

T.-D
091

7

REPÚBLICA DE COLOMBIA

UNIVERSIDAD DE CARTAGENA

FACULTAD DE DERECHO

Y

CIENCIAS POLÍTICAS

SECTOR : Dr. WILFRAN RÍPOLI MARIANO.-
SECRETARIO GENERAL : Dr. HUMBERTO BENEDETTI VARGAS.-
DECANO : Dr. CARLOS VILLALBA MONTILLO.-
SECRETARIO ACADÉMICO : Dr. JORGE PALIARIS BOSSA.-

PRESIDENTE DE TESIS : Dr. PEDRO VARGAS VARGAS.-
EXAMINADORES : Dr. VÍCTOR LEÓN BENDOZA.-
Dr. ALFREDO MONTILLO VARGAS.-
Dr.

* * * * *

T E S I S

PARA OBTENER AL TITULO DE DOCTOR EN

DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS

" ALGUNOS PRINCIPIOS DEL PROCESO PENAL "

S C I B



101307

P O R

J A I M E R A F A E L G A R C I A G U A R D O

* * * * *

" LA FACULTAD NO APROBADA NI DESAPROBADA
LAS OPINIONES EMITIDAS EN LAS TESIS;
TALES OPINIONES DEBEN CONSIDERARSE
COMO PROPIAS DE SUS AUTORES "

ley del presupuesto

DEDICATORIA

A mi madre y hermanos, fuente
sublime y soporte fundamental
en el logro de éste y otros pincelitos.-

* * * * *

R E X O R D I O

Entre las funciones que tiene el Estado como órgano tutelador de los intereses de la colectividad, está la altísima y delicada misión de formular el derecho objetivo, dentro del cual se encuentra comprendido lógicamente el Derecho Penal como disciplina de Derecho Público que se encarga de la represión de todas aquellas conductas contrarias al ordenamiento jurídico institucional. Esto tiene lugar precisamente porque el Derecho Penal asegura los bienes jurídicos que garantiza el orden constitucional y demás estatutos.-

Pero el ordenamiento penal sustantivo no es suficiente para que el Estado pueda satisfacer las exigencias de la colectividad, pues el Derecho Penal solo se limita a describir las conductas antijurídicas y a combinar las penas señaladas para cada tipo de conducta. Hasta aquí, el Estado sería impotente para poder administrar justicia cuando hay transgresión de la ley, pues en un Estado de Derecho no se puede improvisar, y menos aún cuando se trata de tan rela-

vante y delicada función, cual es la de administrar justicia. Pero como el Estado es el titular de la potestad jurisdiccional, corresponde a él organizar la administración de justicia y esto es posible a través de la formulación del procedimiento -en nuestro caso el Procedimiento Penal- que es la parte "adjetiva".-

En efecto, cuando se trata de elaborar un mejor procedimiento es cuando se sistematiza el Derecho Procesal Penal, -buscando siempre los mejores cauces por los cuales ha de correr el proceso en su conjunto.-

Entonces, la ley procesal es la que hace efectiva la ley sustancial aplicándola a las situaciones concretas a través del legítimo proceso jurisdiccional, por lo cual, el procedimiento se constituye en instrumento que virtualmente demuestra la eficacia de las normas sustantivas, y estas no quedan aisladas como meras fórmulas abstractas. Luego entonces, la ley procesal es inherente a las normas materiales ó

de fondo, y el Derecho Penal material es el presupuesto básico para la existencia de las leyes formales, por lo tanto es de suma importancia la armoniosa coexistencia de estos dos ordenamientos que en última instancia debe ser uno solo e integral, pero desmarcando sus límites para fines de estudio y codificación.-

Visto lo anterior, es importante señalar la relevancia del Derecho Procesal Penal que se eleva a la categoría de disciplina jurídica con autonomía para buscar mejores salidas al proceso y desempeñar al lado del Derecho Penal Sustancial, el papel que les está encomendado para hacer frente al fenómeno, de la criminalidad.-

Ambos ordenamientos marchan conjuntamente haciendo un todo coherente y sistemático sin lugar a contradicción, y vinculados por el principio filosófico de la constatación universal de los fenómenos, que en última instancia no deja lugar a

incoherencias ni a aislamientos de las cosas, aunque estas, sean de diferente naturaleza, asestandole un rudo golpe a los esquematismos y dogmatismos.-

Al respecto, nos dice el maestro Bernardo Gaitán Mabecha: "..... En efecto, de nada sirve un Código penal sin un Código de Procedimiento Penal y viceversa; el derecho penal no solo se preocupa de determinar las características de los hechos frente al problema jurídico y al derecho natural sino también de tutelar los derechos humanos, todos los derechos, ya se trate del sujeto pasivo, ya del sujeto activo del delito; exáminense los principios fundamentales y en ellos encontraremos una vinculación tan absoluta que los hace inseparables. En verdad, el Derecho Penal es un todo compuesto de dos partes; la normativa y la procesal, o derecho penal material y derecho penal formal....."

Advirtiéndolo entonces, la importancia y necesidad del ordenamiento procesal no debe desconocer que el se encuen-

tra erigido sobre la base de principios básicos, que lo for-
man y lo estructuran como sistema. Es a partir del estudio -
de estos principios rectores del proceso penal, que podemos
ubicar el carácter y naturaleza de un determinado procedi-
miento, en relación con la función social que va a desempe-
ñar dentro de una colectividad.-

En consecuencia, debe destacarse el análisis y estudio
-aunque sea somero- de estos fundamentos y sistemas, que en
última instancia son los que marcan la pauta que debe orien-
tar al legislador para poder formular normas acordes con -
las exigencias de la comunidad.-

En este trabajo vamos a ver someramente los principios
formativos más básicos y los principios sistematizadores -
del proceso, ya que en esta obra no alcanzaremos a hacer -
un estudio de todo el amálgamo procesal, que constituye mate-
ria de arduo análisis. Pero por breve que sea un examen de
los principios fundamentales de determinada disciplina, al

nanos debe dejar una imagen de la importancia de los problemas con que se encuentra a menudo toda ciencia social. -

Se ha definido los principios que forman el proceso penal, como aquel "conjunto de reglas de diverso orden que satisfacen a través del legítimo proceso jurisdiccional, el interés particular puesto en juego y el interés del Estado, en obtener de la justicia una máxima garantía social" .-

Se trata de normas fundamentales que inspiran la formulación legal, estructurando el proceso de modo que se obtenga el mayor grado de justicia mediante el ejercicio de la potestad jurisdiccional que el implica. La distinta medida en que estos principios tengan aplicación en los cuerpos legales permite distinguir los diversos sistemas procesales - Por otra parte el objeto y fines de un proceso exigen que el ordenamiento respectivo se base precisamente en aquellos

principios que más favorezcan la obtención del resultado esperado.-

El objeto del proceso penal es una pretensión punitiva, es decir una declaración de voluntad fundada en hechos que aparecen contrarios al ordenamiento penal sustantivo, por lo cual se solicita al tribunal la aplicación de una pena, o más modernamente de una medida de seguridad al autor del hecho que reputa punible o a la persona cuya peligrosidad se invoca. Su fin específico consiste en actuar la ley con miras a obtener como resultado, la verdad material acerca de la pretensión punitiva; en otros términos, constatar si su objeto como conceptualización fáctica afirmada, coincide o no con la realidad histórica, y en caso afirmativo, en que medidas.-

Consecuente con el objeto y fines señalados, los-

ordenamientos penales, en la actualidad, se orientan sobre la base de estos principios, los cuales serán tratados a continuación aunque sea someramente.-

C A P I T U L O I

1.- LA LEGALIDAD DEL PROCEDIMIENTO.-

La legitimidad del proceso se deriva de la observancia fiel a las leyes de procedimiento, si estas son desconocidas por el jugador estaremos en presencia de la arbitrariedad y de la improvisación, negando los fines del Estado de Derecho y degenerando en la parcialidad y el subjetivismo, características del régimen donde el proceso es solo instrumento de represión y persecución. Entonces es de suma importancia, para que el proceso penal cumpla a cabalidad con la función social que persegue, someterse a la estricta observancia del procedimiento formulado anticipadamente por el Estado.-

Nuestra constitución Política se refiere a este respecto, consagrando este principio básico en su art. 26 - inc. lo., que textualmente señala: "nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que

se impute, ante Tribunal competente, y observando la pluralidad de las formas propias de cada juicio".-

Esta disposición es equivalente al art. 10. de nuestro Código de Procedimiento Penal. Atendiendo a dicha norma, - al procedimiento ha de recorrerse y agotarse como un camino libre de trabas, siempre con el lleno de los requisitos y las garantías preestablecidas por la ley. El derecho de - represión solo ejercerse válidamente cuando en su aplicación se cumplan todas las reglas que garantizan los derechos de la sociedad, del inculpaado y de las personas inmediatamente perjudicadas con el delito.-

Por imperativo de este principio, los órganos públicos que actúan el derecho penal integrador, en otros términos - los entes que tienen por misión hacer valer la pretensión - punitiva del Estado, están obligados por la ley a ejercer - este deber funcional siempre que se den las condiciones exigidas por ella en el caso concreto, sin entrar a decidir -

sobre la conveniencia o inconveniencia de la persecución penal.-

En caso contrario, si para el ejercicio de la acción penal se requiere, aparte de las condiciones señaladas, que el órgano respectivo haga una ponderación de las circunstancias el momento y otros factores que puedan determinar la conveniencia de proceder, está presente el principio opuesto de la "oportunidad", ya definitivamente desterrado del proceso penal.-

La no discrecionalidad se justifica en razón de que la ley penal, existe para fines de utilidad, y por ello se debe aplicar en todos los casos en que se halla cometido un delito. La determinación de cuando una acción es dañosa o peligrosa (es decir, es delito), corresponde al legislador y cuando este haya expresado su consentimiento y establecido que aquella sea delito, la acción penal debe ejercitarse siempre. Claro está que siempre habrá de examinarse si se --

den los presupuestos necesarios, esto es, si el hecho concreto que ha llegado a conocimiento del órgano constituye una figura tipificada por la ley.-

De todo ello surge :

a) La necesidad del Proceso Penal, concepto sobre el cual no cabe insistir sin caer en repeticiones, agregando que como excepción el proceso penal puede eludirse solamente en aquellos casos en que la persecución está condicionada al requerimiento o a la autorización de la persona ofendida o de una autoridad diferente.-

b) La irrevocabilidad, en cuanto una vez iniciado el proceso solo pueda ser revocado, suspendido, modificado o su preclusión en los casos expresamente señalados por la ley.-

En virtud de esta irrevocabilidad, la acción penal no puede cesar en su ejercicio antes de la sentencia, a menos que ocurran causas previstas por la ley, por lo que se dice-

que la acción es irrevocable. También como consecuencia se señala la continuidad del procedimiento, salvo la suspensión o interrupción en los casos previstos por la ley, y la imposibilidad o exclusión de influencias extrañas a su respecto puesto que, en relación a todos y cada uno de los sujetos que intervienen en el proceso penal, no se admiten transacciones, aceptaciones o renunciaciones que puedan ejercer una eficacia cualquiera de disposición, positiva o negativa, directa o indirecta, total o parcial, sobre la pretensión punitiva del Estado.-

Por lo que toca al juez, está obligado a pronunciarse sobre el contenido de la acción de acuerdo con la ley, en los casos y en la forma prevista por ella; su deber es inexcusable.-

En efecto, la legalidad del procedimiento es un principio que cardinalmente se dirige a atajar toda persecución a quien se le imputa la comisión de un delito, pues el proceso

debe tener garantías para todos el que tenga interés dentro de él.-

La declaración jurisdiccional, por lo visto, tiene un presupuesto: el proceso, sin el cual no puede haber fallas ni, la naturaleza del fallo, sanción. Es decir, las informaciones procesales en que se fundamenta el juez, para hacer la declaración jurisdiccional, no pueden ser personales, de carácter subjetivo, sino, informaciones objetivas que consten procesalmente y sean conforme a la ley.-

* * * * *

2.- LA OFICIALIDAD .-

Como consecuencia del carácter público de la función penal, los órganos de ella, ante la presencia de un hecho delictivo, deben poner en ejercicio la potestad punitiva o represiva del Estado, por propia iniciativa y sin necesidad de estímulo externo.

Como consecuencia de esta oficialidad, el proceso supone la intervención de una autoridad, la falta de excitación externa o necesidad de proceder de oficio, y la promoció*o*n necesaria o inevitabilidad del procedimiento.

En efecto, el Estado como titular de la potestad represiva es el único que puede iniciar y adelantar los procesos para hacer frente a la criminalidad, lo cual se lleva a cabo por medio de sus funcionarios jurisdiccionales.- Por tanto, no le es dado a entidades diferentes a el Estado o a particulares llevar a cabo procesos porque esto contraría el principio de la oficialidad, propia y exclusiva-

del Estado liberal de derecho.

En virtud del principio de la oficialidad, el Estado delega en cabeza de los titulares del órgano jurisdiccional el ejercicio de la acción penal, que por tener el carácter de pública, es impostergable e irrevocable, a excepción de los casos en que se exige querrela de parte, pues en estos casos el daño ocasionado por el delito, más que a la sociedad, interesa al particular ofendido, a quien por lo demás, ha sido destinado.

El principio de oficialidad se expresa en la regla de la inevitabilidad o promoción necesaria del proceso. El Estado debe iniciar un proceso en cuanto tenga conocimiento de la perpetración de un hecho delictuoso, quedando el órgano jurisdiccional impelido a avocarse al conocimiento del asunto. Lo contrario significaría reconocerles potestad de indultar que la ley no les ha conferido. En virtud de lo anterior, ni la voluntad de los particulares, ni la de la autoridad, pueden ejercer ninguna eficacia dispositiva sobre la promoción de la

acción penal, fuera de los casos expresamente previstos por la ley.

La oficialidad de la función penal la encontramos diametralmente consignada en el artículo 10 de nuestro ordenamiento procesal penal, que textualmente dice: "...La acción corresponde al Estado y se ejerce por el funcionario de instrucción y por el juez competente, con la colaboración del Ministerio Público".

En esta disposición se consagra la titularidad exclusiva del Estado, para iniciar, desarrollar y culminar los procesos, en el ejercicio de la potestad punitiva.

* * * * *

3.- LA OFICIOSIDAD

Como consecuencia de la oficialidad, el órgano público en el desempeño de su función, debe promover el oficio la iniciación y continuación del procedimiento. Es preciso repetir que siendo tal el contenido de su función, el órgano no requiere de incitación extraña para el cumplimiento de la misma ante el conocimiento de un hecho que reviste caracteres de delito y este sería en realidad, el único estímulo- debe desplegar su actividad hasta obtener su desenlace normal, practicando los actos necesarios que estén a su alcance por la realización de aquellos situaciones fuera de su competencia.

En rigor siendo el Estado el órgano supremo que vela para los bienes jurídicos de la sociedad, ante la presencia de un hecho que pone en peligro las condiciones naturales de existencia de la sociedad misma, éste debe des-

plegar oficiosamente su actitud sin necesidad de incentivo externo, pues además de un poder, es una obligación promover el proceso necesario, que ha de cumplirse con los fines de la justicia.

La función penal es de carácter eminentemente público, encomendada a los jueces y magistrados, con alindamiento legal previo sobre competencias. La pretensión punitiva se genera por la ocurrencia de un delito y se hace valer por el órgano público, que actúa en necesidad de que la justicia sea estimulada, porque el Estado en forma oficiosa y dinámica, investiga los delitos y los castiga, valiéndose del proceso y observando las normas que lo regulan. Luego entonces, basta que el funcionario instructor tenga conocimiento, por denuncia, notoriedad pública o informaciones confidenciales de que se ha perpetrado un hecho punible, para que despliegue la actividad en orden a su investigación. Este principio no tiene más excepción sino en cuanto a delitos o contravenciones que requieren, conforme a nuestro sistema, de petición o

querrela de parte.

Es así como nuestro ordenamiento procesal dispone: ...

art.11.- Publicidad y oficiosidad. La acción penal es siempre pública. Se iniciará de oficio, menos que la ley exija petición o querrela de parte."

"Art.12.- Deben de dar noticia de la infracción. El funcionario o empleado público que de cualquier manera tenga conocimiento de un hecho que pueda constituir infracción penal y cuya investigación deba iniciarse de oficio, la iniciará sin tardanza si tubiere competencia para ellos; en caso contrario, pondrá inmediatamente el hecho en conocimiento de la autoridad competente, haciendo una relación sucinta del suceso con todos los pormenores que interesen a la justicia, los elementos probatorios recogidos y, cuando fuere posible, indicando las generalidades del presunto sindicado, de la persona ofendida, de los testigos, y de todo lo que sea conducente a su identificación.

Todo habitante del territorio colombiano mayor de dieciséis años, con las excepciones establecidas en este código, debe denunciar a la autoridad las infracciones penales de que tenga conocimiento y cuya investigación pueda iniciarse de oficio, inmediatamente a más tardar dentro de los treinta días siguientes al en que las haya conocido.

Si la autoridad a quien se diere la denuncia no fuere competente para iniciar la investigación, la pasará dentro de las veinticuatro horas siguientes, a la que lo sea."

Estas normas ponen de manifiesto el deber del Estado de ejercitar la acción, ante el delito, y además impone a los particulares el deber de dar aviso a las autoridades, al tener conocimiento de un hecho de tal naturaleza, salvo las excepciones señaladas por la ley.

4.- PRINCIPIO DE LA OBLIGATORIEDAD DEL PROCESO PENAL

El proceso penal es indispensable para la realización de la potestad punitiva del Estado, pues esta constituye un poder y un deber para el mismo. En virtud de que las normas penales tutelan un interés público, el proceso se impone como una obligación funcional del estado, quien debe cumplirla a través de los órganos creados al efecto.

La característica de esta facultad y deber del estado es su "indisponibilidad". Los órganos estatales no pueden renunciar al ejercicio que se les ha encomendado de la potestad represiva, a diferencia de lo que ocurre en materia civil, en donde solo deben actuar ante el requerimiento del interesado y subordinados a la perfección de dicho interés. En el proceso penal desde un punto de vista objetivo, el principio que juega es más general, por cuanto abarca todo el proceso en su desarrollo.

completo, aun cuando mirado desde el punto de vista de su contenido sustancial, éste no puede disponerse por ninguno de los sujetos procesales como consecuencia del carácter oficial de la actividad.

En solución del conflicto penal, si así puede llamársele no es posible fuera del proceso. El delito constituye un ataque a bienes sociales o públicos, de ahí que la idea de la represión del delincente sea una necesidad vital del Estado y éste deba reaccionar en forma inmediata y espontánea para reintegrar el orden jurídico quebrantado por la violación de una norma jurídico-penal.

Por una parte, este principio implica la necesidad que existe para el Estado de hacer funcionar la maquinaria procesal que le permitirá concretar su potestad punitiva, ; por otra, la carencia de eficacia que sobre esa misma actividad tiene la voluntad de los particulares, desde que no pueden encorvar o evitar la promoción de la acción pública.-

En virtud del principio de obligatoriedad el Estado no puede postergar su actividad represiva, pues por la misma naturaleza de la acción debe desplegarla en función de los intereses que a él le están encomendado tutelar. Ya que si es el Estado el titular de la función represiva, por eso mismo está compelido a promover el proceso, cumpliendo con la voluntad de la sociedad a la cual representa y ampara.

* * * * *

5.- LA INVESTIGACION DE LA VERU DAD REAL

En virtud de este principio, llamado también prin -
cipio de la declaración de certeza de la verdad material,
los tribunales no deben conformarse con la verdad formal -
o interesada que les presenten las partes. Por el contra -
rio, puesto que la pretensión punitiva, cuyo titular es -
el Estado, sólo es realizable en cuanto se haya cometido -
efectivamente un delito por un individuo imputable y res -
ponsable, el juez debe averiguar por sí mismo la forma co -
mo se han dado realmente, históricamente, tales presumpu
tos.

El derecho procesal penal reconoce al juez las facul -
tades necesarias para ello, a fin de que no deba esp^{er}ar -
al estímulo del querrelante.

Pero no se trata de obtener la verdad material absou
ta, pues existen ciertamente limitaciones infranqueables -

que excluyen tal posibilidad, como ocurre en todo orden de cosas, sino la versión más aproximada a aquella que sea dable encontrar como consecuencia de la actividad consciente y responsable del tribunal. Esta verdad es lo que se denomina "certeza procesal" y es ella la que el tribunal declara en su sentencia.

En rigor, esta declaración es la meta común a todo ordenamiento procesal, sea civil, administrativo, laboral etc. Pero las distintas consideraciones que merecen los intereses particulares en juego, determina que el juez, en el proceso civil, deba estarse ante todo a lo que las partes le sometan permitiendo que un acuerdo directo o indirecto entre éstas excluya en todo o en parte la verdad material en este proceso, sin detrimento sino con ventaja para el ordenamiento jurídico de carácter patrimonial.

El proceso penal no trata de resolver controversias entre partes y por ello el juez tiene el poder y el deber de

convencerse, ponderando los hechos y las pruebas mediante el conocimiento que más se acerque a la efectividad de tales hechos.

* * * * *

6.- LA CONTRADICCIÓN

Esta regla plantea al juez penal, como exigencia para la obtención de la verdad real, la necesidad de oír tanto al acusador como al imputado. Pero paralelamente, debe desarrollar su propia actividad de investigador a fin de constatar la exactitud de las razones de ambas partes. Es el equivalente penal del principio de bilateralidad de la audiencia del proceso civil, con absoluta garantía para la actividad principal del juez, pues de otro modo se le estaría obligando a fallar con manifiesto peligro para la finalidad del proceso penal.

No se trata ni de esperar la comparecencia física de las partes salvo la intervención funcionaria obligatoria del Ministerio Público - intervención funcionaria que no supone en realidad la presencia física-, sino de darles a ambas la oportunidad de exponer sus alegaciones y defensas, reconocerles la libre posibilidad de contraponer los elementos de dig

culpa a los de acusación en cualquier forma idónea.

Tampoco importa esta regla la necesidad de un debate directo entre la acusación y la defensa; basta con la comunicación que se les haga de los resultados del proceso o de determinadas actuaciones.

Esto se logra mediante las notificaciones, por lo que, aun cuando con ellas el principio del contradictorio queda reducido a su mínima expresión, puede sostenerse que son las notificaciones la máxima garantía de las reglas. La imposibilidad del debate directo en los actos de instrucción -sumario- no significa que en él no tenga vigencia la contradicción; por el contrario, está suficiente asegurado por la posibilidad de intervención del Ministerio Público, del querrelante particular y del inculpado, con derecho a exponer cuanto estimen conveniente los dos primeros, por el interrogatorio al último y por las notificaciones.

El contradictorio garantiza una consideración preferen

temente del sujeto pasivo del proceso penal, lo que ha permiti-
do a Clará Olmedo hablar de un principio de "personalidad
del inculcado" y de la "inviolabilidad de la defensa", respec-
tivamente. Con ello se demuestra que se trata de un derecho-
individual impuesto como ingrediente esencial de la justicia
y no de una concesión acordada en la medida de la utilidad o
conveniencia del Estado. No es preciso la presencia de un de-
fensor del inculcado, pues es suficiente, como se ha dicho, -
la comunicación o notificación hecha a éste.

Esta inviolabilidad de la defensa, supuesta por la con-
tradicción, no debe reconocer otras limitaciones que las es-
trictamente necesarias para permitir el ejercicio de la po-
testad pública del juzgador, al decir que el secreto favore-
ce la acción de la justicia o que la intervención de la de-
fensa obstruye la labor imparcial del juzgador. La necesidad
planteada en primer término existe, pues este conflicto en-
tre la potestad represiva del Estado y el derecho de defensa
se resuelve en una primacía del primero: a la sociedad inte-

reses garantizar la libertad individual, pero también el castigo del verdadero culpable y su identificación es tarea fundamental.

La garantía llega incluso a proveer de oficio un defensor al imputado, pero sobre ésta pesa, en verdad el deber de comparecencia so pena de proceder en su rebeldía.

Hay excepción al principio cuando la continuidad del proceso precinde de la presencia del imputado. Las excepciones en caso de negativa del imputado a comparecer. Son reales, en cambio en los casos de condena por decreto en el derecho italiano, en que hay sanción sin verdadero juicio previo.

* * * * *

7.- LA INMEDIACION

La inmediación supone que el juez reciba directamente los elementos, las fuentes de investigación, que motivarán su decisión. Estará en vigencia este principio, cuando el material de la causa, léase pruebas y defensas, sea utilizado por el tribunal y los demás sujetos procesales, de manera directa y simultánea, con miras a su valoración por aquel. La referencia a los demás sujetos procesales implica el contacto directo, también de éstos entre sí en el momento de la recepción de las pruebas. Sin embargo, para determinar que tiene aplicación el principio en estudio, habrá de constatarse que la posición del tribunal con respecto al material de la causa sea señalada.

Por el contrario, si el conocimiento del tribunal se forma a través de la comunicación de otras personas, que se han valido de las fuentes directas de conocimiento, se estafa

en presencia opuesto de la "mediación". Y este criterio, como se comprende, no es justamente el que asegure un mayor acercamiento a la verdad material.

No es efectivo, en otro orden de consideraciones, que la inmediación conocida con la oralidad, aún cuando frecuentemente están en conexión. La inmediación existe entre el tribunal y los elementos para su convicción, salvo escasas y necesarias concesiones a la mediación, como ocurre con los tribunales colegiados -segunda instancia- conociendo es obtenido a través del relator; igualmente cuando estos tribunales encomiendan la práctica de diligencias a uno de sus miembros, y cuando se comete la realización de actuaciones a otros jueces por medio de eshortos que envuelven una delegación de competencia.

* * * * *

8.- OTROS PRINCIPIOS

Cabe agregar también, como reglas que garantizan la obtención de la verdad real, desde que tienden a asegurar la inmediatez en la búsqueda del material de juicio, las siguientes:

a) La oralidad.- Contribuye evidentemente, al objetivo, cuando, como manifestación originaria del pensamiento que es, llega directamente al juez proporcionándole de este modo el material de decisión. Se refiere a la forma de producción de las pruebas; existe oralidad, cuando éstas lleguen oralmente a quien debe valorarlas, sin perjuicio que de ello se deje constancia escrita. La oralidad es la forma natural de esclarecer la verdad, de reproducir lógicamente el hecho delictivo, de apreciar la condición de las personas que suministran tales elementos, de proscribir cortapisas y limitaciones subjetivas que derivan del procedimiento escrito, de hacer imposible o muy difícil toda argucia dirigida a entorpecer el -

descubrimiento de la verdad.

b) La concentración.- Esta regla busca que exista aproximación temporal entre la recepción de la prueba y el pronunciamiento jurisdiccional que se base en ella. El proceso debe tender a que medie el mínimo plazo o espacio de tiempo entre la recepción de dichas pruebas y la sentencia, afín de que osté más patente en la mente del juzgador la impresión - las diligencias le producen. A este respecto se considera - en algunos sistemas, la interrupción, suspensión y aplazamiento de los debates.

c) La identidad física del juzgador.- Se sostiene que - el juez que dicta la sentencia debe ser el mismo que conoció el juicio recibiendo las pruebas, presenciando los debates o practicando actuaciones personales, ya de este modo, son mayores las posibilidades de que esa decisión se funde en la - verdad real. Este principio rige como norma general, en el - juicio propiamente tal.

Respecto del sumario se postula como ideal el entregarlo a - jueces instructores distintos del juzgador, posición admitida casi unánimemente, obstatando que cabría revisar sus fundamentos frente al principio que preconiza la identidad física del juzgador.

d) La publicidad de los debates.- No es del caso examinar el concepto mismo de publicidad, ni si ésta debe ser restringida -publicidad para las partes- o amplia- publicidad popular-, ni las limitaciones que naturalmente debe aceptar. - Basta con decir que la publicidad característica fundamental de la segunda fase del proceso penal, importa un severo y efectivo control de la actividad del juez permitiendo hacer efectiva su responsabilidad, y con ella se logra una actuación idónea, también de las demás personas que intervienen en el juicio, como los testigos, peritos, fiscales, defensores oficiales y abogados, estimulando la veracidad de unos y el estudio y trabajo de otros. A las partes de las comparecencias traslado, se les notifica, permitiéndoles el examen directo de los ap

tecedentes y su presencia en la práctica de las diligencias.

e) Poder de investigación autónomo del juez.- Para la obtención de las finalidades señaladas, el juez debe estar dotado de un poder de "impulsión procesal" que se manifiesta normalmente, una vez promovida la acción penal, como la potestad de ordenar los actos necesarios para el desarrollo normal del proceso, sin necesidad de estímulo externo. Este poder del juez deriva del carácter público del interés represivo. En esta labor de investigación, es independiente, en cuanto no precisa de estímulos, es decir, puede proceder de oficio siendo su actividad prevalente sobre la de los otros sujetos, los cuales carecen del poder de imponerle limitaciones.

Esta posición activa del juez penal difiere sustancialmente de la del juez civil cuyos poderes están generalmente condicionados y limitados por la actividad de las partes.

* * * * *

C A P I T U L O I I

EL PRINCIPIO DISPOSITIVO

I.- I M P O R T A N C I A

El principio dispositivo es la traducción procesal - de los postulados que en el derecho sustantivo proclaman la autonomía de la voluntad como norma rectora de los actos jurídicos. Así como en el derecho privado las relaciones jurídicas entre las personas están sujetas a su interés y conveniencias individuales, el proceso debería ser como lógica consecuencia un acontecimiento enteramente sometido a la voluntad de las partes, puesto que la solución que él aporta sólo a ellas interesa y afecta. El Estado no debería intervenir en los casos en que los particulares no solicitan su actuación, ni debía hacerlo en otros términos o en otros sentido que el indicado por las partes. Por ello se consideraba meta del ordenamiento jurídico garantizar en la mejor forma posible los derechos individuales dentro del proceso.

Las consideraciones anteriores inspiran y estructuran - el procedimiento conocido como acusatorio. Pero con el tiempo, la máxima de la autonomía de la voluntad ha debido soportar sucesivas mutilaciones en el campo del derecho privado.- Véanse, por ejemplo, en los conceptos de función social de la propiedad, contratos dirigidos, legislación social del trabajo, irrenunciabilidad de derechos y normas de protección en favor de ciertos grupos. La intervención del Estado en el control y tutela de las relaciones sociales ha experimentado un aumento progresivo, reclamada como conveniente y aún im- puesta como deber del ente político. El Estado ha pasado de un papel pasivo, contemplativo y subsidiario, a una posición activa con iniciativas propias y cada vez más amplias; es decir, a desempeñar una función tutelar.

El proceso no ha sido permeable a tales cambios. El juez ha dejado de ser árbitro u observador en las contiendas de carácter privado, para pasar a desempeñar un rol de "director" de las mismas, los defectos del sistema acusatorio dieron ori-

plia caída a los abusos de los particulares, sin posibilidad de solución dado el limitado ámbito de acción atribuido a al juez. De ahí las reacciones a veces extremas a que esta situación dio lugar (juicios de Dios), prueba legal). Las libertades que se pretendía garantizar, degeneraron en libertinaje al que era urgente poner remedio; la necesidad de justicia exige nuevas formas procesales. Surgió así el proceso inquisitivo, sistema radicalmente opuesto, que exige al juez no sólo en director, sino en dueño del proceso.

Esta misma evolución se observa con respecto a la determinación de la naturaleza jurídica del proceso. En efecto, - desde la consideración del proceso como un contrato, regulado por las partes a su arbitrio, se llegó a concebirlo como un cuasicontrato, sobre la base de una interpretación errada de lo que era la litis contestatio del proceso romano, (21) con lo cual se aceptaba ya una limitación al principio de autonomía de la voluntad en cuanto a que no siempre era necesaria - para dar nacimiento al proceso. Posteriormente, las modernas-

teorías que ven en el proceso una relación jurídica, (Kölz, Hegel, John, Von Kries, etc.) o una situación jurídica - (Goldschmidt), buscan la solución desde el punto de vista egotricamente procesal y técnico, sin atender fundamentalmente a la voluntad de las partes

* * * * *

2.- PROCESO DISPOSITIVO Y PROCESO INQUISITIVO

Como expresa Alsina, "en realidad no existen sino dos tipos fundamentales de procedimiento, que responden a dos concepciones distintas del proceso según la posición que en el mismo se asigna al juez y a las partes.- El sistema dispositivo confiere a las partes el dominio del procedimiento y sus reglas fundamentales son las siguientes: el juez no puede iniciar de oficio el proceso (nunc iudex sine actore); no puede tener en cuenta hechos ni medios de prueba que no han sido aportados por las partes (principio de presentación: quod non est in mundo), debe tener por ciertos los hechos en que aquellas estuvieren de acuerdo (ubi pariter sunt concordantes nihil ab iudice); la sentencia debe ser conforme a lo alegado y probado (secundum allegata et probata); y el juez no puede condonar a más ni a otra cosa que la pedida en la demanda (ne sit ultra petitum partium" (22)

En el sistema inquisitivo, por el contrario, el juez debe investigar por propia iniciativa todo lo que tienda-

a la obtención de la verdad real, sin considerar la actividad de las partes. Estas intervienen a lo sumo en forma subsidiaria. El proceso está dominado por el principio de investigación judicial, en cuya virtud el juez no solo puede iniciar de oficio el procedimiento, sino que goza de libertad para averiguar y descubrir hechos que estime pertinentes y por cualquier medio que le permita la constatación de la verdad.

En el proceso dispositivo, la actividad de las partes determina el objeto procesal, en cuanto ellas fijan la cuestión litigiosa, puesto que no habrá proceso si no existe conflicto entre intereses de carácter privado. Ya en el transcurso del juicio, el actor puede desistirse, abandonar tácitamente la acción o transigir con el adversario; por su parte, el demandado puede allanarse a la demanda. También corresponde exclusivamente a las partes la reunión de material del juicio, esto es, la presentación de los hechos que han de servir de fundamento a la decisión y su prueba; corresponde al demandante

y al demandado fundamentar sus pretensiones, decidir sobre la necesidad de probarlos y aceptar o no los hechos afirmados por la contraria. Por lo que respecta al impulso procesal, ellas ejercen un dominio sobre la demanda hasta tal punto que el tribunal solo actúa cuando ellas lo requieren y en la medida que lo piden. Cumplida la actuación pedida, el tribunal vuelve a caer en la inactividad; su labor como órgano estatal es tutelar, en cuanto tiende a asegurar un orden dentro del cual las partes pueden desarrollar su actividad. La cosa juzgada, por último, afecta solamente a quienes han sido partes en el juicio.

El juez en el proceso dispositivo, en virtud de las consideraciones apuntadas, no puede pronunciarse respecto de personas que no son sujetos vinculados a la demanda y, finalmente no puede cambiar la causa de pedir. Sin embargo, su actividad propia no queda excluida del todo, por cuanto es necesaria desde un doble punto de vista: desde un punto de vista formal, en cuanto le corresponde ordenar el progreso del

rier del juicio, e infiriendo un traslado por ejemplo, y desde un punto de vista material, en cuanto está compelido a esclarecer el fondo de la causa, lo que realiza v.gr., al interrogar a un testigo . Desde el ángulo del principio en estudio, esta actividad del juez aparece como negativa, cuando incide a las partes la realización de medidas irrelevantes, o positiva, cuando contribuye a iniciar, continuar o terminar el procedimiento, asegurando una base adecuada para la decisión.

Por otra parte, la actividad preparatoria de las partes en el proceso dispositivo, no significa que el juez deba aceptar y seguir los planteamientos jurídicos invocados por ellas. En cuanto a la aplicación del derecho, el juez es enteramente libre de la voluntad de las partes. Es igualmente libre en todo aquello que exija un pronunciamiento personal suyo, como en la especificación de las pruebas, en la aplicación de las máximas de experiencia o en la calificación o apreciación

ción de las calidad jurídica de un hecho, en todo lo cual apli
ca también su saber particular o ciencia privada.

* * * * *

3.- HECHOS DE HECHO JURÍDICO Y ACTOS PROCESALES

Puesto que el proceso se desarrolla mediante una consecución de sus fines, conviene establecer cuáles de dichos actos son susceptibles de disposición en el sentido que nos interesa. Desde luego se trata de actos jurídicos, en cuanto hechos humanos que suscitan consecuencias jurídicas, siendo voluntarios, lícitos y dirigidos a crear, modificar o extinguir un derecho, y, desde que influyen en la relación jurídica, son procesales.

El concepto, desde el punto de vista procesal, comprende aquellos actos que integran el proceso jurisdiccional, es decir, en principio en las normas de procedimiento, producidos por los sujetos procesales o dirigidos y encaminados a la iniciación, desarrollo o terminación de la relación procesal.

Los actos procesales pueden ser, según Azarín, jurisdic-

dicionales, cuando surgen del órgano judicial, administrativo-procesales, si provienen del J. y negocios jurídicos, en cuanto importen manifestaciones de voluntad de las partes. - Entre los primeros, designados genéricamente por Albino, como actos de decisión, el más importante es la sentencia que resuelve definitivamente la causa del objeto procesal; más, para llegar a su dictación, el juez debe pronunciarse previamente sobre la regularidad de la relación procesal, examinando su propia competencia, los presupuestos que dan vida y vida a la relación (que se trate de un hecho con caracteres de delito y que no se haya extinguido la responsabilidad proveniente del mismo), la capacidad de las partes y proveído, en fin, las peticiones que éstas le formulan. Desde el punto de vista de las partes, el principal acto del actor en el juicio es la demanda y en el proceso penal su equivalente es hasta cierto punto la querrela o denuncia, puesto que la acusación, salvo casos especiales, corresponde al J. y al propio juez. Para el demandado o acusado, es la contestación. Pero además, le corresponde demostrar la efectividad de sus

instrucciones, con mayor o menor intervención del juez en el mismo sentido, utilizando los medios de prueba que la ley establece o solicitando diligencias que no estén a su alcance y a esta actividad la denomina Alarín. "actos de postulación.

En su conjunto, hasta el pronunciamiento de la sentencia, todos serían actos de instrucción, debidos a la actividad de las partes, del juez y del los auxiliares del tribunal. Es - los últimos intervienen notificando a las partes, cumpliendo actos de citación o detención, o practicando averiguaciones - especialmente solicitadas por el juez.

Un principio de carácter general en materia procesal, como es la preclusión, íntimamente vinculada a instrucciones como los plazos, y las sanciones, es el que preserva esta sucesión y encadenamiento de los actos procesales, de tal modo - que cada uno de ellos representa la consecuencia del que le precede y el antecedente del que le sigue. Como resultado de la conjugación de estos elementos en un todo armónico, surge-

el proceso. Dentro de él las partes ejercitan sus facultades o derechos mediante la ejecución de actos procesales. Si bien Carnelutti sostiene que existe "facultad" cuando una parte puede hacer algo y el juez debe dejarlo hacer, y que debe hablarse de "derecho" si por razón de aquélla en el juez quien debe hacer o no hacer algo, ambas expresiones pueden ser utilizadas indistintamente en este trabajo, puesto que las referencias son hechas desde el punto de vista de las partes y en cuanto a los actos que a ellas competen.

Teniendo presente el concepto del principio dispositivo, interesan solamente los actos procesales de partes, puesto que es a través de ellos que estas materializan sus facultades dispositivas. En cuanto los sea permitida a las partes desplegar alguna actividad en el proceso podrá plantearse la interrogante acerca de si rige el principio en estudio y si el proceso está o no-

estructurado bajo la forma dispositiva o constitutiva. No interviene, en consecuencia, los actos realizados por el juez o por sus auxiliares, aun cuando dirigidos al objeto procesal. Por ello, puede afirmarse que la relación entre el principio dispositivo y el acto procesal existe, en primer término, en cuanto al origen de éste en tanto proviene de los sujetos procesales denominados partes. Si el contenido del mismo es susceptible de utilización por ellas y así con su actividad limitan las potestades del juez y le obligan en cierto modo a otorgar el resultado operado, el principio habrá alcanzado su máxima expresión.

Las señaladas manifestaciones de voluntad de las partes pueden ser actos procesales en sentido estricto, como la demanda, un recurso, las diligencias de prueba, etc., que son otra cosa que otras manifestaciones de voluntad mediante las cuales se ejercita un derecho preexistente. También importar un acuerdo de voluntades tendiente a constituir un derecho, como ocurre con el compromiso arbitral, la transacción, la

procedura de competencia, entre otros, y se denominan enton-
ces "negocios" jurídicos procesales". Una tercera categoría
de actos está formada por los llamados "actos procesales",
en que se constituyen (en otros como resultado del ejercicio
coincidente o simultáneo de estos por las partes, pero sin
que esto sea el resultado de un convenio entre ellas; así o-
curre v.g.: en las designaciones de peritos y en la determi-
nación de documentos admitidos en la prueba de cortejo, en-
tre otros.

Pero, el acto procesal está constituido por más de un
elemento, por lo que cabe preguntarse si las partes al ejecu-
tarlo disponen del acto en su totalidad o sólo de alguna de-
las fases de su estructura. En todo acto procesal es preciso
distinguir la forma y el contenido. La primera no es otra co-
sa que el modo de exteriorización de la voluntad, está sufici-
entemente reglamentada por la ley positiva y no pueden las
partes introducir alteraciones sin desvirtuar la natura-
za del acto; por ejemplo, no puede ser considerada como tal-
una demanda que no se ajuste a los requisitos formales exige-

dos por la norma procesal. Cabe concluir, en consecuencia, - que respecto de la forma de los actos, carece de aplicación el principio dispositivo. Si a pesar de esta indisponibilidad de las formas del acto, se ejecuta éste en contravención a las normas que las establecen, se tornará un acto ineficaz por obra de las sanciones procesales.

En cuanto al contenido del acto, él supone un proceso-psicológico, constituyendo el elemento subjetivo del mismo. Este elemento no fue objeto de consideración por la doctrina ni por la ley durante mucho tiempo, de donde deriva el carácter formal del procedimiento. Cuando la teoría comenzó a preocuparse de este elemento, aparece un análisis como fundamento independiente. "En el contenido del acto procesal - expresado siempre - como en todo acto jurídico, pueden distinguirse tres elementos: la causa, la intención y el objeto. El significado de estos conceptos es el mismo que tienen en derecho civil, pero mientras aquí la eficacia del acto depende de la correspondencia de los tres elementos, la importancia de éstos en el derecho procesal no es siempre la misma". Desde -

que los tres elementos señalados están al alcance de las partes al ejecutar el acto, puede decirse que, en principio, el contenido del mismo es disponible.

Las dificultades surgen a propósito de los actos procesales propiamente tales, por cuanto exigen un régimen normativo propio, atendida su naturaleza. A su respecto, no tiene importancia la noción de causa, sea que se le considere como fundamento o como fin del acto, pues es indiferente para la validez del mismo la razón que mueve a las partes a su ejecución; el juez no atiende a ella para declarar procedente o improcedente el acto. Dada la naturaleza de la relación procesal, también carecen de relevancia los demás elementos que determinan el contenido de los actos jurídicos en general. En efecto, tratándose de actos procesales, basta recordar que ellos deben emanar de las partes o del juez, cuya capacidad es un presupuesto de la relación procesal, para que se evierte la imposibilidad de que la falta de discernimiento constituya un vicio de la voluntad. El error de hecho

en que hubiera incurrido el actor en la demanda o cualquiera de las partes en la interposición de un recurso, no podría ser invocado válidamente para evitar los efectos del acto. - Lo mismo puede decirse en cuanto al dolo y la violencia, por que son incompatibles con la naturaleza del proceso. El dolo no es, en definitiva, sino el error provocado en cuanto a - termina la ejecución o inajecución de un acto en un supuesto inexistente; y la violencia es la presión física o moral que impide la libre manifestación de la voluntad; pero en el proceso las partes no pueden ser negligentes en la apreciación de las circunstancias que fundan su decisión, y la presencia del juez impide que una de ellas actúe bajo la presión de la otra". Pero en ciertos casos, cuando el elemento intencional influye en la eficacia del acto, tienen aplicación las normas relativas a los vicios del consentimiento: puede revocarse la confesión hecha por error o bajo violencia, aun cuando reúna todas las formalidades legales; el error en cuanto a las formas por parte del juez permite invalidar la sentencia; el dolo de las partes en un proceso simulado autoriza al juez

para rehusar la acción o tomar las providencias necesarias-

En suma, desde el punto de vista de su contenido, el acto procesal es disponible por las partes, desde que los elementos que integran ese contenido no influyen en la validez del acto, salvo en cuanto al objeto debe ser lícito; no tienen cabida respecto del acto procesal los vicios del consentimiento, ni interesa para su validez o fin perseguido por las partes, ni la identidad del mismo. Para la eficacia del acto, sólo es menester que se dé cumplimiento a las formas establecidas por la ley. Hay disposición, en principio, por el solo hecho de realizar el acto; sin embargo, la plena disposición requiere que ésta produzca los efectos esperados por las partes.

Cabe agregar, finalmente, que si bien los actos importantes manifestaciones de voluntad, no siempre son el resultado de una decisión conjunta de las partes, sino que éstas se ven en cierto modo compelidas a su ejecución ante la necesidad de defender sus derechos, y, por imperio de ciertas cir-

que que el proceso les impone, en virtud de las cuales deben ejecutar un determinado acto si desean evitar un perjuicio - procesal.

* * * * *

15.- PRESENTACION POR LAS PARTES E INVESTIGACION JUDICIAL

En el proceso civil tiene cabida la contraposición entre los principios de presentación por las partes y de investigación judicial, en cuanto a la reunión del material del juicio es decir, de los hechos y pruebas. En virtud del primero, el tribunal está limitado a considerar solamente lo que las partes le han aportado; ellas fijan el contenido y el alcance de la disputa judicial. Mediante la posibilidad que este principio les brinda en el proceso, aquellas pueden devolver sus facultades dispositivas.

por el contrario, de acuerdo al principio de investigación judicial, predominantemente en el juicio criminal, el tribunal no está obligado a considerar solamente lo que las partes le presentan, ni a aceptar como tales las formulaciones que éstas estiman conveniente hacer. El tribunal practica indagaciones y controla de oficio todo cuanto en conciencia le exigiera; no admite como ciertos los hechos presentados por las -

partes, sin un examen o investigación previo, reuniendo en suma, mediante su propia actividad el material de la causa. "El principio de investigación judicial tiene como punto de partida la idea de que sobre y por encima de las partes existe un bien jurídico (rechtsgut) al que ambas quedan subordinadas; - que por consiguiente, sus declaraciones contribuyen solamente medios para el aseguramiento de ese bien, y que dicho fin nunca se lograría si fuesen libres de ejercer sus potestades dispositivas y de perseguir así, independientemente sus propios objetivos. Convierte, pues, a las partes, de sujetos del derecho privado, en objetos del interés general, y su esencia radica en que aquellas pierden el derecho de usar libremente - sus facultades dispositivas, en favor del ejercicio del poder judicial. Así las declaraciones de las partes, por un lado, - no se consideran como expresiones imperiosas de su voluntad, - sino como meras afirmaciones, en tanto que, por el otro, el juez no queda ligado a las mismas sino, por el contrario, autorizado para hacer a su propia discreción, lo que no han que

rido proponer los litigantes" .

Un proceso estructurado de manera tal que el juez debe tener en consideración para su fallo, únicamente los hechos, afirmaciones y pruebas suministradas por los litigantes, está dando aplicación al principio de presentación por las partes en cuanto a dicho material y al mismo tiempo, posibilitando a aquéllos el ejercicio de sus facultades dispositivas

Esta diferencia se ha establecido en la doctrina alemana, a la cual se debe la formulación teórica del principio dispositivo. Como expresa Engelmann, "el principio de elección dispositiva consisten en aquellas partes tienen derecho a controlar, mediante la declaración en juicio de su voluntad (elección directa) o por la ejecución o no realización de actos procesales (elección indirecta), la relación jurídica controvertida, y que el juez ha de respetar, en cuanto esto se avenga con la finalidad del procedimiento judicial, estas manifestaciones dispositivas como declaraciones -

de las partes a las que él queda ligado...De este principio de elección dispositiva o de presentación por las partes - no representa sino un aspecto, constituyendo, como se dice, su reverso. De tanto que el primero, según indica su nombre, se refiere a los actos de las partes, el segundo define el alcance de la actividad judicial, correspondiente a la libertad de las partes para ejercer sus derechos"

* * * * *

5.- FORMAS DE DISPOSICION

Supuesto un procedimiento estructurado en base al principio dispositivo, corresponde examinar la manera en que las partes ejercitan dentro de él sus facultades de este orden.- En primer lugar, quien es titular de un derecho de orden sustantivo, o se cree titular de él puede pretender un reconocimiento formal del mismo a través del proceso. Al decidir sobre la necesidad de recurrir o no en demanda de ese reconocimiento, está ejercitando indistintamente un derecho material. Naturalmente que tal decisión puede estar formada por el interés de asegurar el derecho frente a la perturbación de que sea objeto por parte de un extraño. Esta decisión habrá de traducirse en actos positivos que imparten una primera manifestación del principio; se trata de una disposición en sujeción al derecho material.

Frente a los derechos sustantivos, el proceso aparece en

no un ordenamiento que tienda a su aseguramiento, por lo que debe reconocérsele un carácter accesorio, en cuanto no surgirá si existe una lesión o amenaza del derecho material. Por ello, puede denominarse a las facultades dispositivas de las partes dentro del proceso, como facultades de disposición de derechos formales. Claro está que aún dentro del proceso habrá disposición de derechos materiales; por ejemplo, el demandante puede desistirse o transigir con su adversario, con lo que estaría renunciando total o parcialmente a sus derechos sustantivos. Por otra parte, la actividad procesal de la plejía puede ser mayor o menor o simplemente no existir, extragando, entonces, la suerte de los derechos a la diligencia o negligencia de la otra parte; en tales casos, la disposición formal estará condicionando la suerte del derecho material.

Dentro del proceso, las facultades dispositivas son ejercidas mediante la realización o no realización de actos procesales, o mediante manifestaciones expresas o tácitas -

de voluntad con miras a un objetodeterminado. Si a través de tales formas de expresión se persigue y se obtiene un resultado favorable, puede decirse que existe disposición positiva. Por el contrario, si mediante la manifestación de voluntad, - la ejecución de un acto o la abstención, se está renunciando a una facultad o derecho, o se expone a un resultado adverso o perjudicial, la disposición será n e g a t i v a; así ocurre, por ejemplo, cuando el demandado se somete a la demanda.

Si la actividad consiste en una manifestación de voluntad, sea con miras a un resultado positivo o negativo y - con relación a derechos materiales o formales, la disposición será d i r e c t a. Si, en cambio, existe ejecución o no de un acto procesal previo o relacionado con el efecto buscado, - se estará en presencia de una disposición i n d i r e c t a, - en cuanto se tiende a un fin determinado que supone la ejecución o no de uno o varios actos simultáneos o sucesivos (No - gelnam).

Pueden reconocerse también, formas de disposición a b -
s o l u t a y r e l a t i v a, si se considera el concepto -
desde el punto de vista del juez. Se ha dicho que el princi -
pio dispositivo implica de manera paralela una limitación que
señala sobre la actividad del juez, en términos que éste queda
o no obligado, en mayor o menor grado a la aceptación de las
manifestaciones de voluntad de las partes. En este sentido, -
habrá disposición absoluta cuando el juez debe acatar sin li -
mitaciones tales manifestaciones de voluntad: acceder a lo pe -
dido, no otorgar más de lo solicitado, fallar según lo alega -
do y probado. Si, por el contrario, no queda excluida la acti -
vidad discrecional e iniciativa del juez, a pesar de las mani -
festaciones de voluntad de las partes, en otros términos, si -
le éstas pretenden no debe serles concedido necesariamente, -
la disposición será relativa; no se obtiene en tal caso, de -
manera inmediata, y como consecuencia del acto de parte, el -
resultado esperado, sino que se inicia a un trámite previo a -
la resolución.

Finalmente, en cuanto la actividad de las partes se concreta en actos procesales, podrá revestir, como se ha visto, la forma de acto propiamente tal, o simple manifestación de voluntad, expresa o tácita, a través de la cual se ejercita un derecho preexistente. O bien, la forma de acuerdos procesales, sin como resultado del ejercicio coincidente de voluntades, no deliberado, se tiende a la constitución de derechos; e de negocios jurídicos, concepción más moderna y por lo tanto no definitivamente elaborada, si dentro del proceso se verifica un verdadero convenio entre las partes.

* * * * *

6.- L I M I T A C I O N E S

Las facultades dispositivas deben ser ejercitadas dentro de los límites establecidos por la ley, el juez o las partes. Sólo en cuanto un acto realizado sea eficaz para producir sus efectos propios, tendrá verdadera importancia al uso de una facultad dispositiva. Y el acto carecerá de eficacia o parecerá al derecho a ejecutarlo válidamente, si no se observan las formas establecidas al efecto, esto es, si puede verse afectado por una sanción procesal.

Aparte del elemento subjetivo, concurre en el acto procesal un elemento objetivo, constituido por el modo de expresión o forma que da cuerpo a dicho acto. "La voluntad, dice Ortolán, como todo lo que no tiene cuerpo, es impalpable, se manifiesta en el pensamiento, desaparece o se modifica en un instante; para arraigarla es preciso revestirla de un cuerpo físico y esa es la misión de la forma"

Estas formas a que todo acto queda sometido, pueden ser impuestas como condición de existencia (ad substantiam), como elemento de constatación (ad probationem), o bien libres en su producción y prueba al arbitrio de quien ejecuta el acto. Las manifestaciones más ostensibles de las formas procesales, están constituidas por requisitos de carácter externo del acto mismo, como la escritura, la intervención de algunas funcionarios, la comprobación de ciertos requisitos previos, etc. Para también pueden estar representadas por ciertos actos previos que son necesarios para la validez de la confesión producida mediante la diligencia de absolución de posiciones, se requiere la formulación previa de la petición por la parte interesada, la providencia del juez, la notificación y la comparecencia o incomparecencia del absolvente. En cuanto a los actos previos no pueden constituir para la eficacia del acto principal, con carácter de requisitos formales del mismo.

La oportunidad en que el acto se realiza, el lugar y la

ubicación del mismo dentro del proceso, constituyen también requisitos de forma y se refieren al ordenamiento del proceso. El acto debe realizarse en tiempo hábil y dentro de los plazos establecidos, Así las peticiones formuladas antes o después del momento establecido por el ordenamiento procesal, como si se pide u ofrece una diligencia probatoria antes de recibirse a prueba la causa o después de vencido el término, o se interpone un recurso fuera de plazo, están - destinadas a ser rechazadas por el tribunal.

Todas las formalidades, limitan y condicionan el ejercicio de las facultades dispositivas de las partes, al mismo tiempo que constituyen reglas de garantía de un procedimiento serio y eficaz e importan medios legales - especialmente los plazos y sanciones - de dar impulso al proceso

Pero, paralelamente y tal vez con mayor importancia, - las actividades reservadas al juez, significan limitaciones más o menos importantes según los diversos sistemas, a la -

vigencia del principio dispositivo. En efecto, ya se ha señalado que la tendencia actual en el procedimiento civil, es la de aumentar gradualmente las potestades del juez, sobre todo en materia de pruebas. Aunque no fuese así, el hecho de que dea el juez quien examine a los testigos y valore las pruebas, está dando un cierto carácter aleatorio a los actos de las partes, en cuanto a la obtención de los resultados perseguidos por éstas. A esto se debe agregar la importancia que adquiere la labor del juez en relación con las medidas para mejor resolver de que puede hacer uso, con lo cual amplía también su campo de acción en el proceso, sin considerar el hecho de que sus juicios estarán siempre determinados por el examen personal de los hechos, alegaciones y pruebas, a través del prisma de su saber privado y de su propia interpretación de la ley y aplicación de las máximas de experiencia.

Este cuadro referente a las limitaciones que afectan a-

la actividad dispositiva de las partes, de las cuales se exa
minarán en párrafo aparte, por su importancia, las sanciones
procesales, nos permite una idea clara del ámbito dentro del
cual opera el principio dispositivo.

* * * * *

7.- EL PROCESO PENAL MIXTO

Con la decadencia del proceso inquisitorio, quedó de manifiesto sólo lo que tenía de inicuo y odioso, por lo que, como una reacción, con la Revolución Francesa, aparece la nueva forma conocida como el proceso penal mixto, cuyas bases legislativas fueron sentadas por la Asamblea Constituyente. Esta forma es el resultado de una combinación del proceso acusatorio y del inquisitivo, aprovechando los elementos útiles de ambos. Tuvo su concreción legislativa en el "Code d' instruc-tion criminelle" de 1808. Como apunta Carrara, "el concepto general de proceso mixto no es la compenetración de las dos procesos de modo que de ello surja un tercer método absolutamente especial; no es la mixtio en sentido propio; es más bien, la reunión y la alternación de las dos viejas formas".

El proceso mixto está formado por dos fases o etapas distintas y sucesivas, Una primera de carácter inquisitorio, con predominio de la escritura, secreto absoluto de las ac ac

tuaciones, prisión preventiva del inculpado, dirección ex -
clusiva a cargo del juez, con mayor o menor sujeción a los -
requerimientos del M.P., falta de un orden de ubicación y de
tiempo de los actos, procedimiento siempre analítico, y, de-
cisión secreta o sin defensa, o sólo con defensa escrita so-
bre ciertos puntos. La segunda de tipo acusatorio, con predom-
inio de la publicidad y oralidad en la mayoría de los siste-
mas, con acusación estatal a cargo del M.P., aplicación del-
contradictorio, repetición solemne de las actuaciones en au-
diencia pública, lectura de la sentencia en público, sínte-
sis del procedimiento y continuidad en los debates.

Esta estructuración del proceso penal, es considerada -
la más adecuada, dadas las actuales circunstancias, aun cuan-
do no aparece como forma ideal. "No negamos - expresa Flo -
rian - que el juicio idealmente justo y perfecto pueda ser -
en un futuro lejano el de un juez, sin Ministerio Público y-
sin defensor, libre de los vaivenes de la lucha entre las -
dos partes; pero que, en las circunstancias actuales, la me-

La mejor forma parece ser la mixta con un derecho de intervención más amplio de la defensa en la primera fase. En nuestros tiempos, la forma acusatoria, que se presta al debate y la contradicción, es una sólida defensa y una fuerte garantía para el Estado y para el procesado. Aunque en lo porvenir el proceso se haga más técnico, aunque se imponga el criterio de la peligrosidad y se instituyan para los menores delincuentes tribunales especiales, el principio del contradictorio no podrá faltar, aunque sea modificado según los nuevos fines del proceso". Con ello, sobre la base de la obligatoriedad del proceso penal y con miras a la obtención de la verdad real, como se le ha señalado en el capítulo primero, se está reconociendo que la forma mixta es la que contribuye mejor a la realización de los fines del proceso. Los principios fundamentales examinados en dicho capítulo, estructuran el proceso en su forma mixta, garantizando de ese modo la obtención de los fines asignados al mismo.

* * * * *

C O N C L U S I O N E S

Hemos pasado revista a lo que cardinalmente constituye principios básicos del proceso penal, reglas estas, tenidas muy en cuenta hoy con mayor o menor rigor, por no pocas legislaciones que se levantan sobre la base instituciones democráticas.

Principios como la oficiosidad, la obligatoriedad, la publicidad, etc., forman nuestras instituciones procesales de derecho penal. En cuanto a su sistematización, nuestro proceso participa de los sistemas acusatorios e inquisitorial, es decir, nuestro sistema procesal penal es mixto; pero a pesar de contener elementos de uno y otro sistema, es predominante inquisitorio, pues la acción penal es siempre pública y se inicia de oficio en la generalidad de los casos; el sumario es reservado; los jueces son permanentes; su misión es activa, pues deben buscar la verdad (material) y practicar, no solo las pruebas que solicitan quienes intervienen en el proceso, sino también las que a su juicio sean necesarias o convenientes; el procedimiento es generalmente escrito. Es así como se manifiesta una mayor influencia inquisitiva.

En rigor, como al proceso penal le está asignado misión tan relevante, puesto que su función tiene una proyección social, podrá cumplir cabalmente esa tarea, si se acoge en la mejor medida a principios que como los estudiados, estén más acorde con las necesidades históricas, y hagan más viable la obtención de una mejor administración de justicia penal, de modo que el Estado pueda ofrecer el verdadero amparo tutelar a los derechos de los asociados.

* * * * *

I N D I C E

C A P I T U L O I

	PAG.
Ex o r d i o	1
1.- La legalidad del Procedimiento	9
2.- La Oficialidad	15
3.- La Oficiosidad	18
4.- La Obligatoriedad	22
5.- La investigación de la verdad real	25
6.- La Contradicción	28
7.- La inmediación	32
8.- Otros Principios	34

C A P I T U L O I I

EL PRINCIPIO DISPOSITIVO

1.- Importancia	38
2.- Proceso dispositivo y Proceso inquisitivo	42
3.- Principio dispositivo y actos procesales	46
4.- Presentación por las partes e investigación judicial	57
5.- Formas de disposición	61
6.- El proceso penal mixto	71
Conclusiones	72