

ALGUNAS OBSERVACIONES SOBRE EL PRINCIPIO ACUSATORIO EN EL PROCESO PENAL

Por el doctor Adolfo GELSI BIDART

Profesor de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Montevideo, Uruguay

SUMARIO: I. Noción nominal. II. Referencia en textos. III. Implicaciones del “principio acusatorio”. IV. “Principio” y “sistema” acusatorio. V. Integración subjetiva del proceso. VI. Distribución de actividades y titularidad de actos en el proceso. VII. El “principio acusatorio” y el “equilibrio de poderes” en el proceso. VIII. Algunas incidencias en la reglamentación procesal. IX. Conclusiones sobre significación y posible alcance del “principio acusatorio”.

I. *Noción nominal*

A) *Principio*

Si partimos de una noción “nominal” del “principio acusatorio”, debemos decir que se alude a un principio, vale decir, a un enfoque general, a una modalidad constante en la estructura del proceso, en alguna medida dominante, con consecuencias sobre el mismo.

B) *Acusación*

“Acusatorio” proviene de “acusación”, o sea de imputar a otro la comisión de un delito, de concluir en el sentido de la responsabilidad penal de un sujeto.

Lo acusatorio es lo perteneciente, o relativo, o referido, o incluido en la acusación. En su sentido estricto más corriente, la acusación está referida a lo penal (atribuir responsabilidad de un crimen), aunque genéricamente acusar signifique imputar la autoría de un acto ilícito o ilegítimo a algún sujeto.

C) *El acto de acusación*

Por otra parte, la acusación en sí es un acto, acto de acusar, de realizar aquélla, de señalar quién es el autor de tal o cual delito y (directa o implícitamente) sus consecuencias.

No es un acto meramente declarativo, ni de conocimiento receptivo, o sea por el cual se comunica que tal persona ha cometido tal ilícito (denuncia), sino un acto que si bien abarca tal conocimiento que, además, comunica o procura comunicar a otro u otros, pues de lo con-

trario no lograría su eficacia, no tiene en estos aspectos sus características dominantes.

Lo fundamental en dicho acto, radica en que su autor decide imputar el delito y exigir el establecimiento de las consecuencias respectivas. Se dice a veces: lo que predomina es la voluntad, más que el conocimiento o lo más importante es aquélla y no éste.

Tal vez podría decirse que lo esencial consiste en exigir, requerir, pretender, las consecuencias de la imputación; se pretende que, en virtud de la imputación que se hace (X es el autor de Y), se apliquen al responsable tales medidas (sea condenado a Z).

Se requiere (de otro), pues, la aplicación de tales consecuencias; el acto de acusación no se basta a sí mismo, necesita complementación futura y heterogénea (de otro sujeto). Es el planteo de una solución exigida, requerida (petición).

D) *Acusar*

El acusar concreto (la acusación), al estar referido a un principio que lleva ese carácter, implica la pertenencia a un género de actividad —acusar—, que tal vez suponga más de una aplicación posible (acto de acusar; actos preparatorios y actos complementarios de aquél).

E) *Acción penal*

Tratándose del proceso, ese acto (acusación), esa actividad (acusar), responden a un poder jurídico que habrá de tener un titular posible y que se concreta en el caso determinado. Poder jurídico de accionar en el proceso, de promoverlo, o, al menos, de sustentarlo, para efectuar, fundamentalmente —si corresponde—, la acusación, sin perjuicio de ejercer otras actividades y realizar otros actos concretos que no respondan en forma estricta al acusar y a la acusación, pero que aparezcan como imprescindibles o convenientes para posibilitarla.

Todas ellas —o todos los actos— deben tener en la actividad de acusar que se concreta en el acto de acusación, su modalidad y su expresión paradigmática o por antonomasia. Lo demás se hace para: hacerla posible o prepararla, fundamentarla, explicarla, sustentarla, etcétera.

De ahí la delimitación y también la irradiación a reconocer al principio acusatorio.¹

¹ Sobre poderes jurídicos, actividades y actos en el proceso, v. una aproximación en grandes líneas en la comunicación al V Congreso Nacional de Derecho Procesal (Salta-Argentina, 15-20 julio, 1968): GELSI, *Impedimento del juez por no dictar sentencia dentro del plazo legal*, en "Rev. Der. Jur. Adm.", Montevideo, 1969, t. 67, núm. 1-2, pp. 1-5.

II. Referencia en textos

A) La "Declaración Universal de Derechos Humanos" (10.XII.1948) se refiere a la acusación para integrarla en un proceso, para señalar cómo éste es la garantía exigida cuando aquélla se produce.

La indicación se realiza con exclusiva referencia a la imputación delictiva: "Toda persona acusada de delito, tiene derecho a que se presuma su inocencia, mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa" (artículo 11, inciso 1). Se alude al aspecto declarativo de la sentencia pertinente: la condena queda implícita. A ella se hace referencia expresa en el inciso 2: "Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el Derecho nacional o internacional..."²

B) *La Constitución de Uruguay* repitiendo desde 1830 un texto con variados antecedentes y concordancias en otras Constituciones americanas, dice en su artículo 22: "Todo juicio criminal empezará por acusación de parte o del acusador público, quedando abolidas las pesquisas secretas."

El texto es claro en el sentido de requerir publicidad en el juicio e igualmente en el de consagrar al acto de acusación por el querellante o el acusador (Ministerio) público, como pieza fundamental del proceso.

No lo es tanto, en señalar el orden cronológico de los actos del proceso, pese a los términos "empezará por acusación".

Desde el punto de vista de los hechos, por cuanto ello es factible en el caso de acusación de parte (de ahí la asimilación cronológica al proceso civil), simplemente porque se supone su conocimiento de los hechos que dan lugar a la presunción respectiva.

El acusador público no conoce los hechos ni, generalmente, en la realidad del agente, ni con el conocimiento oficial que compete al órgano. Por ende, para que disponga de los datos de hecho imprescindibles para fundar la imputación penal y la exigencia de la o las sanciones pertinentes, resulta indispensable que la precedan otros actos procesales que resultan, así, antecedentes necesarios del acto de acusación en el sentido de que deben forzosamente realizarse antes que éste.

Otra cuestión es si, además, pueden o deben darse (según las reglas de procedimiento) determinados actos que sean verdaderos presupuestos de la misma acusación, i.e. que la precedan (cronológicamente) y la integran (o, mejor, contribuyan a su estructura jurídica, aunque se trate

² De todos modos queda clara la referencia al "cargo que se formula ante el juez, contra persona determinada, por considerarla responsable de un delito o falta, con el objeto de que se le aplique la sanción prevista por la ley" (J. D. RAMÍREZ GONDRA, *Diccionario jurídico*, Bs. Aires, 1943, V. "Acusación").

de actos diferenciables). Es lo que ocurre, verbigracia en el caso de los procesos penales en que el planteamiento de la pretensión procesal penal corresponde al Ministerio Público, pero ésta no puede formularse si no media "instancia" o "denuncia" (en sentido específico) del ofendido (exigencia o requerimiento de que se plantee la pretensión procesal penal).

En este punto se plantea uno de los problemas de la vigencia del principio acusatorio en estado puro o de su coordinación con el principio inquisitivo: ¿puede, en este último caso, coexistir el principio con la iniciación inquisitiva del proceso? ¿O también se requerirá la del Ministerio Público (no como acusador en sentido estricto aún) para que el tribunal pueda comenzar el sumario, funcionando aquel acto como antecedente y presupuesto de la ulterior pretensión procesal penal?

Desde el punto de vista de los textos constitucionales que preceden al mencionado artículo 22, parece que pueda acogerse la indicación de A. Orgaz:³ "una vez clausurado el sumario, recién se inicia el juicio en lo criminal, por la acusación en que el Fiscal o el damnificado o sus herederos, demandan la aplicación de la pena correspondiente contra el procesado".

Se toma "juicio" no en el sentido de todo el proceso penal, sino con referencia a aquella etapa (el "plenario") que precede inmediatamente y que se integra con la sentencia (*quod est iudicio*).

La Constitución al señalar las principales garantías procesales en materia penal, lo hace en este orden, que requiere una ulterior reflexión (ver infra VIII) antes de concluir, *de jure conditio*, sobre la vigencia del principio acusatorio en la iniciación, no sólo del plenario sino aun en el sumario previo y, eventualmente, incluso en las diligencias preparatorias para el auto de procesamiento (auto que inicia el sumario):

1. Orden escrita del juez para entrar en el hogar (artículo 11).
2. Principio del proceso legal previo a la condena (artículo 12).
3. Posibilidad del jurado en materia penal (artículo 13).
4. Exigencia de la fragancia delictual o de la orden judicial en base a la semiplena prueba, para que se realice el arresto del presunto criminal (artículo 14).
5. Plazo de 24 horas para la declaración judicial del arrestado y de 48 horas para el comienzo del sumario (artículo 16).
6. *Habeas corpus* (artículo 17).
7. Prefijación legal del orden y formalidades de los juicios (para toda materia) (artículo 18).

³ A. ORGAZ, *Diccionario Elemental de Derecho y Cs. Sociales*, Córdoba, 2ª ed., V. "Juicio", pp. 308-309.

8. Prohibición de los juicios por comisión (*idem* artículo 19).
9. Abolición del juramento del acusado (artículo 20).
10. Prohibición del juicio criminal en rebeldía (artículo 21).
11. Iniciación del juicio criminal por acusación y abolición de las pesquisas secretas (artículo 22), vale decir: prevalencia del principio acusatorio sobre el inquisitivo (se requiere acusación antes de la sentencia, como presupuesto de la misma ver *infra* II) y se requiere la publicidad en el proceso (¿como elemento constitutivo de aquel principio o como aspecto añadido al mismo? Además, ¿se trata de publicidad interna, en el proceso, o exterior? ver *infra* VIII).

Parecería que la Constitución no hubiera planteado el problema estrictamente cronológico para todo el proceso penal (incluso diligencias previas o preparatorias y sumario), aunque sí indudablemente para la etapa fundamental (plenario) y que la letra de las normas no impediría la conjugación del principio acusatorio y del inquisitivo en las etapas previas a la discusión de pretensiones y defensas que antecede a la sentencia sobre el fondo.

III. Implicaciones del "principio acusatorio"

De las reflexiones que preceden, en parte apoyadas en el propio término (y, al través del mismo, el concepto) jurídico y en parte en los textos de la Declaración Universal de Derechos Humanos y de la Constitución de Uruguay, parecen desprenderse algunos temas básicos a considerar, desde el punto de vista procesal.

La vigencia (total o parcial) del principio acusatorio en el proceso penal supone:

a) Señalar la existencia de una pluralidad de sujetos esenciales subrayando la significación del actor (acusador), no bastando la sola actuación del juez para el funcionamiento de aquél;

b) Determinar un orden correlativo en la realización de actos básicos de dichos sujetos: acusación (demanda, pretensión y, por consiguiente, defensa, contestación) y sentencia —en el aspecto cronológico (antecedente-consecuente) y lógico (presupuesto).

Ello trae consigo el señalamiento de:

c) Aspectos indispensables en el proceso, inherentes a la aplicación del principio acusatorio, y

d) Consecuencias derivadas que no pertenecen a su esencia, que no surgen necesariamente del principio acusatorio, aunque tienen mayor congruencia con él (por ejemplo, en cuanto al orden de proceder, a la publicidad, etcétera) que con otros principios.

IV. "Principio" y "sistema" acusatorio

Intentamos señalar lo fundamental, lo que pertenece necesariamente al principio acusatorio, lo que debe existir —como síntoma o manifestación— en el proceso, para que pueda entenderse aplicado. Teniendo en cuenta, además, que para éste como para los otros posibles principios estructurales del proceso, casi nunca se da una aplicación pura y simple; pueden normalmente coexistir los que teóricamente se oponen; las soluciones "mixtas" predominan en la reglamentación procesal, sin perjuicio de la preponderancia de uno u otro principio, aun en los casos en que no se ha adoptado el tradicional "sistema mixto" francés.

De ahí que no pueda aceptarse totalmente en el plano conceptual, aunque sí en el sentido de históricas coincidencias, expresiones como las de Jofré,⁴ que propugnaba la adopción de

los grandes principios que constituyen el sistema acusatorio: publicidad y oralidad...; implantación de las pruebas normales (jurado)...; equilibrio entre los derechos del acusador y del acusado; liberalidad para conceder la libertad provisoria a los prevenidos; celeridad en los trámites...

Lo que ocurre es que

históricamente, el proceso acusatorio alcanza su mayor esplendor cuando se le reanima con la publicidad y la oralidad... (caracterizándose) como proceso contradictorio, público y oral... A cambio de esto el proceso inquisitivo se desenvolvía en... secreto y en la mecanicidad e inmovilidad de la escritura —como recuerda Florián.^{5, 6}

Sin perjuicio de reconocer las conexiones señaladas, explicables históricamente y también por una congruencia interna con el principio acusatorio (ver *infra* VIII), aquí se pretende discriminar lo que es típico del mismo, como tal.

V. Integración subjetiva del proceso

Para decirlo en el lenguaje de nuestro Código de Procedimientos Civiles, la aplicación del "principio acusatorio" supone reconocer la

⁴ JOFRÉ, *Manual de procedimiento (civil y penal)*, 5ª ed., anotada por I. HALPERIN, 1941, t. II, p. 21.

⁵ FLORIÁN, *Elementos de Derecho Procesal Penal*, trad. L. PRIETO CASTRO, Barcelona, 1934, p. 66.

⁶ Véase una excelente y detallada revisión histórica de los "sistemas procesales penales", en A. VÉLEZ MARICONDE, *Estudios de Derecho Penal*, I, pp. 9-141; en pp. 9-14 se sintetizan los tres "sistemas" (nótese que aquí no nos referimos al "sistema" histórico, sino a la aplicación —más o menos extendida— del "principio acusatorio" en el proceso penal).

existencia de una pluralidad de sujetos "principales" en el proceso, de sujetos indispensables para que pueda no sólo constituirse el proceso, sino llevarse a cabo a través de sus diferentes etapas y culminar en la sentencia.

Se vuelve al clásico: *Judicium accipitur actus ad minus trium personarum* (Búlgaro); del mismo modo que *in causa civili exiguntur tres personae, scilicet actoris et rei et judicis, ita in criminalibus tres exiguntur personae, scilicet accusantis, accusati et judias*.⁷ La aplicación del "principio inquisitivo" puro, en cambio, no consiente la actividad jurídica eficaz de otro sujeto fuera del propio juez: "el juez tiene un poder absoluto de impulsión e investigación (y) es el 'director' único del proceso...";⁸ en el proceso, toda participación de una pluralidad de sujetos, al integrarlos en una misma estructura (o unidad o institución) jurídica, se traduce necesariamente, no sólo en el aumento del número de los sujetos y la complejidad de la relación que los une, sino también en la recíproca disminución o atenuación, por tal correlación jurídica, de los diferentes poderes jurídicos empeñados en el proceso, incluso, naturalmente, en los límites del ejercicio de la jurisdicción, en el caso concreto.

VI. Distribución de actividades y titularidad de actos en el proceso

A) El actor

El principio acusatorio obliga a reconocer la titularidad de un acto fundamental para el proceso y, por ende, de la actividad respectiva que en aquél básicamente se concreta, en un sujeto procesal diferente del juez y precisamente en el actor.

Se predomina el principio acusatorio, para que el proceso se sustente y pueda lograrse el fin regular programado por la ley, o sea, la sentencia definitiva, final, última expresión del poder jurisdiccional del Estado —resulta indispensable que el actor, el primordial sujeto activo entre las partes, presente la acusación.

B) La "pretensión procesal penal"

1. La "acusación" o "demanda-acusación" o "demanda penal" o "demanda procesal penal" o "requisición" es un acto procesal cuyo contenido se agota en la presentación de la "pretensión" o exigencia ("pretensión procesal penal") o requerimiento del actor al Tribunal para que:

⁷ FLORIÁN, ob. cit., p. 65. La cita es de Bernardo DORNA, *Summa libellorum*, núm. 193.

⁸ A. VÉLEZ MARICONDE, ob. cit., p. 13.

a) En virtud de determinados hechos acontecidos en la realidad, en que intervino el procesado o demandado;

b) En base al Derecho vigente aplicable a los referidos hechos, que así quedarían incluidos en tal o cual figura delictiva;

c) 1. Declare la configuración de lo indicado sub a) y b) y, por ende, 2. Condene al responsable a sufrir las sanciones principales y accesorias, directas e indirectas o derivadas o consecuentes, que correspondan conforme a la ley.

Fenech señala ⁹ que esto supone la formulación del concepto de

parte en sentido procesal, entendiendo por ésta la persona *rem in iudicium deducens*, de un lado, y de otro *is contra quem res in iudicium deducitur*. Esto es, son partes la persona que pide y aquella frente a quien se pide al titular del órgano jurisdiccional, la actuación de la pretensión penal y la de su resarcimiento, en su caso.

Y, añadimos, en el pedido (la exigencia, el requerimiento) al tribunal para que actúe la pretensión penal (en el sentido sustantivo), ¹⁰ consiste la "pretensión procesal penal". ¹¹

2. La necesidad del planteamiento de la pretensión como acto procesal esencial en el proceso penal, implica, por ende, un orden cronológico de los actos: la petición o solicitud se produce antes que la decisión que le da respuesta (antecedente-consecuente).

Otro problema es si, a lo largo del proceso, en todas sus etapas, corresponderá o no un similar planteamiento, vale decir si la actividad que se concreta en el acto de acusar deberá realizarse a todo lo largo del proceso, en precedencia con respecto a la actividad decisoria correlativa. En cada sistema jurídico, según como se haya distribuido la aplicación de los principios "acusatorio" e "inquisitivo", la respuesta podrá variar.

Pero lo que resulta indiscutible es que aquí ambas actividades, concretadas en los respectivos actos (acusación y sentencia), se dan en ese orden cronológico: primero se acusa y luego se falla.

3. Un segundo aspecto implicado en el principio acusatorio (e igualmente variable en su aplicación, según las normas positivas concretas,

⁹ M. FENECH, *Derecho Procesal Penal*, ed. Labor, 1ª ed., vol. I, p. 177.

¹⁰ A la pretensión penal o sustantiva como objeto del proceso penal, se refiere, por ejemplo, C. VIADA-LÓPEZ PUIGCERVER en su *Curso de Derecho Procesal Penal*, III, Madrid, 1964, pp. 4 y ss.

¹¹ MANZINI, *Trattato di D. Processual e Penale Italiano*, UTET, 1931, II, p. 223, dice que "acusador es el sujeto que interviene en la relación procesal penal para proponer la pretensión primitiva que deriva del delito (*reato*), en nombre y por cuenta del Estado y para procurar su realización: o sea el que promueve y ejercita la acción penal".

pero constante), es la dependencia o correlación necesaria en que ha de encontrarse el fallo con respecto a la acusación.

Después del orden de realización, ahora se toca el contenido correlativo de uno y otro acto. Puede referirse a dos aspectos:

a) Uno formal, el más importante, indispensable siempre: la correlación entre el acusar, la acusación *in abstracto* y el decidir, el fallo, con igual alcance;

b) El segundo penetra en la dirección, orientación o realización concreta del fallo, en la delimitación de su alcance, en la determinación de la resolución misma.

El antecedente puede considerarse aquí como:

a) "Antecedente necesario", requerido indispensablemente para que el acto subsiguiente pueda efectuarse; la actividad que se concreta en el primero (acusar) es requerida para que pueda concretarse la que se expresa en el 2º (resolver), por la modalidad correlativa de ambos.

b) "Presupuesto" en sentido lato, o "formal", del acto de sentencia. Como lo define Carnelutti: "un evento distinto del acto procesal y anterior al mismo, del que depende en todo o en parte su eficacia",¹² aunque en rigor el maestro italiano parece más bien asignarle la significación que acordamos a "antecedente necesario"; y así dice que "la demanda es un presupuesto de la sentencia o, mejor dicho, de cada acto del proceso de conocimiento" (*ibidem*).

Pensamos que podría darse un paso más en tal determinación; así en el caso de resolución "prejudicial", se menciona a ésta como previa, necesaria e integrante de la providencia posterior, dependiente e integrada; el acto "presupuesto" de otro, sería aquél que no sólo ha de tomarse en cuenta por éste para realizarse, sino que además debe seguirlo, queda en alguna medida predeterminado, por aquél. La resolución pre-judicial es, en ese sentido, presupuesto del fallo que integra: ésta sería el acto-presupuesto "stricto sensu"; en sentido más amplio el acto-presupuesto determina al sub-siguiente en cuanto permite su realización y delimita su ámbito y elimina a otros objetos del mismo.¹³

El "antecedente-necesario" (incluido el presupuesto en ambos sentidos) y el acto-subsiguiente o consecuente-dependiente, concretan una relación dialéctica, pero no en el sentido habitual de oposición que

¹² CARNELUTTI, *Sistema de Derecho Procesal Civil*, trad. ALCALÁ-ZAMORA, SENTÍS MELENDO, UTEHA, Argentina, Buenos Aires, 1944, t. III, p. 550, núm. 544.

¹³ Otro ejemplo, en nuestro concepto, sería la "instancia" o "denuncia" del ofendido, requerido para que el M. P. pueda ejercer la acción penal en el caso de ciertos delitos, verbigracia sexuales, de daño, etcétera. Para un completo y agudo estudio del instituto, ver A. VÉLEZ MARICONDE, *La acción penal dependiente de instancia privada*, "Cuadernos", núm. 83 del Instituto de D. Procesal Penal, Córdoba, Argentina, 1965, pp. 9-51); A. CAMAÑO ROSA, *La instancia del ofendido*, Montevideo, 1947, especialmente, pp. 90-104; v. supra I, B, 3.

es el que corresponde "inter-partes" (así: demanda-contestación), sino en el de vinculación "dia-legal", de dos sujetos en situaciones procesales necesariamente conectados en una tarea común, de tal modo que ninguno de ellos puede lograr el resultado perseguido con esa actividad en general y a través de ese acto en particular, sino complementándose con la actividad y el acto del otro.

El acusador plantea la acusación (antecedente-presupuesto) para que se ejerza la jurisdicción con respecto al acusado y se le condene a la pena correspondiente (subsecuente o consecuente). A su vez el tribunal no puede ejercer la jurisdicción dictando la sentencia en el caso concreto (acto consecuente-dependiente), si no la ha precedido la acusación presentada por el actor (acusador) y dentro de los límites que la misma le fija.

4. Recapitulando, tendríamos, procediendo por grados:

a) Mero o simple antecedente: acto anterior a otro que la ley programa con anticipación, en una simple precedencia cronológica (acto "antecedente" o precedente o anterior);

b) Antecedente o precedente-necesario: acto cuya realización previa es requerida, porque así lo ha fijado la ley, pero sin que ello suponga influencia decisiva sobre el acto subsiguiente o consecuente o simplemente posterior en el procedimiento u orden procesal (acto "antecedente necesario");

c) Antecedente cuyo contenido resulta indispensable para que pueda darse formalmente, el contenido del acto subsiguiente ("presupuesto en sentido formal"; verbigracia demanda con respecto a la sentencia);

d) Antecedente cuyo contenido determina la posibilidad jurídica del consecuente y, eventualmente, lo integra ("presupuesto en sentido material"; verbigracia: fallo pre-judicial, para el que integra dicha resolución en la propia; "instancia del ofendido", para la acusación fiscal, cuando se requiere aquélla).

En nuestro caso, de la acusación depende: la posibilidad legal del fallo; el ámbito sobre el cual ha de recaer (sujeto jurídico-imputado y hechos configurativos de delito); el límite de la posible sanción (*ultra petita*). Naturalmente que, tratándose de un poder jurídico diverso (jurisdicción) y de actividad (resolver) diferente, la demanda no será "presupuesto" en sentido estricto o "material" de la sentencia, sino en sentido "formal".

5. Si el proceso no puede ser fallado de no mediar acusación penal, esto significa que toda postergación de ésta trae consigo la suspensión de la sentencia.

También que (si lo admite la ley) el acusador podrá poner fin al proceso por vía de deserción (no-acusar en plazos pre-fijados, si tal es

la consecuencia legal) o de desistimiento. La renuncia a acusar, sea en forma directa, sea por el pedido de sobreseimiento en la instancia, traería consigo un modo indirecto, no-jurisdiccional, unilateral de parte, de poner fin al *procedere* (procedimiento) y de resolver la cuestión litigiosa penal.¹⁴

VII. El "principio acusatorio" y el "equilibrio de poderes" en el proceso

A) El fundamento de hecho de la acusación

1. Como se dijo supra 1, el acusador (si no es la propia víctima en los casos de "acción penal privada") no conoce los hechos, no ha sido participe ni espectador de los mismos y, por ende, su planteamiento depende de los datos que puedan recogerse al efecto.

Aunque en la práctica mucho depende de las tradiciones y costumbres forenses, atento a la naturaleza de la materia y la necesidad de una investigación efectiva, acerca de lo ocurrido en la realidad, es necesario acordar poderes importantes sobre las personas y los bienes para lograr una cierta seguridad (aproximativa) en cuanto a los resultados. A menos que no se anulen facultades, en caso contrario, el problema radica en el que ha de ser titular de las mismas:

- a) ¿El propio Ministerio Público?;
- b) ¿El juez, pero como mero ejecutor de lo que solicite aquél?;
- c) ¿O el juez, decidiendo por sí sólo?;
- d) ¿O el juez *ut supra*, sin perjuicio de las peticiones del Ministerio Público y del Defensor?

2. Si se procura facilitar la instructoria y, al propio tiempo, dar las mayores garantías a los derechos de los habitantes, parece más lógico adoptar la cuarta solución.

El Ministerio Público no da iguales garantías que el tribunal y dotando a éste de los poderes necesarios y permitiendo la intervención de aquél y del defensor para pedir medidas adicionales, se compagan la defensa de la sociedad y la del imputado.

B) "Principio acusatorio" y bilateralidad del proceso

1. Si se pasara del "principio inquisitivo puro" ("todo por el juez"), al "principio acusatorio puro", podría caerse en un exceso semejante y aún peor, porque el juez siempre conserva una mayor imparcialidad

¹⁴ BELING, *Derecho Procesal Penal*, int. M. FENECH, p. 27, señala la congruencia y, al propio tiempo, la posible separación de este tema con el principio acusatorio: "...ha de reglamentarse el auténtico *procedere* en el proceso posible... que el desistimiento del actor de la acusación lo extinga: principio dispositivo en sentido estricto. El principio contrario es el del mantenimiento oficial del proceso que encarga al tribunal, de oficio, su continuación, eliminando en este aspecto al actor".

por su propia posición en el proceso. Algunos sistemas tal vez exageran la preeminencia del acusador sobre el demandado —en rigor sobre su defensor— con grave peligro para la defensa del imputado; así Carnelutti denunciaba “el absurdo de la excesiva preeminencia del Ministerio Público, por la cual, desdichadamente está dominado el instituto penal vigente”.¹⁵

Elaborando la institución conforme a la lógica de la misma, dicha exageración no podría tener lugar: la solución debería ser similar a la que rige en los demás procesos no-inquisitivos puros o sea la equiparación entre las partes procesales. Si se limitan los poderes de la autoridad judicial (autoridad del proceso), no hay razón para que sea en beneficio de una sola de las partes.

A ello se opone la estructura misma del proceso, que debe ayudar a una efectiva imparcialidad del tribunal, difícil de lograr en los hechos, si se rompe el equilibrio entre los litigantes y se da a uno de ellos mayores posibilidades que al otro para defender su posición.

2. Se opone, igualmente, a la noción de parte, a la que, menos aún que al juez, puede atribuirse la responsabilidad de todo el proceso, “acto de tres personas al menos”.

La actuación de las partes, porque tienen intereses contrapuestos pero —en especial— porque ven el problema desde dos puntos diferentes, con enfoques dispares, es indispensable para una constitución adecuada del proceso, completa, total, no “parcial” del mismo.

Es un punto, tal vez por demasiado conocido o claro, poco atendido en el proceso: el alcance dual hacia la verdad. No se trata programáticamente de dos expresiones opuestas que tienden a destruirse mutuamente, una de las cuales desaparecerá por el esfuerzo, la supervivencia de la otra. Son dos versiones parciales, por ser diferentes y parciales los puntos de partida y que probablemente habrán de integrarse en la visión global o de conjunto a la que procura llegar el juez.

Para Carnelutti, en un plano psicológico, la experiencia de los penatistas enseña “el valor de la duda en el descubrimiento de la verdad y... el contenido esencialmente dualístico de este concepto... (se) destaca (de ahí) ... la paridad de la acusación con la defensa. La separación del defensor respecto del imputado y su clara inclusión en el oficio judicial...” junto con el juez y el Ministerio Público y “que yo llamo la tríada de los juzgadores es... un seguro corolario”.¹⁶ Trasponiendo el problema de la construcción de la verdad (más precisamente: de la reconstrucción de los hechos acontecidos y que importan

¹⁵ CARNELUTTI, *Fundamentos de la reforma penal*, 1946, en “Cuestiones sobre el proceso penal”, trad. S. SENTÍS MELENDO, Bs. Aires, 1961, p. 346.

¹⁶ CARNELUTTI, *El problema del defensor penal*, en “Cuestiones...”, ob. cit., p. 223.

para el caso en el proceso, al plano de los institutos que lo integran y de la estructura general del mismo, señalaba, también, que para él lo esencial del proceso de tipo inquisitivo puro es la carencia “de toda mediación entre el juez y el imputado”; el juez comprometido en la investigación del delito, puede convertirse en el enemigo del imputado, con grave peligro de injusticia. Lo fundamental en el tipo acusatorio debería consistir en “la mediación de la acusación y de la defensa, entre el juez y el imputado”. Pero añade que para lograr el ideal del proceso penal sería menester que, así como el Ministerio Público se desprende del juez, el defensor se desprendiera del imputado,¹⁷ creando, junto a la “parte pública imparcial” (del Ministerio Público —agregamos— una “parte privada imparcial”, defensora, en determinados cauces, del imputado.

3. En resumen, si nos atenemos a lo que significa cada parte en el proceso, su naturaleza, su correlación y el conocimiento de los hechos para fundar sus respectivas posiciones, resulta claro que no puede admitirse —al menos programáticamente— la sola actuación de una de ellas, aunque sea la que tome la iniciativa del proceso o de su etapa principal.

C) *El “equilibrio de poderes”*

La aguda observación de Carnelutti sobre el “desprendimiento” de los órganos técnico-jurídicos, merece retenerse.

1. En cuanto al Ministerio Público, en los países que tuvieron primero un sistema inquisitivo, históricamente puede ser exacto decir que la sociedad establece la dualidad de organismos encargados, *lato sensu*, de su “defensa”, aunque en el sistema inquisitivo puro al juez corresponde también la defensa del imputado.

Examinando la institución en un plano conceptual, se advierte que al juez no le está encomendada la “defensa” social en el mismo sentido que al Ministerio Público, por cuanto el interés que promueve el tribunal es el de la justicia legal, i.e., la aplicación del Derecho en el caso concreto, encarado éste en todos sus aspectos, desde todos los posibles enfoques.

El juez no es el defensor “contra los delincuentes”, ni aún el juez instructor, que simplemente debe reunir los primarios datos de hecho que servirán a ambas partes y al propio tribunal, para estudiar la *quaestio facti*, determinar la aplicación de la *quaestio juris* y, por último, establecer las conclusiones pertinentes (absolución o condena).

De donde, el punto de vista del “principio inquisitivo puro” es más congruente con la complejidad del proceso y la diversidad de intereses en juego, que el “principio acusatorio puro”, si no se toma en cuenta, para equiparar a la posición del Ministerio Público, la del procesado

¹⁷ CARNELUTTI, *Lezioni sul processo penale*, Roma, 1946, I, núm. 103, pp. 158-159.

o de su defensor. Porque en sí mismo el juez debe ser imparcial y aunque otras razones, especialmente psicológicas (ver *infra* ix), no hacen aconsejable esta solución, no hay duda de que, institucionalmente, la posición del juez se presta mejor a considerar tanto el problema de la sanción al delincuente, como la defensa del (presunto) delincuente y, en general, la aplicación del cauce legal pertinente.

2. Al Ministerio Público como tal (o, eventualmente al acusador particular) corresponde sustentar, con la acusación, la *quaestio* a resolver por el tribunal. El "sistema" acusatorio, decía Pessina, "en su esencia responde a la índole de todos los juicios, esto es, a la de ser una discusión entre dos partes opuestas, resuelta por el juez".¹⁸

Lo importante es que el Ministerio Público debe enfocar el problema como órgano de la sociedad encargado de "perseguir a los delincuentes ante la justicia", vale decir, que su enfoque o punto de vista, la perspectiva que le corresponde, es la del que debe pedir la sanción para el sujeto que —según estima— ha delinquido.

Las conocidas precisiones relativas a la "imparcialidad" del Ministerio Público, la "parte imparcial" —a su condición de "parte-formal" o adjetiva pero no material o sustancial—, tal vez puedan entenderse más claramente si se aplican las categorías correspondientes a la teoría del órgano.

Para la realización de diferentes —incluso contrapuestas, al menos aparentemente— actividades, la sociedad especifica diversos órganos que actúan por ello y en su nombre. Desde este punto de vista hay o no (según el enfoque) coincidencia entre la parte material (la sociedad que ve perjudicado su interés en la no-comisión de tales delitos, en el mantenimiento incólume del orden jurídico en determinados sectores) y la parte formal (la sociedad a través de su órgano especializado al efecto).

¿Por qué la "imparcialidad" del Ministerio Público? Desde el punto de vista jurídico, podrían mencionarse las disposiciones positivas que no sólo le imponen la acusación, sino también el solicitar sobreseimiento cuando lo entienda procedente. Desde el punto de vista de su naturaleza orgánica, por que no ha sufrido individualizadamente el daño. En el plano psicológico, porque el agente no se ha visto perjudicado —como tal— por el delito cometido.

No debería decirse que no hay coincidencia entre el interés perjudicado y el interés que promueve el Ministerio Público. En rigor estricto, el interés procesal nunca es idéntico al interés material, pues consiste en lograr la intervención del tribunal para decidir la cuestión planteada, en determinado sentido.

¹⁸ Citado por LEONE, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, trad. S. SENTÍS MELENDO, I, p. 21.

Sólo que la satisfacción del interés procesal (solución jurisdiccional del problema), dará lugar a la satisfacción del interés sustantivo. El Ministerio Público pide que se dé satisfacción a este interés (el de la sociedad en que se ampare el orden público y se sancione al culpable), a través del proceso.

Lo que ocurre es que cada vez que entra en causa el interés de la sociedad, aunque pueda coincidir con el interés de un sujeto determinado, es diferente a éste, tanto por su titular como por su irradiación.

Podrá decirse que generalmente en materia no-penal (porque también aquí puede accionar el Ministerio Público y, además, se debe pensar en el "sustituto procesal", etcétera), el titular del interés material perjudicado y que quiere resarcirse, o no satisfecho y cuya satisfacción se procura, coincidirá con el titular de la acción promovida en juicio, será el mismo que presenta la correspondiente pretensión en el proceso.

El interés lesionado y cuya satisfacción o reparación fue la obra requerida a través del proceso, al juez, es un interés individualizado, concreto y no genérico y abstracto como lo es siempre el interés de la sociedad.

De ahí explicada la llamada "imparcialidad" del Ministerio Público que persigue el interés de la sociedad de la cual es órgano.¹⁹

3. El error en la reglamentación procesal del "principio acusatorio" podría radicar (repetimos) en olvidar a la "parte acusada" y su derecho a la defensa. El corolario que avizora Carnelutti del "desprendimiento" del defensor de la parte acusada, de tal modo que entre juez e imputado se interpongan el Ministerio Público acusador y el abogado —defensor—, se realiza ya en parte.

En principio nunca debería hablarse de absoluta identificación del abogado y de su defendido, cualquiera sea la materia en que actúe.

En materia penal, por lo demás, en algunos sistemas jurídicos (verbi-gracia en Uruguay), el defensor puede actuar como "asistente-técnico-jurídico" del imputado o bien como "representante", aunque a veces, por la libertad con que actúa (puede pensarse, especialmente, en el defensor designado *ex officio*) podría calificarse de un verdadero "gestor" cuasi independiente, de la defensa.

En el sentido de una comprensión más clara, cabe comparar la posición psicológica (no-jurídica, naturalmente) del defensor, con la que corresponde al Ministerio Público en relación al ofendido, cuando la instancia de éste es requerida previamente para que pueda ejercitarse la acción y que se distancia luego de aquél; jurídicamente la diferencia estriba en que el Ministerio Público actúa luego por sí solo y tiene el

¹⁹ Imparcialidad que, de todos modos, no debe confundirse con la del juez. Ver en tal sentido FOSCHINI, *Retrosceso inquisitivo*, en "Cuadernos", núm. 75, iv, del Instituto de Derecho Procesal Penal, 1963, Córdoba, p. 55; el M. P. señala, es "un oficio de acusación... expresión del P. E. ante la autoridad judicial".

dominio del ejercicio de la acción (salvo la posibilidad de "remisión" que corresponde al ofendido) y el defensor puede actuar en diferentes diligencias por sí solo, pero nunca pasa a ser titular del ejercicio de la acción.

4. En el plano de los "poderes jurídicos" que se ejercitan en el proceso, el "principio acusatorio" reclama la importancia de primer plano en el ejercicio de la acción penal,²⁰ frente al imputado que a su vez, directamente, y/o por intermedio del defensor la ejercerá (como todo demandado), procurando el rechazo de aquélla. Una y otra posición se plantean al tribunal, pues una y otra (ejercicio de la acción) consisten en el poder jurídico de reclamar, requerir, exigir el ejercicio en determinado sentido (tomando al menos en cuenta el respectivo planteo) del poder jurídico —jurisdicción, que corresponde al tribunal.

En el proceso inquisitivo podría decirse que la jurisdicción lo absorbe todo; en el acusatorio su ejercicio queda condicionado al ejercicio de la acción por el actor y, por consiguiente —ya que ello está en la naturaleza de la misma—, en el que igualmente realiza, en su oposición, el demandado.²¹

Se produce un verdadero "equilibrio de poderes": la acción ejercida por una u otra parte del proceso, sólo puede alcanzar su finalidad, a través del ejercicio de la jurisdicción. Ésta se ejerce en el cauce, dentro de los límites abiertos por la acción.

VIII. Algunas incidencias en la reglamentación procesal

A) Las soluciones "mixtas"

El predominio total del principio acusatorio, no se da prácticamente en ningún sistema jurídico positivo. Tanto en la materia penal, como en la aduanera y fiscal, por una parte, y en el resto de las materias en las que se dice (pero no siempre es así) que prevalece el interés de las partes, se tiende a un "equilibrio" de poderes "dinámico", del que está

²⁰ "Determinar los caracteres de la acción penal, es fijar los caracteres del proceso penal", dice D. GARCÍA RADA, *Instituciones de Derecho Procesal Penal*, ed. Studium, p. 26.

²¹ "Producida una lesión de derecho... el juez se pone en movimiento y no cesa en su actividad, hasta que no ha restablecido totalmente el orden quebrantado... su fórmula sería: 'Todo al juez y nada o casi nada a las partes'", COUTURE, *Curso de D. Procesal-Parte general*, ed. taq. Medina, Montevideo, 1941, p. 61. A su vez CALAMANDREI, *Linee fondamentali del processo civile inquisitorio*, núm. 11, recuerda que para los penalistas el proceso inquisitorio sería aquel en el cual "reunidas en el juez también las funciones de acusador y de defensor, el imputado cesa de ser un sujeto del proceso, para transformarse en objeto de la instrucción", *Studi di D. Processale in onore di G. Chiovenda*, p. 160. Ver en similar sentido, JOSÉ RODRÍGUEZ, *Elementos inquisitivos en el proceso civil venezolano*, especialmente cap. II, ed. Mérida, 1966.

ausente tanto la inercia del tradicional “juez —árbitro— de la lucha entre las partes”, como la absorbente figura del “juez-inquisidor” o del “juez-totalizador” del proceso.

De ahí que en la realidad de cada sistema jurídico, sea factible desentrañar los elementos que responden a los dos principios: “acusatorio” o de iniciativa predominante de las partes en cuanto al planteamiento de la “pretensión procesal penal” e “inquisitorio” o “inquisitivo”, que permite al juez —en teoría— construir, por sí mismo, dicho planteo.

Como de todos modos, aun con el predominio del “principio inquisitivo”, el proceso se configura con la presencia y actividad del tribunal, el acusador y el imputado (y defensor), además, se realiza a través de un heterogéneo procedimiento, pueden señalarse brevemente algunos de los aspectos del proceso en que puede aparecer la incidencia del “principio acusatorio”.

B) *Iniciativa del proceso (impulso para su comienzo)*

1. Naturalmente que la lógica aplicación del “principio acusatorio” lleva a atribuir al actor la iniciativa del proceso: *ne procedat iudex ex officio, nemo iudex sine actore*. Distinguiamos la “iniciación” de la presentación de la “demanda” o planteamiento de la “pretensión”, si bien en el juicio civil escrito tradicional suelen coincidir ambos actos.²²

En el oral, es diverso el momento del pedido de citación para la audiencia inicial en que habrá de plantearse la demanda y ésta.

2. En el proceso penal, la necesidad de intervenir apenas se tenga noticia del hecho ilícito, puede dar lugar, al menos para adoptar medidas de urgencia o preparatorias, a la intervención del juez de instrucción o de la policía judicial.

En esta materia se puede tener una drástica concepción (que compartimos): sólo importa la actuación en el juicio oral ante el tribunal y todo lo que precede es nada más que mera preparación, que requerirá la incorporación al proceso en aquella su oportunidad. En tal caso el problema jurídicamente pierde importancia, aunque la conserva desde el punto de vista práctico, y de ahí que generalmente se establezca la inmediata intervención del Ministerio Público.

Así J. A. Clariá-Olmedo en el *Proyecto de Código Uniforme en materia procesal penal* establece que: “El juez de instrucción que recibiere una denuncia, la transmitirá inmediatamente... al Agente Fiscal a fin de que proceda como corresponda, pidiendo además medidas urgentes, cuando sean evidentemente indispensables”,²³ tendencia predominante en los modernos Códigos Procesales Penales de Argentina, que deben su

²² V. en tal sentido, GUASP, *Derecho Procesal Civil*, 1956, p. 334, que considera una “anormalidad procesal civil, la iniciación por el tribunal, del proceso”.

²³ J. A. CLARIÁ-OLMEDO, *Proyecto de Código Uniforme en materia Penal*, Córdoba, 1966.

impulso a ilustres procesalistas, entre otros, en primera línea, A. Vélez Mariconde. En el Código de Córdoba, por ejemplo, se establece la posibilidad de alguna actuación previa por parte de la policía judicial, pero la instrucción judicial se hace en base a requisitoria fiscal (artículo 197).²⁴ También la policía judicial y el Ministerio Público realizan la averiguación previa según el Código de Procedimientos Penales para el Distrito y Territorio Federales (1931) de México (artículos 262 y siguientes) y el Código Federal de Procedimientos Penales (1934) de México (artículos 1-5, especialmente 2º).

3. En el Derecho de Uruguay se distinguen:

a) Lo que podríamos llamar las diligencias previas al auto de procesamiento, que dan lugar al mismo, que lo fundan en los hechos (delito infraganti o semi-plena prueba). Lo que se recoge en estas diligencias tiene sólo valor de antecedente, pero necesario (más aún, "presupuesto procesal" —*ut supra*—), para dictar el referido auto, pero carecen de toda trascendencia para el resto del proceso.

Aquí estamos en pleno dominio del principio inquisitivo, con la sola intervención del propio juez, aunque la Constitución establece que el presunto responsable tiene derecho a declarar en presencia del defensor (artículo 16);

b) Etapa del sumario, dominada también por el principio inquisitorio. El Ministerio Público y el defensor pueden sugerir pruebas, pero el juez no está obligado a diligenciarlas; sin embargo, aquéllos pueden fiscalizar todas las diligencias sumariales (artículo 16);

c) Ampliación sumarial, al término del sumario, en que las partes pueden proponer la prueba adecuada, cuyo diligenciamiento deberá hacerse por el juez;

d) Etapa de plenario que tiene lugar o no, según que se produzca o no la acusación del Ministerio Público; la parte del defensor puede solicitar la apertura a prueba.

Claro está que en la práctica ocurre todavía casi siempre que el juicio está prácticamente resuelto según lo que resulte del sumario. Podría generalmente "afirmarse que el plenario... (es) tan sólo una pura fórmula para dar publicidad a lo actuado en el sumario", a lo menos

²⁴ Sobre el C. de Córdoba V. la ed. *C. de Proc. Penal de Córdoba-Cordordado, Anotado y Comentado* por LAJE ANAYA Y PERALTA, Bs. As., 1965, con la doctrina y especialmente la *Exposición de Motivos* de S. SOLER y A. VÉLEZ MARICONDE (pp. 30-123). Una edición muy adecuada *Procedimiento Penal Mixto* de C. VÁZQUEZ IRUZUBIETA y R. A. CASTRO, reúne en "Tratado exegético" los Códigos Argentinos de Córdoba-Salta-S. Juan-Mendoza-Catamarca-La Rioja-Jujuy-Sgo. del Estero y La Pampa, Bs. As., 1969, t. I; V. igualmente, R. LEVENE, *Manual de Derecho Procesal Penal*, Bs. As., 1967, cap. VIII y ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO y LEVENE, *Derecho Procesal Penal*, II, p. 216 y conc.

en lo que a prueba se refiere, sin perjuicio de que en el plenario se establezca el planteamiento de la pretensión y de la defensa.^{25, 26}

En el plano del "principio acusatorio", tal vez el problema más importante radica en determinar si puede admitirse (atento a la norma constitucional, artículo 22, ya recordada: todo juicio criminal, empezará por acusación . . .", artículo 22) que el auto de procesamiento se dicte en caso de *infraganti* delito, según el C. Intr. Crim. (artículos 144 y 146), sin solicitud especial del Ministerio Público.

Aunque, como se vio supra, la norma constitucional interpretada al pie de la letra no se refiere a este momento del proceso, no se trata aquí de medidas preparatorias (como en el pre-sumario), sino de una verdadera etapa del proceso, la que le da inicio, a través de la cual se constituye el proceso (la relación procesal), justamente en base al auto de procesamiento.²⁷

Parece claro que una aplicación congruente del principio acusatorio, lleve a exigir la iniciativa del Ministerio Público para el procesamiento, esto es, para la constitución del proceso. En el *procedere* del juicio, esa iniciativa o requisición será "presupuesto formal" del auto de procesamiento y, más allá, del acto de acusación.

C) *Constitución de la relación procesal*

Como acaba de señalarse, se entiende congruente con el principio acusatorio, que la constitución de la relación procesal (constitución del actor; planteamiento al tribunal; integración del demandado en el proceso a través de éste) surja por iniciativa del actor. Aquí sí cabe, con mayor razón que en el primer aspecto: si no hay impulso para la constitución del proceso, éste no podría formarse con los tres sujetos esenciales que lo integran.

Para la acusación y para la sentencia se requiere el proceso y, por ende, la constitución e integración adecuada del mismo. A su vez, la presentación de la "demanda-acusación" sustenta el conjunto del proceso, que desaparecería en caso contrario.

D) *Disposición del proceso*

En sentido negativo, esto corresponde a la constitución del proceso; vale decir que cabe disponer del proceso por la parte que, al acusar, lo hace posible o lo sustenta ("modos anormales de concluir el juicio"; remisión, cuando corresponde; sobreseimiento pedido por el Ministerio Público; etcétera).

²⁵ E. AGUILERA DE PAZ, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Madrid, 1924, III, pp. 218-19; v. también pp. 7 y ss.

²⁶ Sobre el régimen de Uruguay, v. R. MORETTI, *Apuntes de Derecho Procesal*, IV, especialmente cap. V, VII y VIII; J. A. ARLAS, *Derecho Procesal Penal*, ed. 1966, I, cap. III.

²⁷ GELSI, *Interrupción de la prescripción: proceso penal previo y emplazamiento*, en "Rev. Fac. Der y C. S.", Montevideo, 1967, núm. 3-4, pp. 627-37.

Aunque generalmente se habla y conceptualmente esto es exacto, de un "principio dispositivo" separable del "acusatorio"²⁸ aquél aparece como consecuencia, si no necesaria, al menos lógica, de la aplicación de éste.

E) *Situación del imputado y posición de las partes en el proceso*

1. El problema del imputado en el proceso penal es muy complejo, no porque sea, en cierto sentido, "objeto" del de aquél, como a veces se dice, dado que el hombre nunca puede ser "objeto" para el Derecho. Pero es exacto que, teniendo en cuenta las normas sustantivas a aplicar, la finalidad última que se busca en el proceso es —si X es autor de tal ilícito— no sólo declararlo así y condenarlo a sufrir determinadas medidas, sino que éstas se cumplan para su "rehabilitación social" y para "defensa de la sociedad misma" (ejecución). Por ende, se trata de una "parte" que puede requerir un tratamiento especial, para evitar, en cuanto a la etapa de ejecución, un peculiar *periculum in mora*.

En definitiva, por un lado se trata de la reglamentación de la libertad personal del demandado durante la duración del proceso. Y es exacto decir con A. Vélez Mariconde que hay que

impedir que el legislador olvide la verdadera condición del imputado, su derecho a la libertad personal y la naturaleza cautelar que siempre debe tener la detención de quien no ha sido declarado culpable; ... la mayor dificultad con que tropieza el legislador, deriva de la mentalidad inquisitiva que reina en la mayoría de nuestros países, justificada por leyes arcaicas y sustancialmente divorciadas de los principios liberales que establecen nuestras Constituciones.²⁹

Por otra parte, desde el punto de vista del Derecho Procesal, lo que está en primer plano, es la condición de parte que reviste el imputado, como demandado en el proceso, que reclama la aplicación del "principio de igualdad de las partes en el proceso", especificación, para esa situación jurídica especial, del "principio de igualdad de las personas ante la ley" (procesal).

2. En lo referente a la reglamentación de la libertad, la tensión de los dos criterios aludidos (1º el proceso se hace para defender a la sociedad y para rehabilitar socialmente al imputado en la eventualidad de que sea condenado; 2º el imputado es la parte demandada) lleva a soluciones que resultan claras en un plano estrictamente técnico:

²⁸ BELING, ob. cit., p. 27.

²⁹ A. VÉLEZ MARICONDE, *La libertad provisional del detenido, como derecho y como institución de prevención criminal*, núm. 5, Comunicación a la IV jornada Interamericana de D. Procesal, Caracas-Valencia (Venezuela), 27, III, 3, IV, 1967.

a) La preferencia tiene que ser por la libertad, atento a claros preceptos constitucionales (derecho a la libertad);

b) La restricción a la libertad debe limitarse a las necesidades procesales: el mantenimiento del proceso (en los sistemas jurídicos que, como el de Uruguay, no admiten el proceso criminal en rebeldía (Constitución, artículo 21); la realización de pruebas (verbigracia confesión, careo, etcétera); eventualmente, la etapa de ejecución (asegurar el cumplimiento de la sentencia de condena). Para el proceso, la pérdida de libertad debe encararse, esencialmente, como una medida cautelar.³⁰

El enfoque del problema desde el punto de vista de la "prevención criminal", no puede sobreponerse a la naturaleza procesal propia de la medida (su calidad "cautelar" o "precautoria") y, por lo demás, lo que importa es asegurar un justo proceso y una efectiva ejecución y no una prisión inmediata a eventuales condenados que pueden resultar absueltos.

Desde el punto de vista procesal, la colaboración a la "prevención criminal" radica en la efectiva abreviación de los juicios: justicia real y efectiva.

3. En cuanto a la posición del "imputado-demandado", desde este segundo punto de vista, a menos que la consagración del "principio acusatorio" quiera significar una mera transferencia técnica (a otro órgano del Estado) de los omnímodos poderes del "juez-inquisidor", en cuyo caso entendemos que disminuyen las garantías del imputado,³¹ la adopción del "principio-acusatorio" como vuelta al proceso en el sentido clásico de re-distribución y equilibrio de poderes de los tres sujetos principales, debe tener como consecuencia, si no necesaria, al menos adecuada, un aumento de poderes del demandado y una equiparación del mismo con los del acusador.

Desde el punto de vista de la integración de la "parte procesal demandada" y de su posible actuación en el proceso, esto requiere darle al defensor un estatuto que equipare al "demandado penal" con el demandado en los procesos no-penales y, fundamentalmente, civiles; de esa manera se superan, prácticamente, las dificultades, de otro modo insuperables, del imputado sujeto a prisión preventiva.

Vale decir que al defensor (*ut supra*) habrá de reconocérsele la condición jurídica de:

³⁰ Pudo notarse una sugestiva coincidencia en los trabajos presentados sobre este problema a las IV Jornadas Latino Americanas de Derecho Procesal (Caracas-Valencia, Venezuela, 27, III, 3, IV, 1967): Sergio GARCÍA RAMÍREZ, *La libertad provisional del inculcado*, núm. 1-2; Martha JARDI ABELLA, *La libertad provisoria del detenido como derecho y como instituto de previsión criminal*, núm. 9; Héctor NIEVES (igual título), V. *in fine*, pp. 17-18; A. VÉLEZ MARICONDE (igual título), núms. 4, 5, 6 y 8.

³¹ Para un replanteo histórico del "sistema inquisitivo" releer las páginas de MANZINI, *Trattato*, ob. cit., I, cap. I, núm. 7.

- a) Asistente al imputado, actuando de consuno con él;
- b) Representante "voluntario" cuando es designado por él mismo y actúa sin la directa intervención del imputado;
- c) Representante "legal-judicial", si es designado por el tribunal, sin directa intervención del imputado;
- d) "Gestor" de la defensa, en ciertos casos límites (por ejemplo apelación de la sentencia definitiva) en que conviene mantener la diferenciación entre ambos, para una mayor defensa del imputado.

4. Con relación a la actividad de las partes en el proceso, no compartimos el punto de vista de que —por la defensa social— debe restringirse la actuación y el conocimiento de las partes de la marcha del proceso. Sólo son realmente "partes" (en el sentido de que toman parte, participan), si pueden seguir (conocimiento, noticia y fiscalización, vigilancia) la marcha del proceso.

En tal sentido creemos adecuada la solución de Uruguay:

- a) Secreto (relativo, pues siempre existe el posible acceso al juez, del "defensor oficioso") en las "diligencias preparatorias del auto de procesamiento", lo que se denomina en el medio forense "pre-sumario";
- b) Diligencias a cargo del juez y no del Ministerio Público, pues seguimos entendiendo que el enfoque orgánico o institucional de éste lo coloca, naturalmente, en una posición unilateral frente al problema y de oposición frente al imputado;³²
- c) Posible intervención del defensor en la declaración previa al procedimiento del que resulte señalado como eventual imputado (artículo 16 constitucional), aunque esto *no* se cumple en la práctica;
- d) Ineficacia total de dichas diligencias para el resto del proceso.

En el resto del proceso (ver *supra* B-3) hay plena "publicidad interna", o sea que las partes tienen pleno acceso al conocimiento y a la participación fiscalizadora de las actuaciones, incluso en la etapa inquisitoria del sumario.

Creemos que la reforma del futuro (como surge de lo que procede y de trabajos anteriores), debería establecer:

- a) Preparación del juicio oral;
- b) Juicio oral.

Pero, de persistir la actual reglamentación, sin perjuicio del predominio del "principio inquisitorio" (dirección judicial; libre iniciativa en el diligenciamiento de la prueba; participación necesaria del juez en dicho diligenciamiento), debería admitirse la colaboración de las partes

³² FOSCHINI, ob. cit., pp. 59-60, señala una incongruencia en considerar al M. P. como "parte *sui generis*", es decir, como aquel absurdo que es llamada 'parte imparcial', concepto que debiera mover a risa y basta por sí solo a demostrar la incongruencia e ilogicidad del sistema actual" italiano (1961).

en el planeamiento de la prueba, fijando al efecto un lapso dentro del sumario, estableciendo que la proposición deba efectuarse en audiencia, para facilitar el planeamiento del sumario y coordinar la iniciativa fiscal, la defensa y la dirección judicial.

F) *Impulso procesal*

El "principio acusatorio" se compecede más bien con el impulso de parte, especialmente de la parte actora, que con el impulso de oficio —tanto para la realización de los diversos actos procesales, como para el pasaje de una a otra etapa procesal (acusación; recursos).

Una visión más "comunitaria" del proceso, en el que están los tres sujetos esenciales "interesados", debería llevar a admitir el predominio del impulso de parte, para pasar de una a otra etapa, y la coordinación de los tres dentro de las mismas, eliminando no sólo al imputado inerte, sino también al "imposible-tribunal", más acorde con el juez del juego, que no participa en éste, que con el juez del proceso, que debe realizar la actividad definitiva del mismo, como su protagonista y no como espectador.

G) *Límites de la decisión del proceso*

Este punto —lo hemos dicho— es crucial en la aplicación del "principio acusatorio" y "al pie de la letra" incluso podría reducirse a él. Ya señalamos que, en nuestro entender, la cuestión se plantea en la tradicional relación "pretensión-procesal"- "sentencia", que será necesario aplicar, de acuerdo con las normas positivas vigentes en cada país.

Habrá que tener en cuenta los criterios normalmente concurrentes del *nemo iudex sine actore* y, por ende, no fallar *ultra petita*, con la complejidad que plantea la tipificación penal, rígida, y la fijación de mínimos y máximos de pena, por una parte, y el *jura novit curia*, por otra.

En todos estos problemas de adecuación del "principio acusatorio", no se debe caer en el error de ponerse por delante un modelo (lucha entre partes ante el árbitro imposible) que afortunadamente ya no se considera tal por la doctrina e incluso por muchas legislaciones. El modelo que llamamos "comunitario" de efectiva participación de los tres sujetos procesales básicos, parece responder mejor a la noción del proceso y a las necesidades de los tiempos.³³

IX. *Conclusiones sobre significación y posible alcance del "principio acusatorio"*

1ª *El "principio acusatorio" contribuye a integrar subjetivamente el proceso, conforme a su naturaleza.*

³³ Véase en tal sentido GELSI, *Proceso y época de cambio*, Comunicación a las IVas. Jornadas L. A. de D. Procesal, en "Rev. Iberoamericana de D. Procesal", Madrid, 1968, núm. 2, pp. 65-89, en especial, pp. 88-89.

La significación (la importancia, el sentido) que puede reconocerse al "principio acusatorio" en la estructuración del proceso penal, depende del modo de encararlo.

Si se le adopta como un absoluto, la "lógica del sistema" conduce a organizar el proceso con un juez fundamentalmente espectador hasta la etapa de sentencia; un imputado en plano inferior a la parte actora; un actor-acusador que, además de pre-delimitar el alcance del fallo, tiene facultades preponderantes en la investigación de los hechos que fundan la acusación.

Si, en cambio, se le encara en el ámbito del proceso, recordando que es de la esencia de éste la integración tripersonal, la mutua correlación y la mancomunidad de actividades hacia un resultado común, el "principio acusatorio" marca:

a) Una orientación que en contraste con la del "principio inquisitorio", procura subrayar la importancia de las partes en el proceso (a través de la parte que lo promueve), y

b) Una estructuración efectiva del proceso, en base a la intervención adecuada de los tres sujetos principales, eliminando el "exceso de poder" del tribunal, más que en el sentido de atenuar las facultades que como autoridad le corresponden —en el sentido, más propio, de evitar su intromisión en el ámbito característico de las partes (acusación y defensa).

2ª El "principio acusatorio" implica una especialización en el cumplimiento de actividades fundamentales en el proceso (acusación, defensa, fallo y las demás necesarias para su realización), con claras consecuencias:

a) En la "organización", al obligar a un desarrollo adecuado de los tribunales por una parte y del Ministerio Público por otra (si prevalece, como en la mayoría de los sistemas jurídicos, el principio del acusador-oficial);

b) En la "investigación de los hechos que importan al proceso", aportando una pluralidad heterogénea de enfoques, que beneficia tanto a la indicación de aspectos diferentes de los acontecimientos, como a la proposición de nuevos medios de prueba y a los diversos puntos de vista para su interpretación y valoración;

c) En la justicia del fallo, al contribuir a la imparcialidad del juez.

No porque se piense que "el investigador del crimen" (pero no lo es, sino de lo que ha ocurrido realmente y a raíz de lo cual se dice que se ha delinquido de X manera y por Z) tiende a la parcialidad.

La imparcialidad es un estado de espíritu que depende de muchas circunstancias, según los hombres-jueces, pero la ley tiene que crear las mejores condiciones para que pueda darse en la realidad.

Contribuye a ello lo indicado *sub b)*, por la ampliación del horizonte, tanto en la dirección de la investigación, como en los hechos concretos a los que se llegue y el hecho de que participen varios sujetos —con responsabilidad— en la investigación, particularmente si la enfocan desde diferentes puntos de vista. La dialéctica tiene importancia en la determinación de la verdad, porque ésta es compleja y difícilmente puede abarcarse con un solo enfoque.

Además, porque difícilmente en un mismo hombre podrán darse, con la misma excelencia, las facultades necesarias para el ejercicio de esas a veces contrapuestas actividades, máxime en relación con un mismo asunto, en el que puede sentirse inclinado el juez, hacia el ejercicio de alguna de ellas en particular.

3ª *En el plano de las garantías de los derechos humanos, el “principio acusatorio” parece dar mejores posibilidades para su afianzamiento:*

a) La sola división personal entre acusador y sentenciante, facilita el mutuo contralor, sin contar con que,

b) La consagración de aquél trae por lógica (“de sistema”) consecuencia, el afianzamiento de los derechos de la defensa frente al acusador y ante el juez, para que éste resuelva.

4ª *La consagración del “principio acusatorio” integrado en el “proceso de tres sujetos esenciales” parece responder mejor a algunas orientaciones de nuestra época, especialmente:*

a) En el plano de la doctrina procesal, a la unificación del proceso, en sus categorías dogmáticas y en sus realizaciones legislativas;

b) En el dominio socio-jurídico, a la orientación de sustituir: la autoridad “paternalista” (que todo lo hace para el mayor bien de sus subordinados) por la autoridad que resuelve después de haber dialogado; las instituciones que reúnen individuos actuando paralelamente, por las instituciones —“estructuras” que procuran una actuación común y conjunta, en pro de fines comunes, para que, aunque encarándolos desde diferentes puntos de vista, se aprecien y encarnen por todos, determinados valores de la comunidad.