constituyen el límite fáctico del juicio y por ende de la futura sentencia. Es decir, siendo que el auto de apertura a juicio fija los hechos de los que el tribunal no puede apartarse, pues en ese supuesto de estimar la calificación jurídica en sí misma como esencia del tipo penal (tesis unidimensional sostenida principalmente por López Barja), implicaría bajo cualquier supuesto, la imposibilidad de su modificación por el juez, sin desvirtuar el sustrato esencial por el cual se sustanció el proceso.

Contrariamente a lo expresado, sí se reconoce la dicotomía entre hechos imputados y calificación jurídica, (tesis bidimensional sostenida entre otros por

Armenta, 1995; Planchadell, 1999; Cucarella 2003; y Gonzáles, 2004), como expresamente se ve contemplada en el texto adjetivo penal venezolano, sería jurídicamente posible el cambio de calificación, siendo que solo se afectaría la garantía constitucional de imparcialidad o a la de defensa en el juicio, ante una eventual mutación o cambio esencial entre el hecho o tipo penal imputado en la formulación de cargos, investigado en la fase preparatoria, base fáctica sobre la cual se formula acusación y el llamamiento a juicio, con el hecho juzgado. Produciéndose un menoscabo en la facultad de refutación y ejercicio de la prueba misma por parte del procesado o por el hecho que esos elementos accesorios del hecho sean incorporados al juicio directamente por el juez. Por cuanto hay que hacer una distinción entre los hechos, bien sean esenciales o accesorios que conforman el objeto del proceso y la calificación jurídica. Siendo que en este trabajo se comparte la opinión de González (2004), respecto a que:

Si el órgano jurisdiccional, a lo largo del juicio oral opina que los hechos, los mismos hechos por los que se acuso, han de ser calificados de otra manera, no habrá ningún inconveniente en que lleve a cabo tal cambio de calificación, siempre y cuando (...) se informe debidamente a las partes (a ambas) de la modificación con el fin, de que en su caso, puedan defenderse y, si es necesario contradecir lo que estime conveniente. El núcleo esencial del hecho permanece en este caso inalterado (...) otra cuestión realmente distinta es la que se presentaría en el supuesto de que el órgano jurisdiccional pretendiese, de oficio, cambiar esencialmente los hechos por los que se procede, o, simplemente, aportar nuevos hechos al proceso. Aquí si está claro que se vulneraría el principio acusatorio, con independencia de que se hubiesen respetado los derechos de la defensa, a ser informados de la acusación, la necesaria contradicción y todas las garantías que se quiera. Aquí el órgano

jurisdiccional está introduciendo nuevos hechos (en sentido normativo) en el proceso y esto, se haga como se haga, es vulnerar el principio acusatorio, el cual, precisamente, ha de garantizar la imparcialidad del juez, que queda maltrecha si éste se dedica a alterar o ampliar la esencia del objeto del proceso que han introducido las partes. (p. 100).

Por lo que la violación del principio de congruencia, en lo que respecta al principio acusatorio, solo concurre a nuestro entender cuando el cambio entre hecho imputado y hecho juzgado sea introducido al debate, producto de una actividad oficiosa del juez. Debiendo diferenciar en consecuencia, en aras de una solución al dilema, entre la inclusión de hechos esenciales y accesorios; y la potestad del cambio de calificación de hechos ya introducidos al debate por las partes. En cuyo caso como, se sustenta en este trabajo, la tesis de desvinculación siempre involucra la necesidad de informar a las partes, con miras a no limitar o afectar la posibilidad fáctica de formular prueba en defensa y sin que la diversidad entre hecho acusado y hecho juzgado comprometa o afecte la estrategia de la defensa.

Todo ello, ante la máxima jurídica, respecto a que corresponde al tribunal (curia) el conocimiento (novit) del derecho (iura). Debiendo aplicar el precepto jurídico que corresponda, independientemente de lo invocado por las partes, y que tal modificación no afecta ni restringe el derecho a la defensa. Al respecto, ciertamente corresponde a los jueces calificar jurídicamente las circunstancias del hecho, con independencia del derecho que hubieran invocado las partes, en tanto y en cuanto no se alteren los hechos o se tergiverse la naturaleza de la acción deducida. Pudiendo otorgar al hecho imputado una calificación distinta a la expresada en la acusación, siempre y cuando, eso no implique dejar al encausado en estado de indefensión. Por lo que siempre que se mantenga la identidad fáctica, es decir se observe el principio de congruencia, el tribunal puede modificar el encuadre jurídico penal del hecho

recogido en la acusación, conjugando los enunciados normativos con los presupuestos fácticos del tipo.

Sin embargo, ese consenso inicial respecto a que, el objeto del proceso penal se identifica por el hecho en que se fundamenta la pretensión procesal, tiende a desaparecer cuando se trata de establecer con claridad, ¿qué? o más concretamente ¿cuál es el hecho procesalmente relevante?. Cuestión que es en definitiva lo fundamental para determinar precisamente en qué consiste la correlación objetiva que debe guardar la sentencia al momento de un eventual cambio de calificación, con el hecho de la acusación. Lo que demuestran la necesidad de atender a la configuración técnica del hecho, de su contenido e identidad, como objeto procesal. Al efecto, se estima oportuno destacar la argumentación de González (2004), al señalar:

Las dificultades empiezan precisamente cuando se entra en el terreno de lo concreto y se trata de determinar cuándo un cambio de calificación deja de serlo y pasa a convertirse en una alteración sustancial de los hechos iniciales o en un supuesto de introducción de nuevos hechos esenciales en el proceso. En definitiva, cuando se pasa de estar ante un mero cambio de calificación jurídica a estar frente a una alteración del objeto del proceso (...) podría llevar aparejada -ahora sí- una vulneración del principio acusatorio. (p. 171)

Sobre el particular, siendo que nuestro legislador no tuvo consciencia de la necesidad de regular estas cuestiones, al establecer la posibilidad del cambio de calificación. Ni prevé normativamente los complejos problemas que de allí derivan, hasta el momento insoluble plenamente en la práctica forense y en la doctrina nacional. Por lo que en la construcción de una alternativa de solución nos apoyamos, en lo sucesivo, en el análisis de las estudiadas teorías naturalistas y normativas, complementadas con las tesis de la homogeneidad o heterogeneidad de los hechos,

como posiciones doctrinarias que pretenden dar una respuesta unitaria y coherente al tema de la identificación del hecho desde un punto de vista procesal, para refrescar lo ya señalado puede destacarse sobre el punto la opinión de Cucarella (2003), al reflejar respecto al tema que:

Las teorías naturalistas (...) según estas teorías, el hecho jurídicamente relevante, fundamento de la acusación y también de la acción penal, no es un tipo penal concreto, es decir, no es una determinada figura delictiva, sino en acaecimiento o trozo de la vida, tomado en su integridad, en cuanto con arreglo a un criterio puramente natural. En la identificación del hecho procesalmente relevante se prescinde de cualquier valoración o aspecto jurídico para atender, exclusivamente, al hecho desde un punto de vista exclusivamente natural.

Para las teorías normativas no debe confundirse el hecho jurídicamente relevante fundamentador de la acción y de la pretensión penal, con un determinado y concreto tipo penal (...) No obstante se sostiene que para la identificación e individualización de ese hecho es preciso hacer alguna referencia normativa al Derecho Penal, pues sin la ayuda de estas normas no puede ser resuelto el problema procesal de la unidad o pluralidad de hechos (...)

La homogeneidad ha de suponerse siempre que la raíz esencial y básica de ambas infracciones sea la misma. Es decir, los hechos por los que se condena son homogéneos con los que se acusa cuando la raíz esencial y básica de estos es la misma. Esto no quiere decir que no haya diferencia, pero esas diferencias no son radicales. (...)

Son hechos heterogéneos los que no integran el objeto procesal, es decir, aquellos que no son objetos de la acusación. (pp. 124-167)

Sin embargo, para validar la construcción de una alternativa de solución a este dilema jurídico, en base a las tesis de homogeneidad y heterogeneidad del hecho, se debe atender y refutar las diatribas doctrinarias respecto a que, las mismas constituyen un subterfugio que pone de manifiesto el quebrantamiento del principio acusatorio, para lo cual se destaca la opinión crítica de López Barja (2012), al señalar respecto al punto, lo siguiente:

La jurisprudencia afirma que no hay quebrantamiento del principio acusatorio. La correlación entre acusación y sentencia implica que se distinga entre la identidad del hecho y la identidad de la calificación jurídica de aquel. El hecho a de permanecer inalterable, esto es, la correlación entre acusación y sentencia ha de ser completa. Sin embargo, en relación con la calificación jurídica es posible que existan cambios, siempre que exista homogeneidad, es decir, siempre que se de identidad del bien o del interés jurídico protegido. (...)

A nuestro juicio, ninguna de estas doctrinas supone una defensa del principio acusatorio. El subterfugio de la homogeneidad, precisamente lo que pone de manifiesto es que se ha quebrantado el principio, pues, no existe correlación entre acusación y sentencia; si se acusa por el delito a) el acusado, no puede ser condenado por el delito b), por mucho que se afirme que entre a) y b) existe homogeneidad, pues, seguro que existe alguna diferencia sustancial entre ambos delitos; además la acusación puede realizar calificaciones acusatorias de carácter alternativo, de manera que si

no lo hizo, ¿por qué el Tribunal ha de poder condenar por un delito por el que nadie acusó?, ¿por qué el Tribunal ha de realizar ante sí mismo una calificación acusatoria alternativa y condenar por el delito que alternativamente ha introducido a la hora de redactar la sentencia? A mi juicio, la doctrina de la homogeneidad implica que el Tribunal realiza por sí mismo una calificación acusatoria y condena, sin acusación de autoridad ajena (...) Hay pues un grave quebrantamiento del principio acusatorio y una clara manifestación del principio inquisitivo. (pp. 202-203).

En base a tales razonamientos, creemos que el máximo freno a la teoría de López Barjas (2012), lo constituye su aparente confusión conceptual entre lo que podríamos denominar delitos heterogéneos y hechos heterogéneos, por lo que, si se parte de considerarlos como términos sinónimos, ciertamente se concluiría respecto a su absoluta imposibilidad de modificación pues, un cambio de calificación jurídica constituiría la incorporación de elementos heterogéneos como núcleo esencial del objeto del proceso, supuesto que claramente riñe con el principio acusatorio. Sin embargo, como apunta Cucarella (2003) y González (2004), es posible la migración entre delitos (tipos penales) de naturaleza heterogénea, siempre claro esta que los hechos que conforman su núcleo esencial se mantengan inalterable y mas importante aun no hayan sido incorporados al proceso, de forma oficiosa por el juez sino por el contrario sean producto de la argumentación de las partes o deriven de la actividad probatoria, incorporados a través de la ampliación de la acusación. Pues como se ha indicado la sujeción es a los hechos y no al derecho del cual forma parte la calificación jurídica como parte integrante del delito.

Argumento que se complementa al menos en el caso venezolano, con el hecho que la tesis de López Barjas (2012), la cual se sustenta en una concepción de sistema acusatorio puro. Por lo que, en un sistema mixto o acusatorio formal, como el de

nuestro país, donde se reconoce una preponderancia del interés general u orden público en el ejercicio del "ius puniendo" del Estado, y por ende se ve limitado el núcleo esencial del principio acusatorio al hecho y no a la calificación jurídica. Pareciera viable temperar en grados este respeto al principio acusatorio bajo parámetros de ponderación, estableciendo esa dicotomía entre lo esencial y lo accesorio del hecho. Por lo que en la práctica, lo realmente relevante resulta configurar en los diferentes escenarios una concepción del hecho procesal con miras a la doctrina, que pueda ser aplicable en el derecho penal venezolano, y que permita delimitar la potestad del juez para efectuar el cambio de calificación jurídica, sin afectar el principio de congruencia, principalmente como expresa Armenta (2007), en dos aspectos cuestionados: "a) la incidencia que la calificación jurídica de los hechos tenga en el objeto del proceso, integrándolo o no, y b) la necesidad de que toda modificación de la calificación jurídica (...) debe ser presentada por las partes, en todo caso someterse a la contradicción de las mismas" (p. 43).

No obstante lo expuesto, debe reconocerse en todo caso la contundencia inicial del planteamiento de López Barjas (2012), en torno a que, ciertamente la solución dada por la doctrina parte de la creación de una ficción jurídica, por la cual, se pretende descomponer el hecho en esencia y contorno; y una interpretación extensiva o ilimitada, podría llegar a afectar en todo caso el principio acusatorio en sentido amplio, al menos en lo que respecta a la total imparcialidad del juez al jugar incidentalmente un rol acusador. Y es por ello que, teniendo en cuenta el panorama de ese autor, debe haber un régimen armónico y coherente, sin llegar al extremo de la negación de la facultad del cambio de calificación, toda vez que si se predica un concepto extremadamente exigente del hecho procesal, como el que el autor sostiene, pensando que con ello se garantiza los derechos del imputado, se puede en realidad estar cometiendo un error fundamental, pues aquello podría suponer en la práctica un efecto excluyente (del ne bis in idem), muy limitado en su amplitud objetivo-subjetiva.

Al punto de que cualquier cambio fáctico insignificante introducido, en una hipotética segunda acusación, pueda dejarlo sin eficacia. Puesto que habría que concluir de manera coherente con aquello de que cualquier cambio o alteración también afecta la identidad del hecho a efectos de la cosa juzgada. Siendo que el hecho ya no sería el mismo, sino justamente uno distinto, no quedando, por lo tanto cubierto por la mencionada garantía y concretamente, en el caso del cambio de calificación, el juez se convertiría en un mero convidado de piedra, quedando atado de manos ante la presencia de errores en la calificación inicial cuya corrección durante el proceso, podría incluso beneficiar al acusado. Sin que tampoco, claro está, deba caerse por exceso en una exacerbada amplitud en su implementación, escudando bajo una presunta modificación de la calificación, una alteración de aspectos esenciales del hecho en procura de una justicia material, por lo que la aludida ponderación en la interpretación es obligatoria.

La Calificación Jurídica de los Hechos (Presupuestos Para su Modificación)

Como punto de partida para abordar este aspecto del temario, en el presente trabajo especial de grado, acudimos a la concepción dicotómica, reflejada por la doctrina dominante (Gómez Orbaneja, 1951; Montero, 1987; Cucarella 2003 y González, 2004), respecto a que el principio acusatorio, en nuestro criterio al menos en sentido estricto, no exige que el tribunal se encuentre vinculado a la calificación jurídica, por lo que la aplicación del derecho, al caso concreto, es función de la jurisdicción, tal como sostiene Cucarrella (2003): "mientras que en relación con los hechos y la persona del acusado, los tribunales deben actuar conforme al principio acusatorio, en relación con la calificación jurídica y la pena deben actuar conforme al principio de legalidad" (p. 185).

Bajo esta perspectiva, como apunta Gónzalez (2004), aplicando una tesis de desvinculación, según la cual el juez solo se encuentra vinculado al hecho y no al derecho (precepto jurídico aplicable) reflejado en la acusación, la procedencia de la

modificación de la calificación jurídica involucra dos vertientes. Por una parte lo que constituye propiamente un mero cambio de calificación jurídica, en cuyo caso se debe respetar las garantías propias del derecho a la defensa, como resultan el derecho a ser informado de la acusación y el principio de contradicción en los caso de modificaciones no esenciales o accesoria del objeto del proceso producto de la aplicación de la ya expuesta tesis de desvinculación. Y por otra parte la segunda vertiente, referida al principio acusatorio, que implica ahora si, la modificación del objeto del proceso y cuyo límite implica la imposibilidad de realizar modificaciones o incorporar nuevos elementos de carácter esenciales. Es así, como surge por lo tanto la necesidad de alcanzar criterios jurídicos que permitan distinguir cuando se estaría en presencia de una alteración esencial y cuando por el contrario con alteraciones meramente accidentales o accesorias.

Criterio para distinguir la alteración esencial o accesoria del objeto del proceso (autonomía o entidad suficiente).

La doctrina, entre ellos Beling (1943), habría subrayado que la identidad del hecho se mantiene en tanto se mantenga intacta su idea básica, por lo que como afirma el autor "puede variar el hecho histórico, sin que el objeto procesal pierda su identidad, con tal de que la idea básica del objeto procesal quede intacta" (p. 85). Al efecto, como apunta González (2004), para resolver el dilema jurídico en los casos que van más allá de los supuestos de total identidad de los hechos, se viene acuñando un parámetro de autonomía del hecho para conformar un proceso judicial independiente, con miras a diferenciar los hechos esenciales de los accesorios, pensamiento que se desarrolla con las tesis de homogeneidad o heterogeneidad del hecho, como objeto normativo del proceso.

Hechos o delitos homogéneos.

Como sostiene Cucarella (2003), ciertamente el tribunal puede introducir matices o adiciones colaterales que complementan el relato fáctico de la acusación sin modificar la unidad jurídico-penal aplicable, a través de la información a las partes de la relevancia penal de esos hechos derivados de la actividad probatoria, en lo que no concordamos es que esa actividad informativa sea suficiente para validar la forma de su incorporación al proceso y en definitiva a la sentencia, por lo que amparado en el principio acusatorio, resulta improcedente que la sentencia valore de oficio alteraciones en la perspectiva fáctica incluso no esencial, aun en el supuesto de desprenderse de la actividad probatoria, pues ello supondría, el desconocer la vinculación del juez respecto a los hechos sean esenciales o accesorios. Por lo que para respectar el principio acusatorio como norte del principio de correlación, sostenemos que siempre se deberá acudir a la ampliación de la acusación, en supuestos que involucran un cambio en el título o unidad fáctica por la que se condena respecto con el que se acusa.

Esto es claramente lo que ocurre, incluso en los supuestos de homogeneidad de hechos (elementos accidentales); y en todo caso la potestad de cambio de calificación jurídica, como atribución del juez penal ejercida de forma oficiosa, creemos debe reducirse a los supuestos de heterogeneidad de los delitos como un concepto eminentemente jurídico y no fáctico, puesto que siempre deberá sustentarse en elementos fácticos, argumentados por las partes, incluso bajo una tesis de desvinculación. Sobre el particular, resulta pertinente resaltar la opinión de Cucarella (2004), al indicar que "la heterogeneidad de los hechos no es posible, pues ello implica alterar el objeto del proceso. Sin embargo, es posible condenar por delitos heterogéneos, siempre que los hechos por los que se condena sean homogéneos a los hechos introducidos por la acusación" (p. 150).

Para llevar a cabo el estudio de esta cuestión, es indispensable que establezcamos conceptualmente cuando se esta en presencia de hechos homogéneos, al efecto una definición, por demás completa para caer en cuenta del error, por lo que el término a acuñar debe ser el de delito homogéneo, es la reflejada por Cucarella (2003), al señalar que: "la homogeneidad ha de suponer siempre que la raíz esencial y básica de ambas infracciones sea la misma" (p. 152). Es así, que los delitos y faltas tipificados, hacen referencia a unidades de hechos relativos a la conducta humana que merecen reproche penal y que una vez tipificadas, se transforman en unidades jurídicas, entre las cuales pueden existir puntos de conexión o identidad. Y si esa conexión se refiere a los actos de ejecución, existirá homogeneidad desde un punto de vista procesal y estos puntos de conexión son los que permiten al juez dar el salto de una a otra unidad jurídica en la sentencia, pero siempre, con base en los hechos que el tribunal considera probados y que necesariamente deben haber sido introducidos por las partes en el proceso, sin desconocer su objeto.

Esta relación entre unidades jurídicas puede ser descendente o ascendente, en función de los hechos que le sirven de soporten en el entendido que abarquen en todo o en parte los hechos a que se refieren otras unidades jurídicas. Así las cosas, la homogeneidad descendente se producirá cuando el tribunal, al valorar la prueba practicada en base a los hechos incorporados por las partes al debate, descarta o elimina total o parcialmente el relato fáctico de la acusación, datos o elementos objetivos con trascendencia penal, siendo que en todo caso los hechos alegados sigue sirviendo de base para la sentencia que se dicta, toda vez que los introducidos por la acusación absorben los hechos por los que se condena.

Es importante destacar que en los caso de homogeneidad descendente, el relato fáctico se altera (sustrae), en el sentido de amputar aspectos objetivos de la acusación, eliminando hechos que no considera probados, permitiendo al juzgador dar un salto a una unidad jurídica inferior a la establecida en la acusación y que

compartiendo la opinión de Cucarella (2003): "En ese caso, no se modifica el objeto procesal. Simplemente se adecuan, en el sentido de reducir, los hechos que se imputaban y los hechos por los que se condena. Se procede a excluir aspectos parciales del hecho" (p.153).

Por su parte, la homogeneidad ascendente, tiene lugar cuando el juzgador condena, abarcando todos los aspectos objetivos alegados por la acusación pero con adiciones, complementándolo desde el punto de vista de los hechos, al aparecer durante el proceso a la luz de las pruebas evacuadas, circunstancias más graves que las contempladas en la acusación (ejemplo pedagógico resulta el delito de homicidio intencional a homicidio calificado). Este caso resulta de especial atención en el caso del derecho penal venezolano, por ser un escenario común de exceso judicial en su aplicación, desconociendo los límites de intervención, en resguardo del principio acusatorio, siendo que basado en las opiniones de Cucarella (2003) y Cárdenas (2005) y adaptándolas a las particularidades de nuestro país, en el presente trabajo especial de grado, se considera que la incorporación de oficio, por parte del juez, de dicha circunstancia adicional, estaría vedada en caso de que el ministerio público no solicite, con base en la ampliación de la acusación prevista en el artículo 334 del COPP, la inclusión de esa circunstancia ascendente. Pues se vería comprometida la condición de imparcialidad del juez como núcleo esencial del principio acusatorio y aun en ese caso la aplicación no puede resultar sorpresiva, por lo que deberá garantizarse a las partes el ejercicio de la defensa y contradicción necesaria, propia del debido proceso y el derecho a la defensa.

Por lo que en ese último caso aplicando una tesis de desvinculación, creemos al igual que Cucarella (2003), dado el supuesto que esa incorporación ascendente no haya sido realizada de forma independiente por las partes, el juez solo podrá poner de relieve a los acusadores, respecto los hechos complementarios y su trascendencia penal, por lo que por medio de esta tesis "no solo se pone de relieve un posible

cambio en la calificación jurídica, sino un cambio (en el sentido de complementar) los hechos por los que se pide la condena. En la medida en que ese cambio afecta a los hechos, es preciso que los acusadores asuman la tesis formulada" (p. 162), sin que en caso contrario pueda ser incorporada de oficio por el juez con miras a dictar sentencia condenatoria.

Hechos heterogéneos.

Por interpretación en contrario al aspecto anterior los hechos heterogéneos pueden ser definidos como aquellos que no presentan entre si, una raíz esencial y básica de ambas infracciones y por ende no integran el objeto procesal, en el supuesto de no estar incorporados en la acusación, (como ejemplo pedagógico encontramos el caso de un delito de robo y otro de homicidio, cometidos por el mismo sujeto activo, en perjuicio de víctimas y circunstancias diferentes), por lo que queda claro que, su valoración e incorporación a la sentencia de condena, vulnera el principio acusatorio. Hasta aquí no surgen mayores cuestionamientos, hasta que aplicamos la óptica de la posible desvinculación del juez y la posibilidad de su incorporación sobrevenida al proceso en curso, producto del proceso de evacuación de pruebas.

Al respecto, se sostiene en este trabajo especial de grado que, al no existir una raíz común respecto a los hechos que conforman el objeto del proceso, incluso desde el punto de vista de relación histórica y verificándose como apunta González (2004), una autonomía entre ellos que les permite el desarrollo independiente de un proceso distinto, no resulta procedente su valoración e incorporación para la condena, ni siquiera bajo el supuesto de aplicación de una tesis de desvinculación. Por lo que en el caso del proceso penal venezolano, resultaría excluido su incorporación al proceso en curso no solo de oficio, sino incluso en el supuesto que de forma voluntaria o en todo caso advertido el ministerio público de la relevancia de esos hechos adicionales, con miras a su enjuiciamiento, pretenda realizar, bajo la aludida ampliación de la acusación, incorporar nuevos hechos esenciales al proceso.

Con esta argumentación, se pretende poner pronto freno a un segundo posible error de implementación por errónea interpretación de una tesis de desvinculación, por la cual se pretenda hacer uso del contenido del artículo 334 del COPP y permitir al acusador incorporar hechos nuevos no relacionados con el objeto del proceso en curso, lo que constituiría como ya habría reflexiona Soto (1979), una vulneración de los principio de correlación y defensa inaceptable, por cuanto como apunta el referido autor: "cualquiera que sean las posibilidades del Tribunal para elaborar su propia versión de los hechos, el núcleo básico u objeto normativo del mismo exige perduración y fidelidad absoluta" (p. 87), requiriéndose, en este caso, el desarrollo por separado de un proceso judicial independiente y provisto de las debidas garantías para las partes.

Otro aspecto de notable relevancia práctica en este punto, lo constituye el analizar, si los supuestos grados de participación conforman un supuesto de heterogeneidad, que requieran ser ventilados de forma separada e independiente; en este sentido, si acudimos al desarrollo de capítulos precedentes, atendiendo a la corriente doctrinaria de la teoría normativa del bien jurídico protegido, representada por Gómez Orbaneja (1999), donde se estima que los grados de participación fundamentalmente lesionan el mismo bien jurídico, independientemente que se desarrollen actos de ejecución distintos, permitiría concluir que existe una identidad o al menos relación básica en el núcleo esencial de las infracciones como objeto del proceso. Por lo que en todo caso, podría ser catalogada de homogéneas ascendente o descendente, según el caso, y por ende susceptibles de su inclusión en la condena, bajo la tesis de desvinculación ya expuesta.

En sentido contrario, resultaría la hipótesis de aplicar el criterio desarrollado por Cucarella (2003), donde apartándose de la tesis del bien jurídico protegido y en defensa de la ya también analizada teoría del objeto normativo, desde una perspectiva jurídica, concluye que los hechos base de una y otra forma de participación son

diferentes que si bien conexos, en opinión de dicho autor no son idéntico ni homogéneos, por lo que "La condena por delitos o formas de participación que implique tener en cuenta hechos distintos a los acusados, supone infringir el deber de correlación" (p. 76).

Sobre el particular, en el presente trabajo, se apoya por convenir al desarrollo de la justicia material, la tesis mayoritaria, representada por González (2004), respecto de considerar los grados de participación como hechos homogéneos, no solo por ser aplicable como aspecto conciliador la tesis del bien jurídico protegido. Sino además por ser viable tal estimación, desde la perspectiva de la ya sostenida unidad histórica del hecho punible. En donde la existencia e identidad de su contenido, no esté supeditado a ningún parámetro de unidad o pluralidad jurídico material de acción. Por lo que el hecho punible estará integrado por todos los delitos concurrentes, siempre que los mismos se encuentren vinculado al espacio temporalmente (circunstancias que condicionan la unidad histórica del hecho punible), lo que en el presente caso, permite resolver el problema de forma temperada, a través de la modificación no esencial del objeto del proceso. Haciéndose uso tras las pruebas evacuadas de la tesis de desvinculación, informando a las partes sobre la trascendencia del hecho, para que los acusadores, haciendo uso de la potestad de la ampliación de la acusación, puedan incorporar tales elementos, de modo de poder ser valorados en la sentencia de condena.

Necesidad de informar a las partes sobre los cambios de calificación.

Como se ha sostenido en el desarrollo del presente trabajo, la doctrina jurídica (Armenta. 1995; Planchadell, 1999; Cucarella, 2003 y González, 2004), de forma mayoritaria sostiene que, la vinculación del juez se corresponde con los hechos y no con la calificación jurídica, con miras al principio "iura novit curia", por lo que en ejercicio de la función jurisdiccional, puede atribuir a los hechos presentados una calificación distinta de la reflejada en la acusación. Tal implementación debe ser

consustanciada con los argumentos expuestos con anterioridad. Lo que implica incluso, en el supuesto de no modificar elementos accesorios o accidentales del objeto del proceso, el deber de informar a las partes oportunamente sobre el advertido cambio de calificación, para así contar con el tiempo y los mecanismos necesarios para ejercer tanto su defensa como elemento del debido proceso, como para respetar así el principio de contradicción.

Según Roxin (2000), este deber parece tener dos fundamentos. En primer término, frente a la facultad del tribunal de calificar el hecho según su propio criterio, en la medida en que no exceda los límites fácticos del objeto procesal, bien sea por que estemos en presencia de hechos idénticos o se aplique la tesis de desvinculación antes reseñada, el acusado debe quedar a salvo de sorpresas en relación a las cuales no pudo preparar su defensa. En segundo lugar, el interés en lograr un esclarecimiento exhaustivo de lo ocurrido, por lo que se le debe conceder la posibilidad al acusador de pronunciarse, respecto a la imputación que ha sido modificada.

En el caso venezolano la necesidad de informar es recogida por el legislador como obligación, según se desprende del contenido del artículo 333 del COPP, donde con meridiana claridad, si bien se reconoce la posibilidad del cambio de calificación jurídica, se establece el deber para el juez de advertirla a las partes antes de pasar a las conclusiones del debate. Previendo así la posibilidad de la suspensión del debate para ofrecer nuevas pruebas o preparar la defensa.

Comparación entre el COPP y el código de enjuiciamiento criminal.

Realizado un análisis evolutivo del derecho procesal penal venezolano, no puede menos que sorprender, el advertir como un sistema notablemente inquisitivo como el que se reflejaba en el otrora código de enjuiciamiento criminal, resultaría ser más garantista, en torno al menos al principio acusatorio, en lo que respecta a la

delimitación del hecho objeto del proceso y su alteración accesoria o esencial durante el desarrollo del juicio, de lo que predica el COPP bajo un esquema de proceso de corte acusatorio formal.

Al efecto, como reseñó Borjas (1928) en el inicial código de enjuiciamiento se establecía el principio fundamental de que el fallo debe recaer sobre los hechos imputados al reo en los cargos, por lo que como indica el autor, existía un mayor nivel de exigencia de congruencia entre el dispositivo del fallo y los pedimentos fiscales o acusatorios, al establecer que: "la calificación jurídica atribuida en los cargos a los hechos imputados al reo, debía ser considerada por el juzgador como parte inherente o constitutiva de la acción penal ejercida, de tal modo que si a juicio del Tribunal, los hechos imputados no correspondía al delito definido por las partes fiscal o acusadora (...) debía reponerse la causa al estadio de ser formulados nuevamente cargos por el delito que apareciera comprobado" (p. 26), salvo los casos en que quedara demostrado que, el acusado efectivamente se hubiera defendido en el proceso, respecto a la correcta calificación jurídica que se desprense del desarrollo del proceso y que era diferente a la presentada en la acusación.

Si bien esa concepción a lo largo de las reformas del código de enjuiciamiento criminal va cediendo a la luz de principio del "ne bis in ídem", por lo que la excepción del cambio de calificación pasa a ser la regla y la reposición de la causa la excepción. Siendo que como refleja Borjas (1928), con la modificación se establece que el juzgador debe hacer recaer la sentencia sobre el hecho materia del juicio, con prescindencia de la calificación jurídica que se le diera en los cargos y para calificarlos, el juez debe atender a la naturaleza y carácter del hecho, a las circunstancias en que fue ejecutado y a las pruebas evacuadas que aparezcan del expediente.

Sin ser el objeto principal del presente trabajo la comparación del los sistemas inquisitivos y acusatorio. En este punto resulta suficiente limitar la reflexión respecto

a la existencia de una clara relación inversamente proporcional, entre lo que ha venido siendo la evolución de la definición del objeto procesal, con miras al principio acusatorio y el desarrollo o migración de un proceso hacia rasgos hipotéticamente mas acusatorios. Por lo que a medida que el legislador aspira acercarse a un concepto de corte acusatorio formal, más se aleja de su intención inicial, y menos respeta la separación de la función acusadora y de juzgamiento, como elemento esencial del principio acusatorio, al permitir al juez intervenir en la modificación del objeto del proceso. Como por ejemplo, con la vigente posibilidad de evacuar nuevas pruebas de forma oficiosa respecto a circunstancias o hechos suscitados de la audiencia, según lo previsto en el referido artículo 342 del COPP.

V

Delimitación de la Potestad del Cambio de Calificación

Límites Derivados de la Vigencia del Principio de Contradicción

Todo cambio en el contenido de la calificación jurídica, en la medida en que aporta perspectivas jurídicas diferentes, ciertamente puede lesionar el derecho de defensa del acusado, por cuanto hasta ese momento, en el juicio se ha adoptado una estrategia defensiva en función de los puntos de vista jurídicos sostenidos en la acusación. Por lo que aun quedando inalterables el punto de vista fáctico, sobre la cual se acusa originalmente la posibilidad del cambio de calificación, debe hacerse sin menoscabar el derecho a la defensa o el derecho de contradicción del acusado y de las partes en general.

En estos términos, como reflejó Gómez Orbaneja (1985), se parte de una concepción según la cual el principio de contradicción conjuga tanto los intereses de la acusación como los de la defensa. Por lo que en consecuencia muchas de las referencias al principio de contradicción y al derecho a la defensa deben interpretarse de manera conjunta.

En el derecho penal venezolano, los límites del cambio de calificación respecto al principio de contradicción, se encuentran previstos en el propio artículo 345 del COPP, al expresar que, el acusado no puede ser condenado en virtud de un precepto penal distinto del invocado en la acusación, comprendida su ampliación si previamente no fue advertida. Este deber se garantiza a través de la fórmula de implementación prevista en el artículo 333 del COPP, el cual reconoce la exigencia que el juez advierta a las partes, al menos inmediatamente después de concluida la recepción de pruebas, si antes no lo hubiera hecho, para que el acusado prepare su defensa. En cuyo caso se le recibirá nueva declaración y se le informará a las partes

que tendrán derecho a pedir la suspensión del juicio, para ofrecer nuevas pruebas o preparar su argumentación y defensa.

Límites Derivados del Principio Acusatorio en Relación con la Persona del Acusado y los Hechos

Como se ha expresado de manera categórica, a lo largo del presente trabajo especial de grado, el objeto del proceso esta compuesto por un elemento subjetivo, referido a la persona en quien recae la acusación y como bien apuntó Serra Domínguez (1969), es un límite infranqueable el hecho que la calificación definitiva no puede dirigirse frente a una personas contra la cual no se haya abierto el juicio oral. De este modo no es posible, desde ningún punto de vista, que exista una movilidad sobrevenida en el cambio de calificación en contra de una persona distinta de aquella que ha sido parte en el juicio, pues ello implicaría desconocer un elemento fundamental del principio acusatorio, como resulta el hecho que no hay proceso sin acusación o lo que es lo mismo, referido a este punto concreto no puede haber sentencia sin acusado.

Modificaciones del Objeto del Proceso que el Juez Puede Llevar a Cabo Aplicando Tesis de Desvinculación (Carácter no Esencial)

Con base en todo el análisis previo, llegamos ahora a uno de los aspecto más interesante del problema, orientado a tratar un tanto más pormenorizado aquellos supuestos en que sin llegar a producirse una modificación esencial respecto el objeto del proceso, pudiera operar una formulación de nueva calificación jurídica, bien sea porque de la práctica de las pruebas que han tenido lugar en el juicio se han constatado determinadas circunstancias fácticas de entidades meramente accidentales y que sin menoscabo de lo antes expuesto, respecto a la ampliación de la acusación como forma de incorporación de hechos al debate. No afecta el núcleo esencial de los hechos objetos del proceso o bien porque el cambio de calificación se da sin

modificación fáctica alguna. Por lo que el problema se reduce en este último caso a una cuestión de mera valoración jurídica de unos hechos que permanecen inalterables.

Par el desarrollo de este capítulo se toma como variable un análisis casuístico y como hipótesis de comparación si la variación de la calificación jurídica de los mismos hechos que han constituido el objeto del proceso, respeta la garantía de correlación entre acusación y sentencia. Debiendo tener muy presente, como máxima, que si el cambio de calificación jurídica no altera la esencia o núcleo de los hechos, dicho cambio no afectará el principio acusatorio. Pues los hechos permanecen inalterados, ello sin menoscabo de la necesidad de analizar adicionalmente en la actividad, su desarrollo en respeto al principio de contradicción, el cual como se habría indicado presupone que se haya garantizado el derecho a ser informadas las partes, en aras de asegurar su argumentación y defensa.

Cambio de calificación para corregir errores mecanográficos en la indicación de los preceptos jurídicos aplicables.

Como se ha indicado con antelación, la vinculación del juez se corresponde con los hechos y no con el derecho, con base en el principio "iura novit curia"; bajo esta perspectiva en el supuesto de estudio, desde el panorama específico del derecho penal venezolano, ante la presencia de este tipo de errores en la indicación del precepto jurídico aplicable, sin menoscabo de la aplicación como vía principal de resolución del dilema jurídico, de la subsanación en el acto de audiencia preliminar del defecto de forma advertido en la acusación, en los términos previstos en el artículo 313.1 del COPP.

Debe considerarse que, aun agotada dicha oportunidad durante la audiencia preliminar, sería posible admitir el accionar de oficio del juez en etapa de juicio para proceder a la corrección del error, bajo una tesis de desvinculación de conformidad con el artículo 335 del COPP. Pues suponer lo contrario como apunta Cucarella

(2003), lejos de salvaguardar el principio acusatorio se sustentaría en la imposición del principio dispositivo propio del derecho civil desconociéndose el interés general que fundamenta el poder punitivo del Estado. Claro está siempre que los hechos, como objeto del proceso que dan lugar a la aplicación de ese precepto jurídico, si se encuentren contenidos y descritos correctamente en el escrito acusatorio. Pues ratificando lo ya expuesto, en caso contrario, se estaría vulnerando el principio acusatorio, al usurpar el juez funciones propias del acusador, incorporando nuevos hechos al proceso.

Cambio de una calificación jurídica a otra conservándose las características de homogeneidad en los hechos.

En este punto, es pertinente reiterar la diferencia conceptual que existe entre hechos heterogéneos y delitos heterogéneos. Debiendo tenerse presente que no es posible, bajo ningún concepto, incorporar a la sentencia hechos heterogéneos, pues ello implicaría la modificación sustancial del objeto del proceso. Por el contrario, si es posible condenar por delitos heterogéneos, pudiendo tomarse como ejemplo pedagógico, el caso del delito calificado inicialmente como robo [despojo violento + delito pluriofensivo] y que producto del proceso de evacuación de pruebas, sin que se acredite la violencia en el despojo, pueda ser calificado como hurto [despojo no violento + afectación derecho de propiedad]. Siempre que los hechos por los cuales se acusa, sean homogéneos a los hechos por los cuales se condena o lo que es lo mismo, que la conducta descrita en la acusación o en su ampliación, sea la que finalmente deba encuadrarse en uno de esos tipos penales.

Asimismo, es indispensable sintetizar de forma general los dos posibles casos en que puede darse este tipo de cambios con miras a esquematizar sus soluciones, el primero, que ya habríamos referenciado como homogeneidad descendente. En el cual como se recordará, se produce cuando el tribunal, al valorar la prueba practicada en base a los hechos incorporados por las partes al debate, descarta o elimina total o

parcialmente el relato fáctico de la acusación, datos o elementos objetivos con trascendencia penal. Siendo que en todo caso los hechos alegados sigue sirviendo de base para la sentencia que se dicta, toda vez que los introducidos por la acusación, absorben los hechos por los que se condena. En este supuesto coincidimos con González (2004), en cuanto a la solución para su implementación dentro del proceso al indicar que: "En estos casos se afirma que no hará falta siquiera que el tribunal proceda al planteamiento de la tesis (ampliación de acusación) pues todos los elementos del tipo del delito por el que finalmente se condena están contenidos en aquél por el que se acusó" (p. 178).

Empleando el ejemplo dado, para entender en concreto como se resume el supuesto y solución de los casos de homogeneidad descendente, estaríamos ante el supuesto de que se acuse por el delito del robo y se condene por el delito de hurto. Siendo que, sin que haya quedado demostrado en juicio el uso de violencia para lograr el despojo del bien, el tribunal ciertamente haya acreditado el efectivo apoderamiento del bien que, sería una condición común del hecho imputado. Pueda, sin necesidad de acudir a una tesis de desvinculación que exija la ampliación de la acusación, actuando de oficio, sin que haya la inclusión de elementos fácticos, solo jurídicos, con miras al "iura novit curia" como conocedor del derecho; anunciar directamente el cambio de calificación correspondiente, en aras de garantizar la posibilidad de defensa de las partes y agotada esta etapa, condenar por el sobrevenido tipo penal, en el cual encuadra la conducta del sujeto activo.

Seguidamente, el segundo de los caso, se refiere a la verificación de lo que hemos referenciado con base a la doctrina consultada para este trabajo, como homogeneidad ascendente y que, como se recordará, tiene lugar cuando el juzgador condena, abarcando todos los aspectos objetivos alegados por la acusación pero con adiciones. Complementándolo desde el punto de vista de los hechos, verbigracia el caso contrario, cuando los hechos contemplados en la acusación no reflejaban el uso

de violencia en el despojo del bien, por lo que se calificaban como hurto y en el devenir del debate, producto del proceso de evacuación de pruebas, se logra acreditar tal condición de violencia por lo que ante esta adición se pretenda encuadrar los hechos de forma sobrevenida, en el tipo penal del delito de robo.

Ante este segundo supuesto consideramos acertada la solución indicada por González (2004), como vía de implementación en el proceso en salvaguarda del principio acusatorio, al señalar que: "El tratamiento procesal que debe darse a estos casos (...) es el de la necesidad de que el tribunal plantee la nueva tesis calificadora (...) la cual habrá de ser asumida por las partes (ampliación de la acusación) como requisito previo a su inclusión en la sentencia que se dicte" (p. 179). Supuesto que, en el ejemplo utilizado, implicaría la posibilidad que se informe a las partes sobre la trascendencia penal de la condición de uso de violencia, acreditada con las pruebas evacuadas y la necesidad que, esa tesis sea acogida por las partes a través de la ampliación de la acusación. Pues en caso contrario el juez, no podría incorporar a la sentencia ese hecho accesorio y por ende efectuar el cambio de calificación, sin vulnerar fundamentos del principio acusatorio.

No podemos dejar pasar la oportunidad de exponer lo que, se cree en este trabajo, es unos de los errores más comunes cometidos en el foro venezolano por los órganos jurisdiccionales, al momento de ejercer la facultad del cambio de calificación en supuestos de homogeneidad ascendente y que se corresponde con el cambio de oficio sorpresivo, sin anuncio ó incluso con la mera advertencia a las partes de esa posibilidad, pero sin que se verifique consecuentemente un accionar, por parte del ministerio público, respecto de ampliar la acusación como forma de incorporar el elemento fáctico formalmente al proceso. Pues es él, como encargado de ejercer el monopolio de la acción penal, quien en general esta facultado, en definitiva, para introducir hechos accesorios al proceso, para que sean valorados por el juzgador e incorporados a la sentencia. Por lo que este supuesto de anuncio, sin ampliación de la

acusación, se considera reñido con el principio acusatorio, en cuanto a garantizar la imparcialidad del juez. Derivando en improcedente su incorporación en la sentencia, incluso en el supuesto que se haya garantizado el derecho a la defensa.

Apreciación de oficio de circunstancias agravantes.

Para abordar ahora el tema de la posibilidad de apreciar circunstancias agravantes, debe de forma anticipada determinar la viabilidad o no, respecto a que dichas circunstancias agravantes puedan ser incorporadas al juicio de forma sobrevenida, en cuanto constituyan una modificación esencial o accesoria del objeto del proceso penal. Para resolver esta incógnita, creemos procedente acoger la tesis de la autonomía de los hechos o de la entidad suficiente, para constituir por si mismo el objeto de un proceso penal distinto, para lo cual, se comparte la opinión de González (2004), al indicar que:

"Las circunstancias agravantes, por sí solas, no tienen autonomía, que es el criterio que (...) resulta decisivo para saber si se está ante un mero cambio de calificación jurídica o sí, por el contrario se trata de un nuevo objeto del proceso; pues bien, como ya se indicó, las circunstancias agravantes no tienen autonomía para dar lugar por sí solas a un nuevo proceso, de forma tal que, si el juez no las incluye en su decisión, ya luego no podrá procederse por ellas. Y este es el motivo fundamental por el que aquí se mantiene que, si del juicio se desprende la concurrencia de alguna agravante, no se trata entonces si al órganos jurisdiccional le está permitido introducirla en sentencia o no, pues tal inclusión constituye un deber inherente al ejercicio de la potestad jurisdiccional que detenta" (p. 186).

Bajo esta perspectiva, resulta evidente concluir que las circunstancias agravantes constituyen un elemento accesorio o accidental que no modifica el núcleo

esencial del hecho imputado, por lo que puede ser incorporado al proceso y posteriormente a la sentencia. Dicho esto, debe precisarse lo que se considera, en este trabajo debe ser su forma de incorporación al proceso. Por lo que, consecuente con nuestra visión, al estimar que la circunstancia agravante detenta respecto al hecho originariamente imputado, una condición de homogeneidad ascendente, creemos que su incorporación al proceso debe basarse en la tesis de desvinculación propuesta que signifique una advertencia a las partes, respecto a la trascendencia penal de la condición agravante derivada. Estimando indispensable una acogida de ese elemento fáctico propuesto por la parte acusadora, traducida en una ampliación de la acusación y es allí donde, incorporada formalmente al proceso, si podrá el juez en definitiva valorarla libremente, desde la perspectiva jurídica y con miras a la actividad probatoria desarrollada y reflejada en su sentencia, adaptando la calificación jurídica de forma autónoma.

En este punto, resulta oportuno refutar la opinión de González (2004), al dejar entrever, de forma un tanto confusa, su aceptación respecto a que se incorpore de oficio la apreciación de este tipo de circunstancias agravantes, sean genéricas o específicas, sin que se vea vulnerado el principio acusatorio, con base en el deber de conocimiento exhaustivo que pesa sobre el órgano jurisdiccional. Al efecto, creo que se debe diferenciar claramente, entre el elemento fáctico (hechos - circunstancias) y el elemento jurídico (valoración - calificación) y simplemente fijar una franca delimitación entre ambas áreas, para así evitar la contradicción o inconsecuencia de las posiciones que podría traer una subjetivización de conceptos indeterminados, como el "deber de conocimiento exhaustivo"

Bajo esta perspectiva, creo que simplemente se puede resolver el problema de los límites del cambio de calificación a cargo del juez, estandarizando como máximas: 1) Que solo los hechos accidentales, que no modifican sustancialmente el objeto del proceso, son los que pueden ser incorporados al juicio de forma

sobrevenida. 2) Que la incorporación de los hechos al proceso -conducta- no le corresponde al juez, pues siempre se encuentra vinculado a los hechos imputados en la acusación con base la principio acusatorio, y en tal sentido, en todo momento debe estar a cargo del ente acusador su inclusión como elemento fáctico, incluso ante una posible tesis de desvinculación del juez. Por lo que deberá ser acogida indispensablemente la imputación del hecho, a través de la ampliación de la acusación. 3) Que una vez incorporado el elemento fáctico al proceso, es allí donde si surge el deber de conocimiento exhaustivo, por el cual el juez, de forma autónoma, pueda, desde la perspectiva del derecho, valorar o no la circunstancia, y ajustar consecuentemente la calificación jurídica; y 4) Que en caso de considerar la posibilidad de un cambio de calificación, deberá informar a las partes para garantizar el principio de contradicción y el derecho a la defensa.

Apreciación de oficio de circunstancias eximentes y atenuantes.

Siendo aplicable, en el caso de las circunstancias eximentes y atenuantes de responsabilidad, la argumentación, dada en el punto que precede, respecto a su inconducencia para formar por si mismas el objeto de un proceso penal distintos. Podemos concluir, de forma anticipada, respecto a la procedencia de su inclusión sobrevenida en un proceso, al constituir un elemento accesorio que no modifica el núcleo del objeto del proceso.

Sobre el tema surgen dos problemáticas, que creo deben ser abordadas; la primera de carácter general y que por analogía puede servir para esclarecer el conflicto, ante cualquier solicitud de incorporación de hechos accesorios realizada por las partes y atiende a la necesaria o no vinculación respecto al juez, en cuanto a su valoración; y la segunda, ya más específica en lo que se refiere al supuesto concreto de las eximentes y atenuantes, referida a si es indispensable la alegación de su existencia por las partes, o por el contrario si es posible su incorporación de oficio por el juez en la sentencia, sin alegación de parte.

Como indica González (2004), la primera de las interrogantes propuestas pareciera ser de fácil solución, con el simple hecho de recordar la no aplicación del principio dispositivo en materia penal, ya que "el órgano jurisdiccional no queda vinculado por las alegaciones de la defensa, ni tampoco por aquellas de contenido favorable que haya podido mantener la acusación" (p. 188), por lo que, si debatido como elemento jurídico, a través de la argumentación de las partes, el juzgado considera que la misma no se verifica acreditada producto del proceso de evacuación de pruebas, este debe apartarse de la argumentación y decidir conforme a derecho, respecto a la imputación.

Tal pronunciamiento no afecta el principio acusatorio pues, el juzgador no esta incorporando elementos fácticos, sobre lo cual como hemos sostenido a lo largo de este trabajo especial de grado, creemos está vedado el tribunal para agregarlos de forma oficiosa, incluso en el supuesto de hechos accesorios. Y en todo caso, se corresponde con la verificación y valoración del elemento introducido por las partes. Actividades estas que se enmarcan dentro de la libre convicción razonada que implica la función jurisdiccional, pues admitir lo contrario y estimar que el juez esta supeditado a acoger necesariamente la argumentación, como apunta González (2004), implicaría, más que salvaguardar el principio acusatorio el conferir a las partes un carácter propio de juzgamiento.

Supuesto distinto ocurre en el caso de una omisión de pronunciamiento respecto a la alegación de parte. Pues si bien, el juez no esta vinculado a acoger las mismas, si debe motivar en su fallo las razones que lo llevaron a apartarse o advertir la inexistencia de la alegación. Pues en caso contrario, si bien no se afectaría el principio acusatorio, si quedaría comprometido el derecho al debido proceso, en lo atinente a la tutela judicial efectiva.

Por su parte, un grado mayor de complejidad podría involucra resolver la segunda de las problemáticas, dirigida a determinar si es necesaria la previa alegación

de las partes o puede ser apreciada dicha circunstancia eximente o atenuante de responsabilidad de forma oficiosa por el juez. Sobre este aspecto, el presente trabajo se apunta en considerar que, la verificación de estas condiciones en torno a los hechos contenido en la acusación, se traducen en una condición de homogeneidad descendente. Que como se recordará es producida cuando el tribunal, al valorar la prueba practicadas en base a los hechos incorporados por las partes al debate, descarta o elimina, total o parcialmente, el relato fáctico de la acusación, datos o elementos objetivos con trascendencia penal.

Siendo el caso, que la homologación descendente no implica la inclusión de hechos, y por ende, siendo ese el principal talud que represa la posibilidad de ejercer una actividad oficiosa del juez, en lo que respecta al principio de congruencia entre acusación y sentencia. Queda claro la posibilidad, que se puedan incluir en la decisión este tipo de circunstancias que se desprendan de la actividad probatoria, sin necesidad de implementar una tesis de desvinculación que requiera ser previamente acogida por las partes y modificada la acusación. Por cuanto la acusación inicial ya contendía los elementos fácticos que simplemente como producto de una acción valorativa son descartados por el juez.

No obstante, convenir en aceptar la posibilidad de actuación de oficio del juez, en lo que respecta a la incorporación a la sentencia de las circunstancias eximentes o atenuantes, sin que las mismas sean argumentadas ni acogidas previamente por las partes. Es importante tener presente que tal decisión, debe ser producto del respecto al principio de contradicción, por lo que ante la apreciación de esas circunstancias, queda en todo caso vigente la obligación de informar a las partes durante el debate, para que puedan presentar las argumentaciones correspondientes y evitar así ser sorprendidos con un fallo, que se pronuncia sobre aspectos jurídico de los cuales no tuvieron oportuno conocimiento.

Apreciación de oficio de nuevas formas de participación.

El aplicar la terminología ya acuñada en este trabajo permite argumentar que ciertamente, el pase de una modalidad de autoría a otro grado de participación o viceversa, no supone más que la introducción al proceso de detalles fácticos, que no son capaces de conformar por si solo el desarrollo de un proceso penal distinto. Por lo que en principio no habrá mayores complicaciones para concluir que los mismos pueden ser incorporados al proceso sin afectar su objeto. Lo que si debe reiterarse es la forma de inclusión en que estimamos debe darse dentro del proceso, según se corresponda a supuestos de inclusión o modificación de elementos fácticos, que guardan una relación de homogeneidad ascendente o descendente, respectos de los contenidos en la acusación.

Ante tal situación, podemos ratificar que en los casos de homogeneidad ascendente, en los cuales se incluyan elementos fácticos que superen a los contenidos en la acusación, apuntamos como vía acertada de solución, que se acuda a una tesis de desvinculación, que requiere la acogida del elemento fáctico, el cual agrava la condición procesal por el ente acusador y por ende la verificación de una ampliación de la acusación, como sería el caso, que se pase de una participación inicial, como cómplice simple y una consecuente modificación en la participación como autor. Por su parte en los supuestos de homogeneidad descendente, en los cuales la conducta inicial es degradada a una de inferior relevancia, pudiendo tomarse como parámetro la pena a imponer, como indica González (2004), creemos que la tesis de desvinculación puede limitarse en este caso a informar a las partes, con miras a garantizar una posibilidad real de contradicción y defensa.

Dicho esto, especial análisis requiere el supuesto del encubridor y el problema de determinar, si es viable su apreciación sobrevenida, respecto a una imputación inicial, en grado de autor o participe del hecho. Al efecto si se sigue una posición mayoritaria y tradicional, entre ellas la de González (2004), se concluye que no

existen rasgos de homogeneidad, entre la actividad que se encubre y la encubridora, puesto que como se habría estudiado previamente, no se podría atender a una correlación de los actos típicos de ejecución del delito, pues éstos no guardan afinidad alguna entre sí, en el ámbito material y tampoco se podría advertir un nexo común, respecto al bien jurídico protegido o lesionado, pues habiendo sido incluido el encubrimiento entre los delitos contra la administración de justicia. Siendo éste por tanto, el bien jurídico protegido, mientras que la actividad encubierta habrá podido tener como objeto la lesión de cualquier otro tipo de bien. Y en base a ello, según la autora en referencia "se mire por donde se mire se estaría produciendo una vulneración al principio acusatorio, si el tribunal aun informando a las partes sobre el cambio de calificación, pasase de una figura delictiva a la otra; y ello no por el cambio de calificación en sí, sino por que éste conlleva también la introducción o modificación de los hechos en su núcleo esencial y por lo tanto también del objeto del proceso introducido por las partes" (p. 199).

Sin embargo, en aras de contribuir al debate con miras al pensamiento crítico y sin pretender sobreponer una tesis sobre la otra. Se quiere destacar una alternativa contraria, en el supuesto de acudir a un concepto histórico del hecho, desde una perspectiva distinta a la unidad de acción o de los actos de ejecución y que se afiance en una relación eminentemente fáctica. Por la cual, basado en la determinación de una relación real entre ambos hechos, desde el punto de vista histórico (espaciotemporal) y sopesada, bajo la óptica de la verificación o no de un conocimiento previo del hecho, podría al menos apuntar una posición diferente a la mayoritaria que permitiría, en todo caso asumir la existencia de una relación de homogeneidad, en base a esa relación fáctica real (ascendentes o descendente) que abriría el abanico de opciones respecto a las formas de su posible inclusión en el debate y consecuentemente en su valoración, por parte del órgano jurisdiccional.

Apreciación de oficio de distintos grados de ejecución (delito tentado, frustrado y consumado).

De acuerdo a lo precedentemente expuesto, ratificado, en cuento resulta aplicable al supuesto particular en estudio, se reitera la posibilidad de inclusión sobrevenida de tales circunstancias fácticas al proceso atendiendo como parámetro de determinación a la imposibilidad que revisten para constituir en si mismas el objeto de un proceso judicial independiente. Respecto a su forma de incorporación, asentimos que la vía de solución, dependerá fundamentalmente de la direccionalidad en que se pretenda hacer la modificación, o lo que es lo mismo, a la constatación de una relación de homogeneidad ascendente (superior) o descendente (inferior), que deberá valorarse ante su posible inclusión al proceso.

Resulta claro así, que si se pasa de un grado de imputación inicial de tentativa o frustración a un grado de consumación, se esta ascendiendo en la magnitud de la imputación, incorporando elementos fácticos. En cuyo caso consecuentemente deberá aplicarse la tesis de desvinculación que involucra, en mi opinión, que la circunstancia fáctica sea acogida por la parte acusadora a través de la ampliación de la acusación. En caso contrario, de pasarse de una imputación inicial, como consumada a la tentativa o frustración, siendo absorbidos o incluidos los elementos fácticos de la modificación propuesta, respecto a los originariamente imputados, creemos que en este supuesto, pueden ser apreciados de oficio en la sentencia, sin exigirse la ampliación de la acusación. Sin que ello comprometa su correlación con el principio acusatorio, debiendo en todo caso informar, durante el debate a la partes, del posible cambio advertido para garantizarles, el principio de contradicción y el derecho a la defensa.

Apreciación de oficio de concurso de delitos y delito continuado.

Mayor nivel de abstracción y por ende mayor grado de dificultad, representa el establecer una regla general, respecto a la posibilidad de apreciar sobrevenidamente elementos fácticos derivados, en casos de un concurso real de delitos, no reflejados en la acusación inicial. Por cuanto, según la corriente doctrinaria que se sustente, para establecer los límites del elemento objetivo del hecho punible, podrán ser diversa y hasta contradictoria la conclusión a la que se pudiere llegar, respecto a si es posible o no su incorporación, sin afectar el deber de correlación entre acusación y sentencia. Por cuanto, si se acoge una corriente, excluidamente naturalista y basado en la autonomía de los hechos, para constituir el objeto de un proceso judicial distinto, podría concluirse, respecto a la imposibilidad de incorporar hechos derivados de un concurso real de delitos.

Por el contrario, si se adoptase una corriente normativa pura, dada su conexión espacio-temporal, la verificación de un concurso real de delitos, se encontrarían conformando un suceso histórico único y, por ende, un mismo objeto procesal, cuya consecuencia práctica sería la posibilidad de incluir, en principio dichos elementos fácticos sobrevenidos al proceso, dando lugar así a la posibilidad de implementar un cambio de calificación jurídica, sin que resulte afectado el principio de correlación entre acusación y sentencia.

Bajo este panorama, para alcanzar una solución coherente y común para los supuestos, tanto de concurso real, como de concurso ideal y a los caso de delitos continuado, en este trabajo especial de grado, se considera procedente, por razones de ponderación, acudir a la implementación de los postulados, de la también reseñada teoría intermedia, desde la óptica y perspectiva particular de la inclusión en un proceso en curso y no desde la perspectiva de si se pudiese, de ser el caso, a iniciar un proceso distinto, llegándose así a la conclusión, que habrá identidad de objeto procesal, en primer lugar, cuando haya al menos identidad parcial entre los actos de

ejecución típicos. Y en segundo lugar, en los supuestos en que, no dándose esta primera identidad, si coincide el elemento relativo al contenido material de lo injusto, orientado al bien jurídico protegido o lesionado.

En atención a esta premisa, en aras de solucionar el dilema y apuntando a una defensa de la justicia material, postulo que todos los acontecimientos, fácticamente inseparables y pertenecientes al hecho punible, como resulta el supuesto de concurso ideal y también aquellos acontecimientos independientes, separables en el sentido del derecho material aplicable al concurso real y al delito continuado. Siempre que estos sean comparables en su contenido del injusto y se hallen en una relación espaciotemporal, pueden ser incorporados al proceso, aplicando una tesis de desvinculación, que al resultar ascendente, requerirá la acogida por la parte acusadora y su implementación, a través de la ampliación de la acusación. Pudiendo en consecuencia ser valorados de formas libre e incorporados a la sentencia, claro esta, ante la ya imperante actividad previa, de haber sido informada a las partes, para garantizar así el principio de argumentación y el derecho a la defensa.

Modificaciones Esenciales del Objeto del Proceso Imposibilidad de su Inclusión

Con base en una simple argumentación en contrario de lo ya expuesto, no puede finalizarse este trabajo monográfico sin advertir de forma categórica, que en aquellos supuestos, en los cuales los hechos contendidos en la acusación y los hechos nuevos que se aspiran incorporar al proceso, no guarden una relación de homogeneidad y por ende modifiquen elementos esenciales del hecho punible como objeto del proceso, no pueden ser incorporados al juicio ni apreciados en la sentencia. Ni siquiera bajo una tesis de desvinculación acogida por la parte acusadora, pues ello afectaría el deber de correlación entre acusación y sentencia y el derecho a la defensa. Siendo exigible la formulación de una nueva imputación y el desarrollo de un proceso autónomo e independiente.

Conclusiones

- Que el hecho punible constituye el objeto del proceso penal desde un punto de vista técnico y está compuesto por un elemento subjetivo, referido a la persona a quien se imputan los hechos y un elemento objetivo, conformado precisamente por los hechos que han puesto en marcha el proceso. Derivando así, en una congruencia subjetiva, que se refiere a la persona del acusado, que no podrá cambiar a lo largo del proceso. Y adicionalmente la existencia de una congruencia objetiva, que fundamentalmente se refiere a la correspondencia de la sentencia con el hecho objeto de la acusación. Existiendo una particularización entre hechos esenciales y hechos accesorios y su posibilidad de inclusión o modificación durante el proceso.
- Que cuando sea modificado el núcleo esencial del hecho punible, bien en su elemento subjetivo u objetivo, podrá afirmarse que ha habido cambio de objeto. El cual eventualmente requerirá la incoación de un nuevo proceso autónomo (nueva imputación). Mientras que las alteraciones de elementos de carácter accesorios no esenciales si puede ser modificada durante el proceso, sin alterar el objeto del mismo. Por lo que, según el caso, solo requerirán en principio aplicar una tesis de desvinculación (cambio de calificación / ampliación de la acusación) y que se le brinde a las partes a que pueda afectar tal modificación la posibilidad de defenderse y contradecir.
- Que para distinguir el contenido y límite de uno y otro hecho punible como objeto de un mismo proceso penal, se debe atender, en primer lugar, a los actos de ejecución típicos; y en segundo lugar, al contenido material del injusto o bien jurídico lesionado. Y por tanto habrá homogeneidad de hechos, en primer lugar, cuando haya al menos identidad parcial entre los actos de ejecución típicos, y en segundo lugar, en los supuestos en que, no dándose esta primera identidad, si coincide el elemento relativo al contenido material

de lo injusto orientado al bien jurídico protegido o lesionado. Y como elemento complementario, excepcionalmente, podría atenderse a la unidad histórica del suceso humano, acaecido en base a una relación fáctica, sin vinculación a la unidad de acción y la posibilidad concreta de su conocimiento por parte de los órganos encargados de administrar justicia. Siendo que el hecho punible estará integrado por todos los delitos concurrentes, siempre que los mismos se encuentren vinculado espacio temporalmente (circunstancias que condicionan la unidad histórica del hecho punible).

- 4) Que el principios acusatorio se ciñe a la separación de la función de acusación de la de enjuiciamiento, funciones que deben ser atribuidas a órganos distintos. Y por tal motivo la acusación (el objeto del proceso), ha de ser planteada en juicio por un sujeto distinto del juez. Y no puede existir proceso sin acusación, en el marco de un sistema acusatorio formal. El principio acusatorio encuentra su fundamento y vinculación en la necesidad de garantizar al justiciable la imparcialidad del órgano, encargado de su enjuiciamiento.
- Que del contendió del artículo 345 del COPP surgen los parámetros y límites de la tesis de desvinculación en el derecho penal venezolano, por cuanto se evidencia que los hechos objeto de la acusación fungen como límites de la sentencia, al indicar con claridad que la decisión no podrá sobrepasar el hecho y las circunstancias descritas en la acusación, en el auto de apertura a juicio, o en su caso, en la ampliación de la acusación. Toda vez que el ejercicio de este derecho fundamental, del que todo imputado goza (y de las partes en general), se vería seriamente comprometido, si el Tribunal que dicta sentencia pudiese condenarlo, basándose en circunstancias no incluidas oportunamente en la acusación formulada por el fiscal o, en su caso, por la parte querellante. Aunado a que se vería notablemente comprometida la imparcialidad del juez, como elemento esencial del principio acusatorio.

- Que la mejor forma de garantizar el principio acusatorio en la incorporación de hechos accesorios derivados de la actividad probatoria, debe plantearse a través del sometimiento (información o advertencia) a las partes de la importancia y relevancia del nuevo hecho emanado de la actividad probatoria. Pero en principio su incorporación a la sentencia deberá requerir la actividad previa de la parte acusadora a través de la aceptación o acogida formal del nuevo hecho y la formulación de una ampliación de la acusación, sin que pueda ser incorporada de oficio autónomamente por el juez, pues tal exceso atentaría contra el carácter del juez imparcial.
- Que la violación del principio de congruencia, en lo que respecta al principio acusatorio, solo concurre a nuestro entender, cuando el cambio entre hecho imputado y hecho juzgado sea introducido al debate, producto de una actividad oficiosa del juez. Debiendo diferenciar en consecuencia, en aras de una solución al dilema, entre la inclusión de hechos esenciales o accesorios y la potestad del cambio de calificación de hechos, ya introducidos al debate por las partes. En cuyo caso, la tesis de desvinculación, siempre involucra la necesidad de informar a las partes, con miras a no limitar o afectar la posibilidad fáctica de formular prueba en defensa y sin que la diversidad, entre hecho acusado y hecho juzgado, comprometa o afecte la estrategia de la defensa.
- Que en el caso de los hechos heterogéneos, al no existir una raíz común, respecto a los hechos que conforman el objeto del proceso, incluso desde el punto de vista de relación histórica y verificándose una autonomía entre ellos, que les permite el desarrollo independiente de un proceso distinto, no resulta procedente su valoración e incorporación para la condena, ni siquiera bajo el supuesto de aplicación de una tesis de desvinculación. Por lo que en el caso del proceso penal venezolano, resultaría excluido su incorporación al proceso en curso, no solo de oficio, sino incluso en el supuesto que de forma

voluntaria o en todo caso advertido el ministerio público de la relevancia de esos hechos adicionales, con miras a su enjuiciamiento pretenda realizar, bajo la aludida ampliación de la acusación, la incorporación de nuevos hechos esenciales al proceso.

- Que en los casos de la homogeneidad ascendente, los cuales implican la inclusión de hechos accesorios, resulta necesario, previo a la inclusión del elemento fáctico a la sentencia, implementar para su incorporación al proceso, una tesis de desvinculación, que requiera ser previamente acogida por las partes y modificada la acusación. Lo que en el caso venezolano, se traduce en que se haya presentado previamente una ampliación de la acusación, en los términos previstos en el artículo 334 del Código Orgánico Procesal Penal.
- 10) Que en los caso, en los cuales la homogeneidad descendente no implica la inclusión de hechos y por ende, siendo ese el principal talud que represa la posibilidad de ejercer una actividad oficiosa del juez, en lo que respecta al principio de congruencia, entre acusación y sentencia, queda claro la posibilidad que se puedan incluir en la decisión este tipo de circunstancias, que se desprendan de la actividad probatoria, sin necesidad de implementar una tesis de desvinculación que requiera ser previamente acogida por las partes y modificada la acusación. Por cuanto la acusación inicial, ya contenía los elementos fácticos, que simplemente son producto de una acción valorativa, son descartados por el juez.
- 11) Que corresponde a los jueces calificar jurídicamente las circunstancias del hecho, con independencia del derecho que hubieran invocado las partes, en tanto y en cuanto no se alteren los hechos o se tergiverse la naturaleza de la acción deducida. Pudiendo otorgar al hecho imputado una calificación distinta a la expresada en la acusación, siempre y cuando eso no implique dejar al encausado en estado de indefensión. Por lo que siempre que se mantenga la

identidad fáctica, es decir se observe el principio de congruencia, el tribunal puede modificar el encuadre jurídico penal del hecho recogido en la acusación, conjugando los enunciados normativos con los presupuestos fácticos del tipo.

Que aun en los casos donde no se produzca la incorporación de elementos fácticos accesorios o se haya implementado previamente la tesis de desvinculación, los límites del cambio de calificación, respecto al principio de contradicción, se encuentran previstos en el propio artículo 345 del COPP. Este deber se garantiza, a través de la fórmula de implementación prevista en el artículo 333 del COPP, el cual reconoce la exigencia que el juez advierta a las partes, al menos inmediatamente después de concluida la recepción de pruebas, si antes no lo hubiera hecho, para que el acusado prepare su defensa, en cuyo caso se le recibirá nueva declaración y se le informará a las partes que tendrán derecho a pedir la suspensión del juicio, con el fin de ofrecer nuevas pruebas o preparar su argumentación y defensa.

Referencias

- Abad, S. (1986). Garantías del justiciable. Madrid: Tecnos.
- Alliaud, K. (2004). El principio acusatorio. Zaragoza: José María Bosch, Editor, S.A.
- Armenta, T. (1995). Principio acusatorio y derecho penal. Zaragoza: José María Bosch, Editor, S.A.
- Armenta, T. (2007). Lecciones de derecho procesal penal. Madrid: Marcial Pons.
- Arnaldo, N. (2009). Sentencias congruentes, pretensiones, oposición, fallo. Madrid: Aguilar.
- Asencio, J. (1991). Principio acusatorio y derecho de defensa en el proceso penal. Madrid: Trivium, S.A.
- Baumann, J. (1986). Anderung des proze gegenstandes im zivil-und strafprpoze. Belin: ZZP.
- Binder, A. (2009). Introducción al derecho procesal penal. Buenos Aires: Ad Hoc, S.R.L.
- Beling, E. (1943). Derecho procesal penal. Barcelona: Labor, S.A.
- Bobino. D. (1998). Instituciones de derecho procesal. Barcelona: Labor, S.A.
- Borjas, A. (1928). Código de enjuiciamiento criminal. Caracas: Imprenta Bolivar.
- (Cafferata Nores, José "Garantías y Sistema Constitucional". Revista de Derecho Penal 2001-1 "Garantías Constitucionales y Nulidades Procesales I", pág. 159. Rubinzal-Culzoni Editores. Santa Fé 2001)
- Cárdenas, R. (2005). La garantía de correlación de la sentencia con la acusación y la defensa. México: Porrúa.
- Carnelutti, F. (1960). Principii del processo penale. Napoli: Morano.
- Clariá, J. (1967). Tratado de derecho procesal penal (Vol. 1 y 6). Buenos Aires: Ediar S.A.
- Cortes, V. (1975). La cosa juzgada penal. Bolonia: Real Colegio de España

- Cuccarella, L. (2003). La correlación de la sentencia con la acusación y la defensa. Navarra: Thomson-Aranzadi.
- Del Amo, J. (2000). El proceso penal. Barcelona: Bosch.
- De la Oliva, A. (1999). La conexión en el proceso penal. Pamplona: Universidad de Navarra.
- Del Rio Ferreti, D. (2008). El proceso penal. Bolonia: Real Colegio de España
- Devis, J. (1994). Derecho y deber de jurisdicción y la igualdad de las personas ante aquella y en el proceso. Bogota: Temis.
- Durán, L. (1999). Consonancia de sentencia y acusación. Bogotá: Ecoe Ediciones.
- Fleming, A. y López, P. (2007). *Garantías del imputado*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores.
- Fenech, M. (1960). Derecho Procesal Penal. Barcelona-Madrid: Labor, S.A.,
- Ferrajoli, L (2001). Temas de derecho procesal. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores.
- Gimeno, V. (2000). Los procesos penales (Vol. 5). Barcelona: Bosch.
- Goldschmidt, J. (1961). Principios generales del proceso. Buenos Aires: Ejea.
- Gómez, E. y Herce, V. (1975). *Derecho procesal penal*. Madrid: Artes Gráficas y Ediciones, S.A.
- Gómez Orbaneja, E. (1951). Comentarios a la ley de enjuiciamiento criminal. Barcelona: Bosch.
- González, A. (2004). Acusación y defensa en el proceso penal. Barcelona: Bosch.
- González, A. (2010). Efectos jurídicos de la imputación. Bogotá: Leyer.
- Gozaíni, O. (2004). El debido proceso. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores.
- Herrera, D. (2002) El principio acusatorio. Madrid: Artes Gráficas y Ediciones, S.A.

- Jauchen, E. (2007). Derechos del imputado. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores.
- Jauchen, E. (2008). El juicio oral en el proceso penal. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores.
- Jauchen, E. (2012). *Tratado de derecho procesal penal* (Vol. 2). Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores.
- Jimeno, V. (2004). Derecho procesal penal. Madrid: Colex.
- Liu, K. (1927). Der begriff del identitat der tat im geltender deutschen strafprozebrecht. Breslau: Schletter.
- Longa, L. (2003). Derecho procesal penal (Vol. 2). Buenos Aires: Egea.
- López Barja, J. (2012) Tratado de derecho procesal penal. Buenos Aires: Egea.
- Maier, J. (1996). Derecho procesal penal (Vol. 1). Buenos Aires: Del Puerto, S.R.L.
- Maier, J. (2011). Derecho procesal penal (Vol. 3). Buenos Aires: Del Puerto, S.R.L.
- Manzini, V. (1954). Derecho procesal penal (Vol. 4). Buenos Aires: Egea.
- Montero, J. (1999). Derecho jurisdiccional (Vol. 3). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Ortells, M. (1987). Derecho jurisdiccional (Vol., 1). Barcelona: Bosch.
- Petroccelli J. (1954). *Derecho procesal penal*. Pamplona: Instituto Navarro de Administración Pública.
- Planchadell, A. (1999). El derecho fundamental a ser informado de la acusación. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Ramos, F. (1993). El proceso penal. Barcelona: Bosch.
- Roxin, C. (2000). Derecho procesal penal. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Sancinetti, M. (2001). La nulidad de la acusación por indeterminación del hecho y el concepto de instigación. Buenos Aires: Ad Hoc, S.R.L.
- San Martín, C. (2003). Derecho procesal penal (Vol. 1 y 2). Lima: Jurídica Grijley.

- Schluchter, E. (1995). Systematischer comentar zur strafproze bordnung und zurm gvg. Neuwied: Luchterhand.
- Schwinge. E. (1932). *Identitad der tat im sinne der strafprozebordnung*. Neuwied: Luchterhand.
- Sierra, M. (1969). Estudios de derecho procesal. Barcelona: Ariel
- Soto, F. (1979). Correlación entre acusación y sentencia. Madrid: Montecorvo, S.A.
- Tijerino, J.M., Gomez, J. (2006). *Manual de Derecho Procesal Penal Nicaragüense*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Vélez, A. (1986). Derecho procesal penal (Vol. 2). Córdoba: Marcos Lerner Editora Córdoba, S.R.L.
- Viada, C. (1974). Curso de derecho procesal penal. Madrid: Prensa Castellana.