

# ***La reforma estructural del proceso penal y la elección del modelo a seguir \****

**Juan-Luis Gómez Colomer**  
Catedrático de Derecho Procesal  
Universidad Jaime I de Castellón (España)

## ***Sumario:***

**I. Sobre conceptos previos:** a) Finalidad de esta investigación; b) Doctrinas avanzadas sobre el término “acusatorio”; c) Buscando el término en el modelo; d) Los detalles de lo encontrado.- **II. Las claves del proceso penal federal norteamericano:** a) La formación política de los Estados Unidos; b) Razas, ideologías y religiones; c) Grandeza geopolítica; d) Inmenso potencial económico; e) Las líneas esenciales del proceso penal federal.- **III. El sistema: “Adversarial System”:** a) Origen; b) Significado; c) Características.- **IV. El principio: “Due Process of Law”:** a) Fundamento constitucional; b) Origen y desarrollo histórico; c) Funciones; d) Contrastes.- **V. La regla: “Fairness”:** a) Concepto; b) Contenido.- **VI. La posible recepción del modelo en España:** a) Un único sistema posible, el sistema acusatorio; b) Varios tipos de proceso penal acusatorio; c) *Due process of law* es nuestro derecho constitucional al proceso con todas las garantías; d) *Fairness* es nuestro derecho al proceso justo entre iguales ante un tribunal imparcial; e) La no necesidad del principio acusatorio; f) La ayuda de los demás principios y garantías procesales; g) Las grandes diferencias estructurales y la reforma en España.- **VII. En resumen.**

---

\* Artículo publicado por mí con el título *Adversarial System, proceso acusatorio y principio acusatorio: Una reflexión sobre el modelo de enjuiciamiento criminal aplicado en los Estados Unidos de Norteamérica*, en la Revista española Poder Judicial número especial XIX dedicado a “Propuestas para una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal”, dirigida por el Prof. Dr. D. Faustino Gutiérrez-Alviz y Conradi, Vocal del CGPJ, Madrid 2006, págs. 25 a 77; y con ampliaciones y correcciones con el título *La influencia del modelo adversarial anglosajón de enjuiciamiento criminal en la futura reforma procesal penal española*, Revista de Derecho Procesal Penal (Argentina) 2007, núm. 2 (“La actividad procesal del Ministerio Público Fiscal - I”), págs. 83 a 149.

Véanse también para precisiones concretas GÓMEZ COLOMER, J.L., *La reforma del proceso penal en España: Hacia una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal acusatoria, ventajas y riesgos*, México 2008, en prensa; y GÓMEZ COLOMER, J.L., *Hacia una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal acusatoria pura española: Pros y contras del modelo*, Revista Penal (España) 2007, núm. 20, págs. 74 y ss.

Doy por reproducidos todos agradecimientos a instituciones universitarias oficiales y a compañeros y personas que constan en dichos textos.

## ***I. Sobre conceptos previos***

Se habla últimamente mucho de principio acusatorio y sobre todo de potenciar al máximo el principio acusatorio como eje de una futura y totalmente nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal en España. Pero creo que no es un término claro o, al menos, se utiliza en tantos contextos distintos y con tantas variantes interpretativas que parece una institución tan omnipresente, tanto en la teoría como en la práctica, como difuminada. Pero nada en Derecho suele ser siempre claro sin discusión, tampoco lo es qué se entiende por acusatorio y, sobre todo, qué sustantivo califica y por qué, y finalmente qué funciones debe cumplir en un proceso penal moderno.

**a) Finalidad de esta investigación:** La finalidad de este escrito es por ello realizar una modesta reflexión y, en la medida de lo posible, sembrar dudas razonables, teniendo en cuenta que estoy formado en el sistema legal de la Europa continental y por tanto que contemplo los problemas de los que voy a hablar con ojos acostumbrados a ver el *civil law*, sobre si es correcto que una futura Ley de Enjuiciamiento Criminal española se tenga que basar en lo que se conoce como principio acusatorio y en un juicio oral y público. Estos principios (acusatorio y oralidad-publicidad) son los dos estandartes de la reforma procesal penal en muchos países que tenían procesos penales inquisitivos, sobre todo en América Latina, tal y como se aplican directamente en el sistema anglosajón de enjuiciamiento criminal y, más en concreto, en el proceso penal federal norteamericano, espejo en el que se miran todos los legisladores hoy. Y para el caso de que lleguemos a la conclusión de que no debe basarse en ese modelo, meditar sobre si debe fundarse la reforma de manera distinta en una evolución a mejor, es decir, en un perfeccionamiento de nuestro propio sistema acusatorio formal o mixto asentado en sus orígenes en el código napoleónico de 1808, pero con la rica experiencia de nuestra tradición, dando un salto cualitativo hacia un proceso penal más garantista y más empeñado en obtener una sentencia justa, sin descuidar los otros fines del proceso penal, particularmente la adecuada protección y resarcimiento de las víctimas.

La tendencia clara hoy es fijarse en el modelo acusatorio que representa el proceso penal norteamericano<sup>1</sup>. No hacen falta muchos datos ni citas para corroborar esta afirmación,

---

<sup>1</sup> Esto explica que gran parte de este artículo haya sido elaborado *in situ*, gracias a la concesión del proyecto de investigación “El principio acusatorio como eje de la reforma procesal penal: Su verdadero significado y su

basta con atender a las reformas procesales penales más importantes que en nuestro entorno cultural se han producido para constatarlo. Así pues, volver los ojos hacia los Estados Unidos de Norteamérica y su sistema de enjuiciamiento criminal (federal) en cuyo seno se desarrolla un proceso acusatorio con juicio oral y público de manera muy auténtica o pura, parece hoy inevitable, y por esto mismo también lo debería ser el fijarnos, yendo más lejos, en los países que en Europa han aceptado ese modelo con mayor o menor profundidad (como Alemania<sup>2</sup> e Italia<sup>3</sup>), o en América Latina<sup>4</sup>, lo cual no quiere decir que ello por sí sólo justifique la copia del sistema, eso nunca. En este sentido, creo que previamente, para tomar una decisión acertada sobre si debemos tomar el modelo norteamericano o no, y si decidimos adoptarlo, si lo vamos a hacer por completo o, por el contrario, sólo las instituciones válidas del mismo, es necesario conocer qué se entiende por acusatorio en aquel país, pues difícilmente vamos a construir un nuevo proceso penal, o un proceso penal más evolucionado con base en el carácter acusatorio tal y como se entiende en los Estados Unidos, si no se sabe muy bien qué es allí.

---

omnipresente aplicación práctica”, subvencionado por el Ministerio de Ciencia y Tecnología (núm. BJU2002-01151), dentro del Programa Nacional de Promoción General del Conocimiento, y complementado por la Fundación Caixa Castelló-Bancaixa y la Universitat Jaume I de Castellón (núm. P1 1B2002-03), de los que soy investigador principal. Los materiales los recopilé personalmente, así como valiosísima información, con ocasión de dos estancias de investigación a finales de 2003 y en 2004, en el *Center for the Administration of Justice*, de la *Florida International University* de Miami (USA). Agradezco enormemente a su director, el Prof. Dr. D. Luis Salas Calero, su decisiva orientación inicial, absolutamente necesaria ante la ingente jurisprudencia y bibliografía norteamericana, así como sus profundos y certeros comentarios a la versión pre-definitiva de este texto. Es de justicia agradecer también a la subdirectora del *Center*, la Dra. Ana Teresa Carazo Johanning, su valiosísima ayuda para que la estancia tuviera lugar, y a mis discípulas, la Dra. Andrea Planchadell Gargallo, Profesora Titular de Derecho Procesal de la Universitat Jaume I de Castellón, la Dra. María-Angeles Pérez Cebadera, Profesora Contratada Doctora de Derecho Procesal de la Universitat Jaume I de Castellón, y la Lcda. Ana Beltrán Montoliu, Profra. Ayudante de Investigación de Derecho Procesal de la misma Universidad, su inestimable colaboración previa en la búsqueda de los materiales de partida para que esta investigación fuera posible.

<sup>2</sup> Véase GÓMEZ COLOMER, J.L., *El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas*, Ed. Bosch, Barcelona 1985, págs. 31 y 47.

<sup>3</sup> Véase un resumen en VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, M., *El nuevo proceso penal italiano*, Documentación Jurídica 1989, núm. 61, Ed. Ministerio de Justicia, Madrid 1989, págs. 13 a 15. Recomiendo la atenta lectura de la *Introduzione* de CONSO, G. / GREVI, V. (coord.), *Compendio di Procedura Penale* (2ª ed.), Ed. Cedam, Padova 2003, págs. XIII y ss. Existe no obstante la tendencia en la Italia actual de eliminar las manifestaciones extremas del principio acusatorio, volviendo a la tradición italiana, lo que explicaría las innumerables reformas habidas desde su entrada en vigor, poco acusatorias. V. también GUTIÉRREZ RELINCHES, A., *La acusación en el proceso penal italiano. El papel del Ministerio Público y de la víctima*, Ed. Colex, Madrid 2006, págs. 21 y 22.

<sup>4</sup> Por ejemplo, Nicaragua, que es el último país latinoamericano que se ha adherido a esta tendencia aprobando en 2001 su nuevo Código Procesal Penal, entrado totalmente en vigor a finales de 2004, v. GÓMEZ COLOMER, J.L., *Sistema acusatorio puro y reforma procesal penal: El ejemplo de Nicaragua*, en GÓMEZ COLOMER, J.L. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., „Terrorismo y Proceso Penal Acusatorio“, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2006, págs. 339 y ss.

**b) Doctrinas avanzadas sobre el término “acusatorio”:** De entrada he de decir que en Europa y en América Latina se habla sobre todo de principio acusatorio y que llevamos ya muchos años oyendo hablar de él, del principio acusatorio, sin apellidos, es decir, del acusatorio puro, como eje de la definitiva reforma del proceso penal, la que creemos, un poco ingenuamente pienso yo porque no va a depender sólo de eso, ni muchísimo menos, que nos pondrá para siempre a la cabeza de aquellos países que tienen en sus leyes procesales penales una prueba y manifestación de verdadera democracia, de verdadera libertad. Pero en realidad, siendo sinceros, no sabemos muy bien qué es eso del principio acusatorio o, al menos, no tenemos muy claro de qué estamos hablando exactamente.

Esto no lo digo yo, lo dicen reputados autores de valía intelectual incuestionable. En España, por ejemplo, lo ha afirmado con rotundidad MONTERO AROCA en varios escritos sobre la materia<sup>5</sup>. En esencia, sostiene este autor que el principio acusatorio es un concepto

---

<sup>5</sup> Son los siguientes en concreto, ordenados cronológicamente, todos ellos de MONTERO AROCA, J.:

- *El principio acusatorio. Un intento de aclaración conceptual*, en Revista Justicia 92, núm. IV, págs. 775 y ss. (publicado también en *Últimas reformas procesales en la legislación nacional y extranjera en el proceso penal: principio acusatorio*, VIII Encuentro Panamericano de Derecho Procesal, Córdoba 1993, págs. 175 y ss.);

- *La garantía procesal penal y el principio acusatorio*, La Ley 1994, t. I, págs. 973 y ss. (publicado también en el Seminario *Justicia y Sociedad*, México, 1994, págs. 525 y ss., y en “Ensayos de Derecho Procesal”, Barcelona, 1996, págs. 581 y ss.);

- *La incompatibilidad de funciones en el proceso (crítica de la jurisprudencia del TEDH sobre imparcialidad judicial y del texto del CEDH sobre incompatibilidad de funciones en el mismo proceso)*, Ponencia para el Coloquio Internacional sobre “Processi di integrazione e soluzione delle controversie: Dal contenzioso fra gli Stati alla tutela dei singoli”, 7-9 de septiembre de 1999, publicada en “Roma e America. Diritto Romano Comune. Rivista di Diritto dell’Integrazione e Unificazione del Diritto in Europa e in America Latina” 2000, núm. 9, págs. 99 y ss.;

- *Derecho Jurisdiccional, I. Parte General* (9.<sup>a</sup> ed.), con GÓMEZ COLOMER, MONTÓN REDONDO Y BARONA VILAR, Valencia 1999, págs. 351 y ss., y *Derecho Jurisdiccional, III. Proceso Penal* (8.<sup>a</sup> ed.), con GÓMEZ COLOMER, MONTÓN REDONDO Y BARONA VILAR, Valencia 1999, págs. 11 y ss. (también en las *Contestaciones al programa de Derecho Procesal Penal para acceso a las carreras Judicial y Fiscal*, 1.<sup>a</sup> ed., con FLORS MATÍES y L. EBRI, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 1997, pp. 14 y ss. Estos libros están hoy el *Derecho Jurisdiccional* en la 14.<sup>a</sup> ed. de 2005 y las *Contestaciones* en la 4.<sup>a</sup> ed. de 2003);

- *Principios del proceso penal. Una explicación basada en la razón*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 1997, págs. 187 y ss.;

- *Sobre la imparcialidad del Juez y la incompatibilidad de funciones procesales (El sentido de las reglas de que quien instruye no puede luego juzgar y de que quien ha resuelto en la instancia no puede luego conocer del recurso)*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 1999, págs. 246 y ss.;

poco claro, resultado de la confusión histórica que se produce al calificar como “acusatorio” a todo un sistema de aplicar el Derecho Penal enfrentado a otro sistema que sería el inquisitivo. Lo que no puede es hablarse de proceso acusatorio como una clase de proceso, y de proceso inquisitivo como otra clase, pues ello implica desconocer lo que es el proceso en sentido estricto. Decidido que el Derecho Penal se aplica por medio del proceso, es obvio que éste sólo puede ser acusatorio, pues el llamado proceso inquisitivo no es realmente un verdadero proceso, sino un mero procedimiento administrativo, carente de las garantías propias del proceso, por lo menos conforme se configura esencialmente en las constituciones. Ninguna constitución de un país libre admitiría como constitucional un “proceso” en el que el juez fuera, al mismo tiempo, el acusador.

Por ello es por lo que siendo precisos en el lenguaje y ciñéndose a la técnica jurídica, MONTERO AROCA sostiene que una cosa fue que en el pasado el Derecho Penal se aplicara por medios no procesales (el llamado sistema inquisitivo, que no era un proceso), y otra cosa es que en la actualidad se pretenda distinguir entre lo inquisitivo y lo acusatorio, como clases de procesos. Y tanto es así que llega a afirmar que “proceso inquisitivo” es una *contradictio in terminis*, y “proceso acusatorio” un pleonismo, pues el calificativo acusatorio no añade nada a la palabra proceso a la hora de identificar el sistema de aplicación del Derecho Penal. Si ese sistema es el procesal no puede dejar de ser acusatorio, y este es el único sistema que puede aceptarse en un país en el que se pretenda que la libertad es principio determinante de la organización del sistema judicial y del modo de actuar de sus órganos. ¡Ahí es nada, añadido!

MONTERO AROCA llega por tanto a la conclusión, a mi juicio premonitoria, después de una perceptible evolución, de que referirse al principio acusatorio sería hablar de nada, porque no tiene sentido si usamos con propiedad las palabras y somos rigurosos en

---

- *El juez que instruye no juzga (La incompatibilidad de funciones dentro del mismo proceso)*, en La Ley, 16 de febrero de 1999; y después en *Proceso (civil y penal) y garantía. El proceso como garantía de libertad y de responsabilidad*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2006, págs. 517 y ss.;

- *El significado actual del llamado principio acusatorio*, en GÓMEZ COLOMER, J.L. / GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., (coord.), “Terrorismo y proceso penal acusatorio” Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2006, págs. 311 y ss.; y, finalmente

- *Principio acusatorio y prueba en el proceso penal. La inutilidad jurídica de un eslogan político*, en GÓMEZ COLOMER, J.L. (Director), “Problemas modernos y complejos de la prueba en el proceso penal”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2007, en prensa.

explicar su contenido. Si usando la expresión “principio acusatorio” se quiere determinar un rasgo esencial del proceso, ese rasgo (y principio) es inútil, pues el proceso sólo puede ser acusatorio. Sin embargo, y el propio autor creo que es consciente de ello al referirse al significado “actual” del principio, sostener esta opinión equivaldría a pretender, si no a acabar con él, al menos a orillar de manera ostensible uno de los principios procesales penales que están más arraigados en la doctrina que pretende explicar el sistema de enjuiciamiento criminal europeo continental, y por tanto también el español. De ahí que finalmente opte, dado el estado legal, jurisprudencial y doctrinal en que se encuentra hoy en día la cuestión, por admitir la expresión “principio acusatorio”, pero entendida en un sentido muy estricto: Principio acusatorio sería aquél que en el proceso penal está encargado de garantizar la imparcialidad del juzgador, y, para dotarlo de un contenido muy riguroso en esa línea, propone que en su virtud se entiendan bajo esta denominación sólo estos tres significados: a) Que no pueda existir proceso sin acusación, a formular por persona distinta a quien va a juzgar (que recoge la máxima “el que juzga no puede acusar”)<sup>6</sup>; b) Que no quepa condena por hechos distintos de los reflejados en la acusación, ni contra persona distinta de la acusada (que es un tema de fijación del objeto del proceso penal); y c) Que el juez no pueda tener facultades de dirección material del proceso, por tanto, que ni pueda aportar hechos ni prueba de oficio (es decir, que el juzgador debe ser tercero en el proceso)<sup>7</sup>. Contenido que el propio autor matiza algunas veces en su momento oportuno, en lo que ahora no entro.

¿Qué hacer entonces, cómo afrontar esta espinosa cuestión claramente opuesta al pensamiento actual; opinar frente a este autor que es acusatorio todo, el sistema, el proceso y el principio, o que no es acusatorio nada; seguir el pensamiento cómodo, olvidarnos de MONTERO AROCA y despacharnos con cuatro líneas para decir que no tiene razón; o, muy al contrario, profundizar en su pensamiento y contribuir a sacar provechosas lecciones de este magisterio?

---

<sup>6</sup> Que el autor ha desarrollado en MONTERO AROCA, J., *El Juez que instruye no juzga*, en MONTERO AROCA, “Proceso (civil y penal) y garantía. El proceso como garantía de libertad y de responsabilidad”, cit., págs. 517 y ss.

<sup>7</sup> Este punto ha sido tratado con detalle por el autor en MONTERO AROCA, J., *La incompatibilidad de funciones en el proceso (crítica de la jurisprudencia del TEDH sobre imparcialidad judicial y del texto del CEDH sobre incompatibilidad de funciones en el mismo proceso)*, en MONTERO AROCA, J., “Proceso (civil y penal) y garantía. El proceso como garantía de libertad y de responsabilidad”, cit., págs. 659 y ss.

De entrada creo que la aseveración del catedrático y magistrado de Valencia (España), cuando afirma que el principio acusatorio en realidad es nada hoy, corre peligro de no entenderse muy bien en estos momentos, pero que realmente podría fructificar a mediados de siglo, es decir, en los próximos 40 años, y no ahora, cuando la nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal española, si finalmente se aprobara en el año 2010, llevara dos generaciones de juristas aplicándose y se viera de una vez que lo importante es el sistema y no el proceso o el principio. Pero volviendo a este año, es inevitable, y hay un buen grado de sorpresa en ello, preguntarse cómo es que ha sucedido esto, y cómo es que prácticamente toda la doctrina procesal penal europea no ha caído en la cuenta aparentemente de que la construcción dogmática del principio acusatorio (la doctrina francesa, la alemana y la italiana consideran por lo general en sus escritos, sin ambages, el *principe accusatoire*, el *Anklagegrundsatz*, y el *principio acusatorio*), puede ser, es seguramente, bastante endeble, por no decir que no se puede sostener de ninguna manera al carecer de una utilidad concreta. Evidentemente, si MONTERO AROCA tiene razón, se ha producido un grave error conceptual, pero no sólo dogmático, también de trascendentales consecuencias prácticas, que conforme se ha ido arrastrando en el tiempo se ha ido engrandeciendo.

**c) Buscando el término en el modelo:** Por ello me pregunto si acaso los problemas de interpretación con el principio acusatorio no habrán surgido cuando se hicieron, o se están haciendo, porque estamos ante actos continuados, los primeros intentos de traslación del modelo de enjuiciamiento criminal que rige en Estados Unidos, tanto en el proceso penal federal como en los procesos penales de los 50 Estados más en el del Estado Libre Asociado de Puerto Rico. Es decir, por las fechas en que se empezó a pensar en las reformas más trascendentes e importantes, en Alemania desde principios de los años 70, en Italia desde finales de los años 70, y en España desde los años casi 90.

Sabemos todos que el sistema de enjuiciamiento criminal español es de tipo acusatorio mixto, de origen francés pues se deriva del *Code d'instruction criminel* de 1808<sup>8</sup>, código que, como casi todas las cuestiones jurídicas importantes de la Revolución Francesa<sup>9</sup>, se fijó en el

---

<sup>8</sup> Sobre la naturaleza del proceso penal francés napoleónico véase GARRAUD, R., *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et procédure pénale*, Ed. Sirey, Paris 1907, t. I, págs. 90, 100 y 101.

<sup>9</sup> Véase la introducción de TIERNO GALVÁN, E., al libro de MONTESQUIEU, *Del Espíritu de las Leyes* (trad. Blázquez y de Vega), Ed. Tecnos, Madrid 1987, pág. XL; y GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Revolución Francesa y Administración contemporánea* (4ª ed.), Ed. Civitas, Madrid 1994, págs. 21 a 34.

sistema de enjuiciamiento criminal inglés conservando identidades francesas propias<sup>10</sup>. Se dice por ello también que nuestro proceso penal es acusatorio formal o mixto, regido en parte por el principio acusatorio, precisamente en aquella parte del proceso, la del juicio oral, que está claramente influenciada por este principio. No es el único caso en Europa<sup>11</sup>, pero me fijaré sólo en España. Los términos “sistema acusatorio”, “proceso acusatorio” y “principio acusatorio” están por ello de alguna manera presentes en la doctrina y en la jurisprudencia española, algo menos en nuestras leyes, desde entonces<sup>12</sup>. Sabemos también, recordemos, que el proceso penal norteamericano se está convirtiendo paulatinamente en el modelo a seguir por determinados países europeos que han afrontado o afrontan reformas estructurales de su proceso penal, entre ellos, España, perdiendo algo de su relevancia en la actualidad las clásicas referencias a los procesos penales alemán e italiano, éste hoy “anglosajonizado” como es bien sabido, cambio de rumbo que me parece equivocado porque son los países jurídicamente más avanzados de nuestro entorno cultural, formando parte los tres países del llamado sistema de *civil law*. El proceso penal USA (da igual que hablemos en general del federal o en particular del de cualquier estado) es según su doctrina auténticamente

---

<sup>10</sup> Véanse ESMEIN, A., *Histoire de la procédure criminelle en France: et spécialement de la procédure inquisitoire depuis le XIIIe siècle jusqu'à nos jours*, Ed. Larose et Forcel, Paris 1882, págs. 481 a 485; y la Introducción de LAINGUI, A., *Una rivoluzione permanente: La riforma della procedura penale francese (1780-1958)*, en PICARDI, N. / GIULIANI, A., “Testi e Documenti per la Storia del Processo. I Codici Napoleonici”, V, t. II “Codice di Istruzione Criminale, 1808”, Ed. Giuffrè, Milano 2002, págs. IX y ss., esp., pág. XII. Para información del jurista norteamericano, v. AMODIO, E. / SELVAGGI, E., *An Accusatorial System in a Civil Law Country: The 1988 Italian Code of Criminal Procedure*, 62 Temple L. Rev. 1211 (1989), pág. 1211.

Aprovecho para decir que a partir de esta nota cito los artículos de revista como en Estados Unidos: Número del volumen de la revista en que se encuentra el artículo (en esta cita el 62), identificación abreviada de la revista (en este caso es la *Temple Law Review*), página de inicio (1211), año de publicación entre paréntesis (1989), y página de cita en su caso, además, si procede, de ofrecer el dato de si el artículo es accesible en Internet. Cito de esta manera porque de otra sería imposible su localización.

<sup>11</sup> Pondré dos ejemplos: La *Strafprozeßordnung* alemana de 1877 es de notable influencia francesa (aunque en Alemania se hable de proceso penal reformado y no de proceso penal acusatorio formal o mixto), v. SCHMIDT, E., *Einführung in die Geschichte der Deutschen Strafrechtspflege* (3ª ed.), Ed. Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen 1995, págs. 324 a 346; e IGNOR, A., *Geschichte des Strafprozesses in Deutschland 1532-1846*, Ed. Schöningh, Paderborn 2002, págs. 211 y ss. Un resumen tuve ocasión de hacerlo en GÓMEZ COLOMER, J.L., *El sistema procesal penal alemán: Su historia y principios más relevantes*, en “Sistemas Penales Europeos”, Cuadernos de Derecho Judicial. IV – 2002, Ed. Escuela Judicial y Consejo General del Poder Judicial, Madrid 2002, págs. 243 y ss. Y también es de clara influencia francesa el *Codice di Procedura Penale* de 1913, el primero verdaderamente de la Italia unida, v. MANZINI, V., *Tratado de Derecho Procesal Penal* (trad. De Sentís Melendo y Ayerra Redín), EJEJA, Buenos Aires 1951, t. I, págs. 96 a 104; y CHIAVARIO, M., *Procedura Penale. Un Codice tra „storia“ e cronaca*, Ed. Giappichelli, Torino 1996, págs. 20 y ss.

<sup>12</sup> Lo ha dicho con autoridad otro maestro español indiscutible, GÓMEZ ORBANEJA, E., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Ed. Bosch, Barcelona 1947, t. I, pág. XXI de la Introducción.



acusatorio, sin apellidos ni calificativo alguno, por tanto, sin que sea necesario tildarlo como acusatorio “puro”, aunque a veces sea necesario. Resulta pues útil, si se quiere conocer el nuevo modelo a fondo y la extensión de su influencia entre nosotros, analizar primero las auténticas bases conceptuales del sistema de enjuiciamiento criminal en USA<sup>13</sup>.

**d) Los detalles de lo encontrado:** Pues bien, la primera sorpresa con que me encuentro es que en USA, si bien la jurisprudencia y la doctrina suelen mencionar los términos “sistema adversarial” (éste comúnmente), “sistema acusatorio”, “proceso acusatorio”, o “procedimiento acusatorio” (éstos últimos menos frecuentemente, en verdad), no se refieren en absoluto o casi nunca a “principio acusatorio”<sup>14</sup>. Lo importante para esa doctrina deduzco que es el sistema o el proceso, no el principio. Por eso dos reputadísimos y clásicos autores norteamericanos, LaFAVE e ISRAEL, contraponen claramente al sistema inquisitivo europeo el sistema “adversarial” (*Adversary* o *Adversarial System*) norteamericano, afirmando que el proceso penal de los Estados Unidos es acusatorio, jugando con los conceptos de sistema “adversarial” y proceso acusatorio (aunque no siempre lo consiguen, pues a veces hablan también de *Accusatory* o *Accusatorial System*), del siguiente modo: El sistema de proceder criminalmente es “adversarial”, y el proceso que dentro de ese sistema sirve para imponer las penas es acusatorio. Ambos términos, “adversarial” y acusatorio, se complementan respectivamente, pero no significan lo mismo. En el entender de estos autores, “adversarial” significa que son las partes la que tienen la responsabilidad de aportar los hechos y sus pruebas al proceso, de ahí que sean ellas quienes deban investigar los hechos, así como la responsabilidad de desarrollar los aspectos legales que los fundamenten interpretándolos de la manera más favorable a los intereses del Estado/Gobierno (Ministerio Público) o del acusado (abogado defensor); mientras que acusatorio significa que son las partes las que tienen la responsabilidad de convencer al juzgador sobre la culpabilidad o inocencia del acusado, principalmente el Ministerio Fiscal tiene la carga de la prueba de la culpabilidad del acusado.

---

<sup>13</sup> Aconsejo una lectura detenida para comenzar de DAMAŠKA, M.R., *Evidentiary Barriers to Conviction and Two Models Of Criminal Procedure: A Comparative Study*, 121 U. Pa. L. Rev. 506 (1973), págs. 554 y ss., un texto algo antiguo ya, pero en donde el autor centra el tema con claridad y precisión.

<sup>14</sup> De hecho sólo lo he visto citado, salvo omisión involuntaria mía, con ocasión de traducir al inglés términos europeos, v. GOLDSTEIN, A. / MARCUS, M., *The Myth of Judicial Supervision in Three Inquisitorial Systems: France, Italy and Germany*. 87 Yale L. J. 240 (1977-1978), pág. 243, nota 7 (*the accusatorial principle*, con ocasión de la *Strafprozeßordnung* alemana); y MILLER, J.J., *Plea Bargaining and Its Analogues under the New Italian Criminal Procedure Code and in the United States: Towards a New Understanding of Comparative Criminal Procedure*, 22 N.Y.U. J. Int'l L. & Pol. 215 (1990), pág. 215 (*accusatorial principles*, con referencia a los fundamentos de la reforma en países de sistema inquisitivo).

En este juego, la posición del Juez (con el Jurado) es proceder imparcialmente en el desarrollo del proceso que corresponde a ese sistema, observando sin inmiscuirse la contienda tal y como es planteada por las partes, en una aplicación contradictoria al cien por cien de la dialéctica procesal entre ellas, dictando finalmente una sentencia justa. La última evolución de sistema “adversarial” y proceso acusatorio lleva a considerar que el juez no es un mero espectador, un decisor inactivo frente a lo que está sucediendo ante él, sino que debe tener un mayor protagonismo, y también a entender que no se permite a las partes desarrollar el caso enteramente por su cuenta en función de sus intereses, por ejemplo, deben sujetarse a determinadas reglas garantistas, es decir, se va hacia un modelo menos puro si se prefiere esta expresión. Pero, ni antes ni ahora, de principio acusatorio no dicen absolutamente ni una palabra<sup>15</sup>.

Desde un punto de vista continental dos precisiones deben hacerse ahora sobre esta opinión: La primera es que se constata cada vez más un acercamiento entre ambos sistemas, el “adversarial” norteamericano y el acusatorio formal europeo, de manera que ni el de USA es ya tan “adversarial”, ni el europeo es tan “acusatorio formal”. Determinados aspectos clave en ambos procesos, yo diría incluso que los más importantes, como la *guilty plea* en USA y los acuerdos en Europa (*Absprache*, *pateggiamenti*, conformidad), debido no tanto a las esencias más puras del sistema “adversarial” o acusatorio, sino más bien a debilidades del sistema, ya que progresan tanto cuanto fracasa la Justicia penal, cuanto ésta es incapaz de proporcionar un juicio a cada delito cometido, así lo demuestran<sup>16</sup>. La segunda es que el sistema “adversarial” norteamericano y su proceso penal no se entienden sin el Jurado, de manera que la posición en él del juez (mero espectador) y de las partes (dueñas del proceso) es tal porque el juicio, y más en concreto la práctica de la prueba, va a tener lugar ante el

---

<sup>15</sup> Véanse LaFAVE, W.R. / ISRAEL, J.H., *Criminal Procedure*, Ed. West Publishing, St. Paul, MINN. USA 1984, vol. 1, págs. 36 y ss., esp. págs. 38, nota 3 y 42.

<sup>16</sup> Véase SCHÜNEMANN, B. / HAUER, J., *Absprachen im Strafverfahren. Zentrale Probleme einer zukünftigen gesetzlichen Regelung*, Anwaltsblatt 2006, núm. 7, págs. 439 y ss.; y, sobre todo, de SCHÜNEMANN, B., como autor único, *¿Crisis del procedimiento penal? (Marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?)*, en "Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial. Jornadas sobre la Reforma del Derecho Penal en Alemania", Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1991, págs. 49 y ss., también publicado con el mismo título en SCHÜNEMANN, B., „Temas actuales y permanentes del Derecho Penal después del milenio“, Ed. Tecnos, Madrid 2002, págs. 288 y ss.; y del mismo autor, *El procedimiento penal norteamericano en sus aspectos críticos*, en prensa, ponencia presentada en el Congreso Internacional de Derecho Procesal Penal, celebrado en México DF del 9 a 13 de octubre de 2006, organizada por el Instituto de Ciencias Penales (INACIPE) de México con ocasión de su XXX Aniversario.

Jurado, quien decide de verdad<sup>17</sup>, lo que revela una profunda diferencia con el sistema europeo continental.

Volviendo a USA, la falta de referencia al principio acusatorio provoca sorpresa, porque la expansión del modelo americano en el mundo, sobre todo en Europa y en América Latina como también apunté *supra*, ha venido acompañada desde que se inició de dos banderas que lo identifican a la perfección: El proceso penal norteamericano, se dice, se funda en el principio acusatorio y regula un auténtico juicio oral y público, de donde deducen los países afectados por las reformas de su proceso penal en profundidad que esos estandartes tienen que ser también los suyos. El juicio oral y público no tiene generalmente problema conceptual alguno ni de identificación, ni de comparación con los procesos penales europeos, y tampoco con el español, los problemas son más bien de aplicación práctica en cada país. Pero nadie encuentra el principio acusatorio cuando lee la jurisprudencia o la doctrina procesal penal norteamericanas, o cuando se leen artículos de Derecho comparado publicados en revistas jurídicas especializadas de ese gran país<sup>18</sup>.

¿Por qué? Esa es la cuestión, porque si atendemos a la doctrina y a la jurisprudencia procesales penales españolas sobre el principio acusatorio, parece que éste sirva para todo, en el sentido de ser el remedio de todos los males procesales, tal es el nivel y grado de su aplicación práctica<sup>19</sup> y de utilización conceptual<sup>20</sup>. Me he propuesto por ello, ante esta

---

<sup>17</sup> Véanse una clara explicación sobre ello en FLETCHER, G.P., *Las víctimas ante el Jurado* (trad. Molina y Muñoz, bajo la revisión de Muñoz Conde), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 1997, págs. 281 y ss.

<sup>18</sup> Véanse, por ejemplo, sobre todo comentando las reformas alemana, francesa e italiana, los tres países, con alguna rara excepción, que más interesan de momento a los norteamericanos en temas de comparación de procesos penales: AMODIO, E. / SELVAGGI, E., *An Accusatorial System in a Civil Law Country: The 1988 Italian Code of Criminal Procedure*, cit., págs. 1217 y ss.; FASSLER, L.J., *The Italian Penal Procedure Code: An Adversarial System of Criminal Procedure in Continental Europe*, 9 Colum. J. Trans'n'l L. 245 (1991), págs. 251 y ss.; FRASE, R.S., *Comparative Criminal Justice as a Guide to American Law Reform: How the French Do It, How Can We Find Out, and Why Should We Care?*, 78 Cal. L. Rev. 539, 550 (1990), págs. 553 y ss. (disponible en Internet); y HAFETZ, J.L., *Latin America: Views on contemporary issues in the region pretrial detention, human rights, and judicial reform in Latin America*, 26 Fordham Int'l L.J. 1754 (2003), págs. 1756 y ss. (disponible en Internet).

<sup>19</sup> Véase GUI MORI, T, *Jurisprudencia constitucional, 1981-1995: Estudio y reseña completa de las primeras 3052 sentencias del Tribunal Constitucional*, Ed. Civitas, Madrid 1997; y, en formato electrónico del mismo autor, *Jurisprudencia constitucional íntegra: 1981-2001, con actualización en 2004*, Ed. Bosch, Barcelona 2004. Se verá ahí inmediatamente la enorme cantidad de sentencias sobre el principio acusatorio dictadas hasta la fecha para comprender esta afirmación, sin perjuicio de su seguimiento particular en las diferentes colecciones jurisprudenciales.

<sup>20</sup> En cuanto a la doctrina procesal española, véanse ARMENTA DEU, T., *Principio acusatorio y Derecho Penal*, Ed. J.M. Bosch e Instituto de Criminología, Barcelona 1994, págs. 39 y ss.; ASENSIO MELLADO, J.M., *Principio acusatorio y derecho de defensa en el proceso penal*, Ed. Trivium, Madrid 1991, págs. 14 y ss.; Idem, *Principio acusatorio: Realidad y utilización (lo que es y lo que no es)*, Revista de Derecho Procesal 1996, vol. 2, págs. 265 y ss.; CORDÓN MORENO, F., *Las garantías constitucionales del proceso penal*, Ed. Aranzadi, Pamplona 1999, págs. 113 y ss.; CUCARELLA GALIANA, L., *La correlación de la sentencia con la acusación y la defensa*, Ed. Thomson-Aranzadi, Pamplona 2003, págs. 44 y ss.; DE DIEGO DÍEZ, L.A., *El principio "el que instruye no debe juzgar" como garantía de imparcialidad en el enjuiciamiento penal*, Revista Poder Judicial 1987, núm. 8, págs. 9 y ss.; Idem, *El derecho a la tutela judicial efectiva en la sentencia penal. Los principios acusatorio y de contradicción*, Revista Justicia 88, vol. I, págs. 103 y ss.; DE LA OLIVA SANTOS, A., *Disponibilidad del objeto, conformidad del imputado y vinculación del Tribunal a las pretensiones en el proceso penal*, Revista General del Derecho 1992, págs. 9853 y ss.; DE VEGA RUIZ, J.A., *Proceso penal y derechos fundamentales desde la perspectiva jurisprudencial*, Ed. Colex, Madrid 1994, págs. 131 y ss.; DELGADO MARTÍN, J., *Principio acusatorio y juicio de faltas*, Revista Actualidad Penal 1995, vol. I, apartado VI; DÍAZ CABIALE, J.A., *Principios de aportación de parte y acusatorio: La imparcialidad del Juez*, Ed. Comares, Granada 1996, págs. 191 y ss.; GALDANA PÉREZ, M., *Correlación entre acusación y sentencia en el proceso ordinario: Doctrina y jurisprudencia*, Ed. Comares, Granada 2002, págs. 4 y ss.; GIMENO SENDRA, J.V., *El juez imparcial en la doctrina del Tribunal Constitucional*, Revista Poder Judicial, núm. esp. VI, págs. 267 y ss.; GÓMEZ COLOMER, J.L., *La procédure pénale face au principe accusatoire: La position adoptée par la Ministère Public en Espagne et dans les principaux pays Latino-Américains. Influences Européennes et Nord Américaines*, Revue Internationale de Droit Pénal 1997, vol. 68, págs. 61 y ss.; GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Ed. Colex, Madrid 1990, págs. 67 y ss.; GUERRERO PALOMARES, S., *El principio acusatorio*, Ed. Thomson-Aranzadi, Pamplona 2005, págs. 51 y ss.; MARCHENA GÓMEZ, M., *Prisión provisional y principio acusatorio: cuestiones procesales*, en DORREGO DE CARLOS, A. (coord.), "Régimen jurídico de la prisión provisional", Ed. Sepín, Madrid 2004, págs. 169 y ss.; MARTÍNEZ ARRIETA, A., *La nueva concepción jurisprudencial del principio acusatorio*, Ed. Comares, Granada 1994, págs. 24 y ss.; Idem, *Principio acusatorio: Teoría general y aplicación práctica*, en "Cuadernos de Derecho Judicial: Los principios del proceso penal", Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1992, págs. 51 y ss.; MENDIZÁBAL ALLENDE, R., *La posición procesal del Ministerio Fiscal en la fase de investigación del proceso penal: de órgano inspector de la formación del sumario a órgano de investigación*, en "Estudios Jurídicos - Ministerio Fiscal" 1999 - IV, págs. 35 y ss.; MONTERO AROCA, J., *Principios del proceso penal. Una explicación basada en la razón*, cit., págs. 16 y ss.; Idem, *Sobre la imparcialidad del Juez y la incompatibilidad de funciones procesales*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 1999, págs. 39 y ss.; ORTELLS RAMOS, M., *Correlación entre acusación y sentencia: Antiguas y nuevas orientaciones jurisprudenciales*, Revista Justicia 91, págs. 529 y ss.; Idem, *Principio acusatorio, poderes oficiales del Juzgador y principio de contradicción. Una crítica de cambio jurisprudencial sobre correlación entre acusación y sentencia*, Revista Justicia 91, págs. 775 y ss.; PÉREZ MORALES, M.G., *Correlación entre acusación y sentencia en el proceso ordinario. Doctrina y Jurisprudencia*, Ed. Comares, Granada 2002; PICÓ I JUNOY, J., *Las garantías constitucionales del proceso*, Ed. Bosch., Barcelona 1997, págs. 111 y ss.; PLANCHADELL GARGALLO, A., *El derecho fundamental a ser informado de la acusación*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 1999, págs. 59 y ss.; POLO RODRÍGUEZ, J.J., *El Fiscal investigador e instructor*, "Estudios Jurídicos - Ministerio Fiscal" 1997 - VI, págs. 11 y ss.; RODRIGUEZ FERNANDEZ, R., *La contaminación procesal: El derecho a un juez imparcial*, Ed. Comares, Granada 2000, págs. 11 y ss.; ROMERO COLOMA, A.M., *Alcance de los principios del proceso penal español a la luz del ordenamiento constitucional*, Revista Actualidad Penal 1995, vol. I, apartado XXI; RUIZ VADILLO, E., *Algunas desviaciones del sistema acusatorio y la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Revista General del Derecho 1957, núm. 150, págs. 207 y ss.; Idem, *Algunas breves consideraciones sobre el sistema acusatorio y la interdicción constitucional de toda indefensión en el proceso penal*, Revista La Ley 1987, núm. 4, págs. 873 y ss.; Idem, *El principio acusatorio y su proyección en la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo*, Actualidad Editorial, Madrid 1994, págs. 139 y ss.; Idem, *El principio acusatorio*, Revista del Ministerio Fiscal 1995, núm. 1, págs. 89 y ss.; Idem, *Estudios de Derecho Procesal Penal*, cit., págs. 57 y ss.; SAAVEDRA RUIZ, J., *La iniciativa del Tribunal en el acto del juicio oral. Alcance de los artículos 729 y 733 LECRIM*, en "Cuadernos de Derecho Judicial: Cuestiones de Derecho Procesal Penal", Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1994, págs. 13 y ss.; SERRANO HOYO, G., *La prohibición de indefensión y su incidencia en el proceso*, Ed. Comares, Granada 1997, págs. 115 y ss.; VÁZQUEZ SOTELLO, J.L., *El principio acusatorio y su reflejo en el proceso penal español*, Revista Jurídica de Cataluña 1984, núm. 2, págs. 93 y ss.; VERGER GRAU, J., *La defensa del imputado y el*

sorpresa, o mejor, contradicción aparente, investigar esta cuestión y, dado el caso, pretender modestamente influir, y ahora hago sólo una consideración general a enlazar con la intuición a que hacía referencia *supra*, en que se corrija en el futuro por quien corresponda esa doctrina de la jurisprudencia constitucional y ordinaria españolas, que parece que esté convirtiendo al principio acusatorio en el único principio del proceso penal imaginable, siendo todos los demás meros “subprincipios” devaluados que le acompañarían a modo de comparsa, de manera tal que el principio acusatorio sería el instrumento que sirviera para explicar y corregir todos los vicios procesales importantes y dar sentido a numerosas máximas, principios o garantías que poco o nada tienen que ver con él, doctrina que pienso que no puede ser buena científicamente hablando, porque en esencia lo que afirma es que algo tan complejo como es el proceso penal se sustenta en un único punto de apoyo. Es lamentable, en este sentido y por vía de ejemplo, comprobar la densa confusión que existe entre principio acusatorio y principio de contradicción o derecho de defensa en varias sentencias del Tribunal Constitucional español<sup>21</sup>, o con otros derechos o principios fundamentales<sup>22</sup>, tema éste que sin duda merece una investigación propia a fondo en la que ahora no podemos entrar. Y la causa reside en mi opinión en la notabilísima influencia en este alto tribunal de un pretendido concepto norteamericano de principio acusatorio, pero que en realidad ni define, ni aclara, o lo hace incorrectamente porque no acierta a dar con él, por la sencilla razón de que no existe, apunto de momento ahora. Y sin embargo, bajo una perspectiva histórico-tradicional nuestra, lo que todos aprendimos respecto a principio acusatorio, bien es verdad que calificado como de “mixto”, desde el rompimiento con el pasado que realizaron los franceses en 1789 es, en sentido estricto y clásico, que dentro de los términos “principio acusatorio” se esconde un

---

*principio acusatorio*, Ed. J.M. Bosch, Barcelona 1994, págs. 15 y ss.; y las opiniones del constitucionalista, en el momento de escribir estas líneas Ministro de Justicia del Reino de España, LÓPEZ AGUILAR, J.F., *La Justicia y sus problemas en la Constitución*, Ed. Tecnos, Madrid 1996, págs. 220 y 221. Pero sigue siendo válido el pensamiento sobre la acción penal de GÓMEZ ORBANEJA, E., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, cit., t. II, págs. 447 y ss.; v. también FAIRÉN GUILLÉN, V., *La disponibilidad del derecho a la defensa en el sistema acusatorio español*, en “Temas del Ordenamiento Procesal”, Ed. Tecnos, Madrid 1987, t. II, págs. 1205 y 1206.

<sup>21</sup> Véanse, por ejemplo, las SS TC 53/1987, de 7 de mayo; 135/1989, de 19 de julio; 186/1990, de 15 de noviembre; 128/1993, de 19 de abril; 230/1997, de 16 de diciembre; 33/2003, de 13 de febrero; 35/2004, de 8 de marzo; y 197/2004, de 15 de noviembre; entre otras muchas.

<sup>22</sup> Por ejemplo, con el principio de contradicción: SS TC 36/1996, de 11 de marzo; 225/1997, de 15 de diciembre; 75/2003, de 23 de abril; 189/2003, de 27 de octubre, con rectificaciones y vaivenes, como por ejemplo en la S TC 167/2002, de 18 de septiembre. También hay confusiones con el principio de la presunción de inocencia: SS TC 38/2003, de 27 de febrero; 197/2004, de 15 de noviembre; y 170/2006, de 5 de junio. O, finalmente, con el mismo derecho a la tutela judicial efectiva: SS TC 205/1989, de 11 de diciembre; y 11/1992, de 27 de enero; en todos los casos entre otras muchas sentencias, pues se trata sólo de una información meramente orientativa.

concepto que opera jurídicamente en forma decisiva para explicar dos cosas y sólo esas dos: Que acusador y decisor no pueden ser la misma persona, y que para que exista condena es necesaria una previa acusación.

Pero, qué casualidad otra vez, esto en USA no es principio acusatorio, sino proceso legalmente debido (“Due Process of Law”), como veremos más tarde, con lo cual intuitivamente me atreví a pensar en una de estas dos posibilidades: Primera, que en realidad en España se estaría confundiendo principio acusatorio con principio del “proceso legalmente debido” o, como se le conoce más abreviadamente, con “proceso debido” a secas, con lo cual la esencia del proceso no debería ser el principio acusatorio, sino el principio del derecho al proceso con todas las garantías o derecho al proceso debido, y no sólo del proceso penal; o segunda, la razón por la que en USA no se hable de principio acusatorio podría ser porque no hace falta, porque no es necesario, porque es obvio que hablar de acusatorio es hablar de proceso debido, es decir, sería porque es evidente que el término “acusatorio” referido a principio cabe dentro e integra el concepto “principio de proceso debido”, de manera que no añade nada ni al concepto ni al contenido, con lo cual sería un término superfluo, innecesario.

Pero con ello los problemas sólo harían que agrandarse, pues pensando en la práctica española, si lo anterior fuera cierto, intentar variar el rumbo jurisprudencial con la primera posibilidad de manera inmediata y efectiva sería impensable, porque no se va a cambiar tan rápido por la jurisprudencia este concepto, hoy esencial para la mayoría, del proceso penal frente a tan larga tradición, aunque esté equivocada. La segunda sería mucho más útil si consiguiera demostrar a su vez: Primero, que el término “acusatorio” referido a un principio procesal penal, no añade en España nada a la cualidad de proceso, porque lo que importa es que sea garantista, es decir, un verdadero proceso, el “debido”, para contrarrestar el poder del Estado, siendo estrictamente un término pedagógico, es decir, un concepto que sirve para explicar una situación histórica y en consecuencia para impedir la vuelta al pasado, teniendo que basarme para ello en explicar y justificar en profundidad por qué USA no necesita de él y nunca lo ha necesitado, porque proceso acusatorio y “due process of law” es lo mismo; y segundo, y más importante, que el entendimiento del concepto, puesto que en España no sería conveniente prescindir de él de forma abrupta hoy por hoy, tiene que circunscribirse estrictamente, una vez demostrado lo anterior, a que por principio acusatorio debemos entender en la actualidad sólo los sentidos a que antes aludía MONTERO AROCA, recordemos, que acusador y juzgador no pueden ser la misma persona, algo obvio hoy por

otra parte, y que los hechos y las pruebas sólo son aportadas por las partes (Ministerio Fiscal y defensa), que es donde está verdaderamente el problema en España, pues aquí se da la confusión<sup>23</sup>, con el fin último a lograr a través de este principio de reforzar la posición del tercero imparcial, es decir, la imparcialidad del juez, pues en definitiva estaríamos ante un principio de configuración judicial (orgánica) y no procesal.

Con ello, esta reflexión habría logrado transmitir que la doctrina jurisprudencial española es errónea y que, si admitiéramos el concepto de principio acusatorio, éste sólo tendría sentido si se interpretase lo más restrictivamente posible, probablemente como paso previo a su desaparición, al quedar englobado en un concepto más amplio y general, que no sería otro que el principio del “proceso debido” o, más acorde con la formulación del art. 24.2 de nuestra Constitución, el principio del derecho al proceso con todas las garantías.

El problema es entonces, y por eso la necesidad de estudiar el tema en USA, que si mi intuición es correcta, es decir, que “Due Process of Law”, entendido éste en su variante procesal penal, y principio acusatorio reflejan el mismo contenido, porque se refieren básicamente a lo mismo, ¿por qué se exporta como bandera principal que el modelo se funda en el principio acusatorio, cuando éste no es ni mencionado en USA? Dicho con otras palabras: ¿Cómo se puede basar un cambio en la manera de enjuiciar criminalmente, en algo que no se puede definir porque el concepto no existe en el país de donde se quiere tomar el modelo para ese cambio?

Este es el punto de partida inicial de mis reflexiones, que sólo aparentemente pueden parecer teóricas, pero que en absoluto lo son, aunque se vayan a referir por esas razones y en buena parte al Derecho norteamericano. Vayamos, no obstante, por partes, desgranando los temas fundamentales del modelo.

## ***II. Las claves del proceso penal federal norteamericano.-***

---

<sup>23</sup> Me refiero básicamente a dos problemas: A si es necesario que la acusación esté de acuerdo para que se pueda practicar una prueba que el tribunal quiere introducir de oficio, y a si la acusación debe estar de acuerdo también para que se admita la tesis de desvinculación expuesta por el tribunal. Véase en general MONTERO ROCA, J. / GÓMEZ COLOMER, J.L., / MONTÓN REDONDO, A. / BARONA VILAR, S., *Derecho Jurisdiccional*, vol. III *Proceso Penal* (14ª ed.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2005, págs. 283, 284 y 291.

Expresar en unas pocas páginas las características principales de un sistema de enjuiciamiento criminal extranjero es tarea para mí imposible. Por ello, lo que pretendo a continuación es realizar una aproximación que nos permita ubicar con relativa facilidad la problemática que se pretende estudiar aquí. Para que ese intento sea metodológicamente correcto y nos lleve con seguridad a lo esencial del sistema procesal penal de USA<sup>24</sup>, es sin duda necesario conocer algo más que su Derecho, es necesario conocer su historia y sus antecedentes, sus instituciones políticas y la evolución económica de la actual primera potencia mundial.

Pero no voy a entrar en esta tarea como es obvio, no sólo por la desmesurada extensión que adquiriría si fuera así esta investigación, sino mucho más humildemente porque me faltan conocimientos extrajurídicos para hablar con propiedad de ciencias ajenas a mi especialidad. Sí diré que, para entender el sistema de enjuiciamiento criminal norteamericano, es preciso considerar de alguna manera los cuatro aspectos no jurídicos que siguen:

**a) La formación política de los Estados Unidos:** Los Estados Unidos de Norteamérica, país federal, consigue la independencia de Gran Bretaña el 4 de julio de 1776, formulándose una Declaración aprobada por el Congreso Continental de Filadelfia (Pennsylvania), firmada por los 13 estados originales. Acto seguido comenzaron los trabajos para el establecimiento del marco legal general, proponiendo los “Founding Fathers” (los llamados Padres Fundadores, entre ellos George WASHINGTON, James MADISON, Thomas JEFFERSON, John ADAMS, Benjamin FRANKLIN y Alexander HAMILTON), el texto de Constitución de los Estados Unidos, la primera democrática del mundo, que fue aprobada por los representantes de los 13 estados en la Convención Federal Constitucional también de Filadelfia el 17 de septiembre de 1787, entrando en vigor el 4 de marzo de 1789.

Se trata de un breve y conciso documento de 7 artículos, divididos en varios apartados (secciones), que fundó una república con un sistema de gobierno federal. El 30 de abril de 1789 tomó posesión el primer presidente de Estados Unidos, George WASHINGTON, y el

---

<sup>24</sup> Véanse unas exposiciones generales pero más que suficientes sobre el proceso penal federal norteamericano en ESPARZA LEIBAR, I., *El principio del proceso debido*, Ed. Bosch, Barcelona 1995, págs. 67 y ss.; y PÉREZ CEBADERA, M.A., *Las instrucciones al Jurado*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2003, págs. 52 y ss.



24 de septiembre de 1789 el Congreso creó mediante la *Judiciary Act* el Tribunal Supremo Federal (que comenzó a funcionar realmente el 2 de febrero de 1790), y además 13 tribunales de distrito federal, tres tribunales de circuito federal *ad hoc*, y la figura del Fiscal General Federal. El 15 de diciembre de 1791 entraron en vigor las X Primeras Enmiendas a la Constitución USA que constituyen la llamada Declaración de Derechos (“Bill of Rights”), parte esencial hoy de la misma, incorporadas en tan breve tiempo por exigencia estatal inexcusable, ya que si los Estados no veían reconocidos esos derechos de los ciudadanos, temerosos frente al inmenso poder que la Constitución otorgaba a la Federación, al gobierno federal o central, no iban a ratificar nunca la Constitución y, por tanto, nunca entraría en vigor<sup>25</sup>. El debate, muy importante en su tiempo, consistió básicamente en decidir sobre quién recaía auténticamente el poder político, si sobre el gobierno central, o sobre los Estados. En principio la solución fue limitar el poder del gobierno central mediante la “Bill of Rights”, que sólo fue aplicable a los Estados al entrar en vigor la Enmienda XIV en 1868 después de la guerra civil. La “Bill of Rights” es de suma importancia para nuestra investigación, pues en ella se contiene el principio del proceso debido, de ahí que sea necesaria esta consideración histórica. La última Enmienda, la XXVII, se aprobó en 1992.

De la Constitución USA destaco, en cuanto al Poder Judicial, que no existe un Tribunal Constitucional parecido al modelo kelseniano de la Europa continental, realizando las funciones de interpretación de la Constitución y defensa de los derechos de los ciudadanos el propio Tribunal Supremo Federal, que integra también la cúspide de la organización judicial ordinaria. Sus 9 miembros son nombrados con carácter vitalicio por el Presidente de USA, previa confirmación por el Senado. Tienen capacidad para decidir sin control alguno de qué asuntos van a conocer, mediante un procedimiento de selección y admisión de casos específicos, llamado de *certiorari*<sup>26</sup>. Sus decisiones conforman el *stare decisis*, es decir, constituyen un precedente vinculante para todos los demás tribunales federales y estatales de

---

<sup>25</sup> Véase la explicación sobre esta interesante cuestión que da JONES, M.A., *Historia de Estados Unidos 1607-1992*, Ed. Cátedra, Madrid 2001, pág. 78.

<sup>26</sup> Véase AHUMADA RUIZ, M.A., *El „certiorari“. Ejercicio discrecional de la jurisdicción de apelación por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos*, Revista Española de Derecho Constitucional 1994, núm. 41, págs. 89 y ss.

USA<sup>27</sup>, de acuerdo con el sistema de fuentes y de interpretación de la ley heredado de la Gran Bretaña<sup>28</sup>.

En suma, pensar en USA como modelo judicial y procesal penal es reflexionar sobre un país políticamente muy distinto al nuestro, en donde el Poder Político y el Poder Legislativo tienen zonas de influencia en determinadas parcelas del Judicial de manera relevante, piénsese en el nombramiento por el Presidente de los magistrados del TSF USA, y el TSF USA actúa con ocasión de sus más trascendentes decisiones como órgano político<sup>29</sup>, con un sistema legal y judicial absolutamente distinto al español, cuya eficacia hasta ahora sólo se ha probado, y no siempre con éxito, en Estados Unidos. Pero respecto a los Estados que forman la gran federación, pues los jueces federales son propuestos por el Presidente y ratificados o rechazados por el Senado, también hay sustanciales diferencias, porque en general los jueces norteamericanos, sin perjuicio de las grandes diferencias que existen de Estado a Estado, y también los jueces penales en consecuencia, son elegidos políticamente por sus ciudadanos y saben que aunque el veredicto lo adopte el jurado, de su conducción del proceso y de sus decisiones van a responder ante el pueblo. “Politización” que forma parte del

---

<sup>27</sup> Sobre el precedente y su valor hay discusión, en la que lógicamente no puedo entrar aquí. Véase una excelente explicación de la polémica en BELTRÁN DE FELIPE, M. / GONZÁLEZ GARCÍA, J.V., *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, Ed. CEPC-BOE, Madrid 2005, págs. 21 a 36, con importantes referencias bibliográficas.

<sup>28</sup> El proceso penal inglés está integrado generalmente por reglas no escritas que forman parte del *Common Law*, sistema jurídico elaborado judicialmente a lo largo de los siglos, y adaptado a los problemas modernos por la vía de la reinterpretación del precedente por los Jueces. No obstante, también existen leyes escritas (*Statute Law*, formado por *Acts* del Parlamento), que forman un Derecho que podríamos llamar frente al común, especial. El Derecho inglés se instituye, a diferencia del continental, que lo hace sobre la base de la ley, sobre la vida jurídica y la naturaleza del asunto, v. RADBRUCH, G., *Der Geist des Englischen Rechts*, Ed. Rausch, Heidelberg 1946, págs. 31 y ss. (hay trad. española, de Vela, "El espíritu del Derecho inglés", Ed. Revista de Occidente, Madrid 1958); DARBYSHIRE, P., *Eddey on the English Legal System* (6ª ed.), Ed. Sweet & Maxwell, London 1996; y SPENCER, J.R., *La procédure pénale anglaise*, Ed. Presses Universitaires de France, Paris 1998. Para la comprensión del sistema inglés de interpretación de las leyes es de imprescindible lectura HUBER, B., *Statutory Interpretation: Zur Auslegung englischer Gesetze*, ZStW 115 (2003), Heft 3, págs. 723 y ss., traducido al español por Ramos Tapia, HUBER, B., *Statutory Interpretation: Sobre la interpretación de las leyes inglesas*, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada 2003, núm. 6, págs. 101 y ss.

<sup>29</sup> Véanse BAUM, L., *El Tribunal Supremo de los Estados Unidos de Norteamérica* (trad. de Queralt y Romero), L<sup>a</sup>. Bosch, Barcelona 1987, págs. 15 a 21; y BELTRÁN DE FELIPE, M. / GONZÁLEZ GARCÍA, J.V., *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, cit., págs. 37 y ss.

sistema jurídico en USA<sup>30</sup>, que sería sin embargo inimaginable e inasumible en España y en la Europa que constituye nuestro modelo jurídico.

Pero también es pensar en el país que más ha hecho por desarrollar las garantías constitucionales de los imputados y acusados en un proceso penal, mucho antes en el tiempo que cualquier otro europeo continental, con decisiones que, sin importar demasiado cómo se produjeron ni con base en qué hechos, han trascendido más allá del propio mundo anglosajón, llegando a formar parte incluso de la legislación constitucional y ordinaria de países que nada tienen que ver con ese sistema. No olvidemos que el proceso penal norteamericano ha progresado gracias a los enormes cambios que han significado decisiones del Tribunal Supremo, no del legislador, sobre todo en los ámbitos constitucionales garantistas del mismo, que luego el legislador ha ido adaptando de una manera u otra.

Por ejemplo, las interpretaciones que hizo el TSF USA de la prueba prohibida, originariamente en 1886, caso *Boyd v. United States*<sup>31</sup>, más tarde en 1904 en *Adams v. New York*<sup>32</sup>, luego en su famoso caso *Weeks v. United States*<sup>33</sup> de 1914, sentencia dirigida al sistema federal, incorporándose la doctrina de la prueba prohibida a los Estados con la sentencia del caso *Mapp v. Ohio*<sup>34</sup> en 1961, sin olvidar antes en 1949 *Wolf v. Colorado*<sup>35</sup>, ni en 1952 *Rochin v. California*<sup>36</sup>, ni en 1954 *Irvine v. California*<sup>37</sup>, ni después en 1984, *United*

---

<sup>30</sup> Véanse sobre la politización de los jueces norteamericanos y su activismo judicial BALL, H., *Courts and Politics. The Federal Judicial System*, Ed. Prentice-Hall, New Jersey 1987, págs. 5 y ss.; y HOLLAND, K.M., *Judicial Activism in Comparative Perspective*, Ed. St. Martin's Press, New York 1991, págs. 12 y ss.

<sup>31</sup> Se puede consultar en 116 U.S. 616 (1886).

A partir de esta nota cito las sentencias como hace la doctrina en Estados Unidos: Número del tomo en la colección de jurisprudencia en que se encuentra (116), que es *The Supreme Court Reportes* (U.S.), página inicial de la sentencia (616), página de la cita en su caso (en este ejemplo no hay, pero v. nota 104 como muestra), y entre paréntesis al final el año de promulgación (1886). Cito de esta manera también porque de otra sería imposible su localización.

<sup>32</sup> Se puede consultar en 192 U.S. 585 (1904).

<sup>33</sup> Se puede consultar en 232 U.S. 383 (1914).

<sup>34</sup> Se puede consultar en 367 U.S. 643 (1961).

<sup>35</sup> Se puede consultar en 338 U.S. 25 (1949).

<sup>36</sup> Se puede consultar en 342 U.S. 165 (1952).

<sup>37</sup> Se puede consultar en 347 U.S. 128 (1954).

*States v. Leon*<sup>38</sup>, ni finalmente también en 1984 *Massachussets v. Sheppard*<sup>39</sup>, han significado el reconocimiento de una garantía para el acusado de tremendas consecuencias, pues se consagra en esta jurisprudencia el principio procesal penal de que no pueden tener eficacia en el proceso las pruebas obtenidas ilícitamente. Estas pruebas deben excluirse del proceso, de ahí el nombre inglés (*exclusionary rule*), porque atentan directamente contra los derechos del acusado garantizados por la Constitución. No entro en la evolución posterior de este tema, mucho más preciso y restrictivo que la doctrina general sentada en esas sentencias, debido probablemente al notable cambio que se está experimentando en Estados Unidos, sobre todo después de los atentados del 11 de septiembre de 2001 en Nueva York, a favor de una mayor seguridad a cambio de una menor libertad<sup>40</sup>. Tampoco en su casi inmediata repercusión en Europa, ya a principios del siglo XX en Alemania<sup>41</sup>, cuyo Tribunal Supremo Federal dijo, en frase que se ha hecho famosa en la Europa continental, que “no es un principio de la Ley Procesal Penal el que se tenga que investigar la verdad a cualquier precio”<sup>42</sup>. También he de dejar lamentablemente a España fuera de análisis en este punto.

---

<sup>38</sup> Se puede consultar en 468 U.S. 897 (1984).

<sup>39</sup> Se puede consultar en 468 U.S. 981 (1984).

<sup>40</sup> Las citas bibliográficas serían interminables, pero puedo orientar con base en los siguientes criterios: Sobre las restricciones progresivas antes de los atentados, una visión general en AMODIO, E. / SELVAGGI, E., *An Accusatorial System in a Civil Law Country: The 1988 Italian Code of Criminal Procedure*, cit., págs. 1220 y ss.; BEAMON, M.M., *Illinois v. Perkins: Has our Criminal Justice System Turned from “Accusatorial” to “Inquisitorial”?*, 52 U. Pitt. L. Rev. 669 (1991), págs. 669 y ss., (disponible en Internet), quien sostiene que las restricciones empezaron con el caso *Illinois v. Perkins*, en 496 U.S. 292 (1990); BRADLEY, C.M., *The Emerging International Consensus as to Criminal Procedure Rules*, 14 Mich. J. Int'l L. 171 (1992), págs. 171 y ss.; y HENDLER, E.S., *Derecho Penal y Procesal Penal de los Estados Unidos*, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires 1996, págs. 175 a 179; y luego de los atentados en KAMISAR, Y. / LAFAYE, W.R. / ISRAEL, J.H. / KING, N.J., *Criminal Procedure and the Constitution. Leading Supreme Court Cases and Introductory Text*, Ed. Thomson-West, St. Paul MINN USA 2005, págs. 312 y ss., esp. 336 y ss., y 375 y ss.; específicamente sobre la Patriot Act de 2001, v. SALAS CALERO, L., *La Ley Patriótica USA*, en GÓMEZ COLOMER, J.L. / GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (coord.), “Terrorismo y proceso penal acusatorio”, cit., págs. 255 y ss.; y PÉREZ CEBADERA, M.A., *La reacción procesal penal en USA tras el 11 de septiembre*, Tribunales de Justicia – Revista Española de Derecho Procesal 2002, núm. 11, págs. 1 y ss. También es útil leer FIDALGO GALLARDO, C., *La regla de exclusión de pruebas inconstitucionalmente obtenidas de los Estados Unidos de América*, Tribunales de Justicia – Revista Española de Derecho Procesal 2003, núm. 5, págs. 21 y ss.; y es, finalmente, imprescindible, VIVES ANTÓN, T., *Consideraciones constitucionales sobre la exclusión de los “frutos del árbol emponzoñado”*, Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana 2002, núm. 4, págs. 5 y ss., en donde analiza y compara el problema en Estados Unidos y en España.

<sup>41</sup> Con la publicación del libro, en realidad un opúsculo, de BELING, E., *Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitsforschung im Strafprozeß*, Ed. Schletter, Breslau 1903, reimpresso por la Ed. Scientia, Aalen 1968.

<sup>42</sup> Sentencia del BGH alemán de 14 de junio de 1960, en BGHSt. (*Bundesgerichtshof Strafsachen*), tomo 14, pág. 365. Véase también GÓMEZ COLOMER, J.L. *El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas*, cit., pág. 128.

Por ello pienso que, aunque me parezca un gran riesgo que España intente copiar globalmente el modelo de enjuiciamiento penal norteamericano, estoy de acuerdo con que se acepten las decisiones más relevantes que el TSF USA ha tomado en el proceso penal desde el punto de vista garantista, trasladándolas a nuestra legislación y a nuestra práctica de la manera que fuere si realmente contribuyen a mejorar nuestro sistema de enjuiciamiento criminal, porque la tutela en el proceso penal de la dignidad humana es una cuestión universal. Intentar tomar pues una parte importante del modelo de enjuiciamiento criminal acusatorio, recordemos, auténtico o “puro” en nuestro entendimiento, en el que se han adoptado esas decisiones, no debe ser por tanto en principio un desacierto o idea descabellada si el nuestro es peor, o si no existe en absoluto regulación al respecto. Otra cosa es cómo se haga, cómo se está haciendo.

**b) Razas, ideologías y religiones:** Estados Unidos tiene una gran mezcla de razas, ideologías y religiones pues, de acuerdo con la última constatación oficial realizada en julio de 2006 respecto a 2005, casi 300 millones de habitantes (a finales de 2006 ya son más de 300 millones), con una media de edad de 36’5 años. De cada 1000 personas, 3,18 son emigrantes. Los grupos étnicos se dividen del siguiente modo: Blancos son el 81’7%, afroamericanos (*black people*) el 12’9%, el resto, asiáticos, amerindios, etc. Hispanos, que pueden ser blancos o negros según el censo USA, son el 14%, unos 42 millones, o sea ya más que los afroamericanos, con una media de edad de 26 años, lo que ha significado el reconocimiento oficial de que el español sea ya, con el inglés, en varios estados uno de los dos idiomas oficiales de USA. Habla español en Estados Unidos casi un 11% de la población. Profesan oficialmente el protestantismo el 56%, dentro del que hay infinidad de iglesias y sectas, el catolicismo el 28%, el judaísmo el 2%, y el resto otras religiones<sup>43</sup>.

La conclusión parece obvia: El sistema judicial y procesal penal norteamericano, con un origen claro en el sistema inglés de “Common Law”, formado por tanto por “ingleses”<sup>44</sup>, se ha tenido que ir moldeando y adaptando en su enorme desarrollo posterior durante más de dos siglos a las diferentes culturas que conforman este vasto país hoy, en nada comparable

---

<sup>43</sup> La fuente de donde he tomado esos datos es la propia Agencia Central de Inteligencia: *CIA – The World Factbook – United States* ([www.cia.gov/cia/publications/factbook/geos/us.html](http://www.cia.gov/cia/publications/factbook/geos/us.html)).

<sup>44</sup> Véanse LaFAVE, W.R. / ISRAEL, J.H., *Criminal Procedure*, cit., vol. 1, págs. 39 y 40.

con España, cada una de las cuales, inglesa, española/hispana, alemana, irlandesa, afroamericana, italiana, francesa, polaca, indioamericana, holandesa, escocesa, sueca, noruega, portuguesa, eslava, oriental, etc., tiene que haber influido lógicamente en la configuración jurídica del sistema<sup>45</sup>.

Regir a una comunidad tan amplia y tan diversa en lo cultural, en lo ideológico y en lo racial, y regular sus relaciones jurídicas no debe ser nada fácil, ante la previsible disparidad de las interpretaciones en función del origen cultural de cada uno de los que opinan, de ahí que en la formación, desarrollo y dotación de consistencia de su sistema jurídico tenga mucha relevancia la *autoritas* y la *auctoritas* de quien decide, algo plenamente conseguido en USA con su TSF, de gran prestigio, lo cual no quiere decir que no sufra despiadados ataques y críticas de los otros poderes republicanos<sup>46</sup>, cualidades que no se puede decir que se prediquen en España de nuestro TS lamentablemente. Por otra parte, esta potente fuerza moral y jurídica podría explicar, sin entrar en valoraciones subjetivas, muchas de las decisiones tomadas por el TSF USA que para nosotros nos parecen incomprensibles o muy difíciles de admitir, y que sin embargo conforman núcleos esenciales del proceso debido o interpretaciones constitucionales de gran trascendencia.

Por ejemplo, hasta los años 60, presidiendo el Tribunal Supremo uno de los mejores jueces que nunca han tenido los Estados Unidos, el *Chief Justice* Earl WARREN<sup>47</sup>, no se reconoció que las garantías del proceso debido no eran sólo de obligado respeto en el proceso penal federal como dice la Enmienda XIV, aprobada en 1868, sino también en los procesos penales de los diferentes estados, tras tormentosas decisiones anteriores que o lo negaban totalmente, o propugnaban la total incorporación de los estados a los derechos fundamentales federales, acabándose por una solución, ecléctica pero sumamente eficaz en tan complejo engranaje, de la incorporación selectiva, es decir, diciendo expresamente qué derecho

---

<sup>45</sup> Fuente: *U.S. Census Bureau* ([www.quickfacts.census.gov](http://www.quickfacts.census.gov)).

<sup>46</sup> Véanse BELTRÁN DE FELIPE, M. / GONZÁLEZ GARCÍA, J.V., *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, cit., págs. 49 y ss.

<sup>47</sup> Según afirmación de SCHWARTZ, B., *Los diez mejores jueces de la Historia norteamericana* (trad. Alonso), Ed. Civitas, Madrid 1990, págs. 85 y ss.

fundamental se consideraba incorporado, de manera que todos los derechos fundamentales federales importantes se aplican hoy también en todos los estados<sup>48</sup>.

Otro ejemplo mucho más duro: Sólo en 1954 se reconoció, presidiendo el Tribunal Supremo también el *Chief Justice* Earl WARREN, la igualdad jurídica entre blancos y negros declarando la segregación racial ilegal<sup>49</sup>, como paso previo a su aplicación práctica, pero la igualdad real todavía tiene hoy graves quiebras en la vida diaria estadounidense. El caso Rodney KING podría ser un buen ejemplo, aquel muchacho de color que fue sacado a la fuerza de un coche perseguido por cuatro policías de Los Angeles en 1991, que le apalearon brutalmente y que resultaron escandalosamente absueltos por un tribunal estatal de California, siendo posteriormente juzgados por un tribunal federal, que condenó a dos de ellos, en un caso por cierto que para nosotros habría planteado problemas insolubles de cosa juzgada<sup>50</sup>.

**c) Grandeza geopolítica:** Estados Unidos tiene casi 10 millones de kilómetros cuadrados<sup>51</sup> y está formado por 50 estados, el distrito federal de Columbia en donde está la capital Washington, y varias "Dependent Areas", entre las que están Puerto Rico, la isla de Guam y las Islas Vírgenes. Si atendemos a su expansión territorial histórica, conforme se iban ganando los nuevos territorios, bien por ocupación, bien conquistándolos a los indios, o bien comprándolos a los ingleses, a los españoles, a los franceses, o incluso a los holandeses, se iba también exportando el sistema jurídico que tuvo que dar solución a numerosísimos problemas

---

<sup>48</sup> Véanse los casos *Mapp v. Ohio*, en 367 U.S. 643 (1961), cit., sobre la aplicación de la IV Enmienda en los Estados; *Robinson v. California*, en 370 U.S. 660 (1962), sobre penas crueles; *Gideon v. Wainwright*, en 372 U.S. 335 (1963), sobre la extensión del derecho a la defensa técnica; *Griffin v. California*, en 380 U.S. 605 (1965), sobre la extensión del derecho a la defensa en la apelación; *Duncan v. Louisiana*, en 391 U.S. 145 (1968), sobre la extensión del derecho al Jurado; y *Benton v. Maryland*, en 395 U.S. 784 (1969), sobre la extensión de la prohibición de la doble incriminación; entre otras muchas. Pueden consultarse asimismo complementariamente, WEIGEND, Th., *Funktion und Tätigkeit der Staatsanwaltschaft in den U.S.A.*, en JESCHECK / LEIBINGER, "Funktion und Tätigkeit der Anklagebehörden im ausländischen Recht", Ed. Nomos, Baden-Baden 1979, págs. 587 y ss.; SCHMID, N., *Das amerikanische Strafverfahren. Eine Einführung*, Ed. C.F. Müller, Heidelberg 1986, págs. 22 y ss.; FANCHIOTTI, V., *Lineamenti del processo penale statunitense*, Ed. Giappichelli, Torino s/f (¿1987?), págs. 1 a 10; y AMODIO, E. / BASSIOUNI, M.Ch. (coord.), *Il processo penale negli Stati Uniti d'America*, Ed. Giuffrè, Milano 1988, págs. VII y ss.

<sup>49</sup> En el famoso caso *Brown v. Board of Education*, que se puede consultar en 347 U.S. 483 (1954).

<sup>50</sup> Véase una descripción detallada del caso en FLETCHER, G.P., *Las víctimas ante el Jurado*, cit., págs. 63 y ss. Este autor explica también por qué en USA no hubo problema con la prohibición del *double jeopardy*, págs. 222 y ss. de dicho libro.

<sup>51</sup> Recordemos que España, que no es un país europeo pequeño (es el cuarto en extensión), tiene sólo algo más de medio millón de km<sup>2</sup>.

de gran calibre no previstos, no ya por el “Common Law”, sino por la propia mente humana. En Estados Unidos todo es grande<sup>52</sup>, y ello se refleja en su sistema jurídico, en donde el TSF USA tiene que estar pensando siempre en que la trascendencia de sus decisiones va mucho más allá del caso concreto estableciendo o confirmando normas de protección específicas, pues están afectando a una nación inmensa, en donde se puede decir si se me permite la desviación histórica que el sol es visible casi todo el día. Por eso se afirma, con acierto pero no sin cierta envidia, que los magistrados del TSF no sólo escriben sus sentencias, sino que están escribiendo también al mismo tiempo la Historia de los Estados Unidos<sup>53</sup>.

Cuando el TSF USA, bajo la presidencia del juez más importante que ha tenido nunca los Estados Unidos según opinión común, el *Chief Justice* John MARSHALL, sentenció en 1803, algo tremendo en esa época, que los jueces tenían la facultad de controlar la constitucionalidad de las leyes y que, por tanto, son los jueces quienes garantizan que la ley ordinaria se corresponde con lo dispuesto en la constitución, caso *Marbury v. Madison*<sup>54</sup>, no sólo estaba construyendo el pilar más importante del Poder Judicial que un Estado fuerte necesita, capaz de controlar al poder legislativo en aras del principio de libertad, sino que también estaba contribuyendo sin saberlo a la construcción de los tribunales constitucionales en todas las democracias. Hizo Historia, con H mayúscula<sup>55</sup>.

**d) Inmenso potencial económico:** Que sus recursos económicos son finalmente inconmensurables, es incuestionable, porque Estados Unidos es la primera potencia mundial también en lo económico, aun considerando la situación del dólar en el momento de redactar estas páginas frente al euro (un 25% más débil la moneda norteamericana) y de cara a la Unión Europea, que no es un estado. Tiene un presupuesto para 2006 de 2.178 billones de dólares, y una inflación en 2005 del 3,2%. Es el país más desarrollado tecnológicamente del mundo, gozando sus habitantes de una renta *per cápita* según el Banco Mundial de casi \$

---

<sup>52</sup> Véase JENKINS, Ph., *Breve historia de Estados Unidos*, Ed. Alianza, Madrid 2002, pág. 9; y JONES, M.A., *Historia de Estados Unidos 1607-1992*, cit., págs. 109 y ss.

<sup>53</sup> Véase BAUM, L., *El Tribunal Supremo de los Estados Unidos de Norteamérica*, cit., págs. 13 a 46.

<sup>54</sup> Puede verse esta sentencia, probablemente la más conocida en el ámbito del Derecho Público, en 5 U.S. 137 (1803), esp. sus págs. 173 a 180, en donde se recoge la doctrina citada.

<sup>55</sup> Véase JENKINS, Ph., *Breve historia de Estados Unidos*, cit., págs. 97 y 353 y ss.



44.000 US en 2005<sup>56</sup> (si bien curiosamente el Gobierno norteamericano da como cifra la de un poco más de \$ 36.000 US para ese mismo año<sup>57</sup>), con una tasa de paro inferior al 5,1%. La mitad de su población está activa, y de ella el 12% viven por debajo del límite de pobreza. Es el ejemplo para el mundo de cómo debe funcionar un sistema capitalista, siendo el país en donde la lucha competitiva es más dura y más satisfactoria para quienes finalmente vencen<sup>58</sup>.

Esto implica en principio que si en un país se puede asumir el costo económico de una reforma legal, por profunda y amplia que sea, es en Estados Unidos, lo cual da muchas posibilidades de desarrollo al sistema. Ello explica, por ejemplo, que la decisión del caso *MacPherson v. Buick Motor Co.* en 1916, en donde el Presidente del Tribunal de Apelación de Nueva York, que luego llegaría a ser presidente del TSF USA, el insigne *Chief Justice* Benjamín Nathan CARDOZO, cambió el concepto de responsabilidad por culpa extracontractual hasta entonces imperante, adaptándola a los tiempos modernos, lo que implicó que los fabricantes de vehículos estudiaran nuevos elementos que hicieran al automóvil más seguro, decisión que fue tomada independientemente del dinero que iba a suponer su aplicación, elevadísimo como es fácilmente imaginable<sup>59</sup>. Esta doctrina fue asumida posteriormente por el TSF USA<sup>60</sup>.

---

<sup>56</sup> La fuente de la que hemos tomado este dato se puede consultar en la siguiente página web del Banco Mundial (<http://espanol.doingbusiness.org/ExploreEconomies/Default.aspx?economyid=197>). Alemania tendría casi \$ 35.000 US de renta per cápita, y España algo más de \$ 25.000 US para el mismo año.

<sup>57</sup> La fuente está tomada de la siguiente página web: *U.S. Bureau of Economic Analysis* ([www.bea.gov/bea/ARTICLES/2006/11Novemberx/D-Pages/1106DpgI.pdf](http://www.bea.gov/bea/ARTICLES/2006/11Novemberx/D-Pages/1106DpgI.pdf)).

<sup>58</sup> Fuente: *U.S. Executive Office of the President of the United States for Management and Budget* ([www.whitehouse.gov](http://www.whitehouse.gov)).

<sup>59</sup> Puede consultarse el caso en 217 N.Y. 382, 391, 111 N.E., 1050, 1053 (1916). Un comentario de esta sentencia en español en SALVADOR CORDECH, P. / PIÑEIRO SALGUERO, J. / RUBÍ PUIG, A., *Responsabilidad civil del fabricante y teoría general de la aplicación del derecho (Law enforcement)*, revista electrónica InDret ([www.indret.com](http://www.indret.com)), Working Paper núm. 164, octubre de 2003, págs. 6 y ss.

<sup>60</sup> La doctrina fijada en *MacPherson* fue seguida en otros casos posteriores, destacando el caso californiano *Greenman v. Yuba Power Products, Inc.*, que se puede consultar en 377 P.2d 897 (Cal. 1962). El TSF USA asumió la doctrina en el caso *East River S.S. Corp. V. Transamerica Delaval*, que se puede consultar en 476 U.S. 858, 866-867 (1986), deastacando últimamente el famoso caso *Exxon Co., U.S.A., et al. v. Sofec, Inc., et al.*, que se puede consultar en 517 U.S. 830 (1996). Véase complementariamente una rápida explicación del derecho de daños en BURNHAM, W., *Introduction to the Law and Legal System of the United States*, Ed. West Publishing, St. Paul, MINN. USA 1995, págs. 401 y ss.

Si a estos datos extrajurídicos acabados de mencionar añadimos la peculiaridad, para los europeos continentales, de su sistema de fuentes e interpretación del Derecho<sup>61</sup>, una conclusión inicial razonable a la que podríamos llegar es que cualquier afirmación que se haga sobre el Derecho norteamericano, y por tanto sobre su Derecho Procesal Penal, y en particular sobre la interpretación que la jurisprudencia hace de él, no sólo será válida si se entiende en su propio sentido, afirmación que podría hacerse respecto a cualquier otro país lógicamente, sino también, lo que es mucho más importante, si se considera que pretende resolver con los instrumentos que tiene, generalmente sólo la Constitución y muchas veces ni siquiera eso, un problema específico creado en un contexto que no puede interpretarse nunca en las decisiones importantes sólo desde un punto de vista estrictamente jurídico, sino también al menos desde los puntos de vista político, económico o social. Esto caracteriza de forma incisiva a este país, o lo hace más que a otros, y por ello tener en cuenta estos datos forma una parte esencial de la investigación jurídica.

Pondré un ejemplo jurídico-procesal para que se entienda esto indubitadamente, porque es clave a mi juicio. Las advertencias (*warning*) al detenido que la Policía debe formular, contenidas en el caso *Miranda v. Arizona* en 1966, también bajo la era del *Chief Justice* Earl WARREN<sup>62</sup>, en virtud de las cuales todo detenido ante la Policía goza de determinados derechos que no pueden ser vulnerados, a saber, a guardar silencio, a ser informado de que cuanto declare puede ser utilizado como prueba en su contra, y, sobre todo,

---

<sup>61</sup> Véase una información general en TINOCO PASTRANA, A., *Fundamentos del Sistema Judicial Penal en el Common Law*, Ed. Universidad, Sevilla 2001, págs. 19 y ss. para el Derecho inglés, y 65 y ss. para el Derecho norteamericano. Por lo que afecta al proceso penal inglés, v. PASTOR LOPEZ, M., *El proceso penal inglés (Estudio comparativo de sus directrices fundamentales)*, Revista de Derecho Procesal 1967, núm. I, págs. 67 y ss., esp. 80, 110 a 117, y misma revista y año, núm. II, págs. 62 a 71; MARCHENA GOMEZ, M., *El Ministerio Fiscal en Europa: Algunos problemas comunes*, Revista Jurídica La Ley 1996, págs. 1427 y ss.; NESI, G., *Accusa e difesa nel procedimento penale inglese*, Ed. Giuffrè, Milano 1972, págs. 16 y ss.; y SCAPARONE, M., *Common Law e processo penale*, Ed. Giuffrè, Milano 1974, págs. 10 y ss. Consúltense además ASHWORTH, A., *Principles of Criminal Law* (2ª ed.), Ed. Clarendon Press, Oxford 1996, págs. 58 y ss.; SPRACK, J., *Criminal procedure* (7ª ed.), Ed. Blackstone, London 1997, págs. 56 y ss.; y HOOD PHILLIPS, O. / JACKSON, P., *Constitutional and Administrative Law* (7ª ed.), Ed. Sweet & Maxwell, London 1993, págs. 371 y ss. Las normas atinentes pueden consultarse en DENNIS, I.H., *Criminal Law Statutes* (3ª ed.), Ed. Sweet & Maxwell, London 1995; y los precedentes jurisprudenciales en CECIL TURNER, J.W. / ARMITAGE, A. LI., *Cases on Criminal Law* (3ª ed.), Ed. University Press, Cambridge 1964.

<sup>62</sup> Las decisiones más importantes de WARREN durante la llamada época del activismo judicial (*judicial activism*) del TSF USA han sido vistas con detalle por PIZZI, W.T., *Juicios y mentiras. Crónica de la crisis del sistema procesal penal estadounidense* (trad. de Fidalgo Gallardo), Ed. Tecnos, Madrid 1999, págs. 91 y ss. Su opinión en general es muy crítica sobre este tribunal en págs. 179 y ss. (que en el original *Trials without Truth. Why Our System of Criminal Trials Has Become an Expensive Failure and What We Need to Do to Rebuild It*, se corresponden con las págs. 69 y ss., y 154 y ss.).

a que tiene derecho a la asistencia de un abogado, designado por él o de oficio<sup>63</sup>, reglas o derechos que todo el mundo civilizado ha considerado necesarios para su sistema de enjuiciamiento criminal propio de un Estado de Derecho desde entonces, se fijan por el TSF USA exactamente cuando cambia la perspectiva del alto tribunal y entiende que en caso de conflicto entre el poder público y el particular, éste, la persona individual, debe considerarse prioritariamente, lo que significó realmente, en la lucha judicial contra la segregación racial, el comienzo de la ampliación de las libertades o derechos fundamentales de los individuos hacia cotas hasta esos momentos desconocidas en USA<sup>64</sup>.

**e) Las líneas esenciales del proceso penal federal:** De este modo, y con esta previsión, he de decir que teniendo en cuenta esos datos extrajurídicos como referentes de comprensión y, por tanto, las características tan distintas a las nuestras del país en el que se aplica el sistema “adversarial” y el proceso penal acusatorio, de la lectura de la jurisprudencia y de la doctrina USA se desprende con toda claridad que los conceptos básicos a tener en cuenta para entender el sistema de enjuiciamiento criminal norteamericano y su proceso penal son tres: *Adversary* o *Adversarial System*, *Due Process of Law* y *Fairness*, es decir, “sistema adversarial” en el sentido anteriormente explicado, “debido proceso legal”, y “equidad”, respectivamente. Conforman nuclearmente el proceso penal, insisto, porque así lo ha afirmado la jurisprudencia del TSF USA en numerosas sentencias (de tal importancia que merecen un detenido estudio, imposible de hacer en estos momentos), y así es seguido por los procesalistas de aquel inmenso país<sup>65</sup>, con o sin base constitucional directa (porque en realidad sólo el debido proceso legal tiene reconocimiento constitucional explícito, como veremos *infra*), aunque en diversa manera e intensidad. *Accusatorial process* o *procedure* (proceso acusatorio) no es un concepto esencial aunque se utilice en ocasiones, pocas, y, recuerdo, de principio acusatorio ni se habla. Explicarlos y ordenarlos de manera comprensible para nosotros, es por tanto lo que pretendo hacer a continuación, no lo olvide el lector, desde un punto de vista aproximativo como jurista formado en *civil law*, pero suficiente para que luego veamos cómo puede orientarse mejor la reforma interna que se nos avecina.

---

<sup>63</sup> Puede consultarse este caso en 384 U.S. 436 (1966).

<sup>64</sup> Véase la explicación de SCHWARTZ, B., *Los diez mejores jueces...*, cit., págs. 89 y 90.

<sup>65</sup> Véanse las explicaciones, más que suficientes a los efectos aquí pretendidos, de CHIESA APONTE, E.L., *Derecho Procesal Penal de Puerto Rico y Estados Unidos*, Ed. Forum, Bogotá 1995, vol. 2, págs. 1 y ss.; RESUMIL DE SANFILIPPO, O.E., *Práctica Jurídica de Puerto Rico. Derecho Procesal Penal*, Ed. Equity Pub., Oxford NH USA 1990, t. I, págs. 108 y ss.; y FLETCHER, G. P., *Las víctimas ante el Jurado*, cit., págs. 207 y ss.

### III. El sistema: “Adversarial System”.-

El enjuiciamiento criminal federal en los Estados Unidos de Norteamérica se sustenta todo él en un sistema “adversarial” o de partes. También se emplea la expresión “Prosecutorial System”, que en el fondo es decir lo mismo que “Adversarial System”. La variante consiste en que con la expresión *prosecutorial* se incide en la función principal del Gobierno en el proceso penal, perseguir el delito a través de su órgano *ad hoc*, el Ministerio Público o Fiscal<sup>66</sup>, y acusar de su comisión a una persona.

**a) Origen:** Este sistema es de origen inglés, habiendo formado parte del *English common law*<sup>67</sup>, aunque la doctrina se encarga de advertir que incluso cuando se produjo la recepción, el sistema inglés no era tan “adversarial” como lo es ahora el sistema norteamericano, pues, entre otras diferencias, existía en Inglaterra en los tiempos de la Revolución Americana una inquisición judicial previa, el procedimiento ante el Gran Jurado era netamente inquisitivo y el abogado defensor tenía limitaciones claras en el ejercicio de sus funciones tratándose de delitos graves<sup>68</sup>.

**b) Significado:** La doctrina y jurisprudencia norteamericanas defienden este sistema de enjuiciamiento criminal por encima de cualquier otro, básicamente frente al llamado impropriamente inquisitivo, aunque no todos, pues los hay bastante críticos<sup>69</sup>, porque según dicen quienes están a favor es el que permite llegar a sentencias más acertadas, más justas en

---

<sup>66</sup> Sobre el Ministerio Fiscal norteamericano, organización y funciones, v. DÍEZ-PICAZO, L.M., *El poder de acusar. Ministerio Fiscal y constitucionalismo*, Ed. Ariel, Barcelona 2000, págs. 61 y ss. El mismo autor en el mismo libro, págs. 35 y ss., trata estos problemas con relación a Inglaterra, que es conveniente conocer, porque de entrada no está explicado cómo USA crea inmediatamente tras su independencia el Fiscal General Federal, que no existía en el *Common Law*.

<sup>67</sup> Véase sobre el sistema “adversarial” en Inglaterra el excelente libro de VOGLER, R., *A World View of Criminal Justice*, Ed. Ashgate, Aldershot 2005, págs. 131 y ss.

<sup>68</sup> Véanse LaFAVE, W.R. / ISRAEL, J.H., *Criminal Procedure*, cit., vol. 1, pág. 39 y nota 5; y ABRAHAM, H.J., *The Judicial Process. An introductory Analysis of the Courts of the United States, England and France* (7ª ed.), Ed. Oxford University Press, New York 1998, págs. 7 y ss.

<sup>69</sup> Por ejemplo, léase el magnífico artículo de PIZZI, W.T., *The American “Adversary System”?*, 100 W. Va L. Rev. 847 (1998) (disponible en Internet), en donde se cuestiona temas muy importantes sobre el sistema “adversarial” USA.

definitiva, teniendo en cuenta siempre que el Jurado juega un papel decisivo en estas afirmaciones, con base en los dos siguientes razonamientos:

1º) Las partes están en mejores condiciones en un sistema “adversarial” de aportar hechos e información que un investigador oficial en un sistema inquisitivo y, por tanto, con toda seguridad dado su propio interés aportarán todas las pruebas relevantes que funden su acusación o defensa y sirvan para determinar la condena o absolución, es decir, para convencer al Jurado de la culpabilidad o inocencia del acusado; y

2º) Que al no estar el juzgador involucrado ni en los hechos ni en su desarrollo, el sistema adversarial favorece una aproximación a la prueba bastante objetiva, no contaminada, porque carece de prejuicios antes de la decisión, lo que no ocurre en el sistema inquisitivo en donde sería posible, al menos teóricamente porque esto es muy discutible hoy, una aportación de hechos y pruebas por los jueces, además de su investigación.

Aunque estas argumentaciones no están exentas de crítica en la propia doctrina norteamericana<sup>70</sup>, sobre todo considerando que quien está encargada de descubrir las pruebas es la Policía, una institución pública, en posición superior al abogado del defensor, desarrollada en Estados Unidos de manera muy distinta a los países de América Latina<sup>71</sup>, lo cierto es que la jurisprudencia ha intentado corregir los defectos del sistema adversarial que su práctica constante ha ido poniendo de manifiesto paulatinamente<sup>72</sup>, problemas reales del

---

<sup>70</sup> Al hilo, sobre todo, de la comparación de sistemas y países, véanse FASSLER, L.J., *The Italian Penal Procedure Code: An Adversarial System of Criminal Procedure in Continental Europe*, cit., págs. 251 y ss.; MILLER, J.J., *Plea Bargaining and Its Analogues under the New Italian Criminal Procedure Code and in the United States: Towards a New Understanding of Comparative Criminal Procedure*, 22 N.Y.U. J. Int'l L. & Pol. 215 (1990), págs. 216 y ss.; NIJBOER, J.F., *The American Adversarial System in Criminal Cases: Between Ideology and Reality*, 5 Cardozo J. Int'l & Comp. L. 79 (1997), págs. 90 y ss. (disponible en Internet); y PARTNER, R. / ROSENTHAL, B. A., *The Rights to a Fair Trial and to Examine Witnesses Under the Spanish Constitution and the European Convention on Human Rights*, 26 Hastings Const. L. Q. 373 (1999) (disponible en Internet).

<sup>71</sup> Tuve el honor de ser propuesto por el Instituto Max-Planck de Derecho Penal extranjero e internacional de Friburgo de Brisgovia (Alemania) para codirigir una investigación sobre este tema, con resultados sorprendentes, v. AMBOS, K. / GÓMEZ COLOMER, J.L. / VOGLER, R., *La Policía en los Estados de Derecho Latinoamericanos*, Ed. Friedrich Ebert Stiftung/Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht/Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá 2003. Recomendando para comprender el origen anglosajón la lectura del excelente artículo de VOGLER, R., *La perspectiva angloamericana sobre la policía y el Estado de Derecho. Implicaciones para Latinoamérica*, en las págs. 15 y ss. de ese libro.

<sup>72</sup> Véanse LaFAVE, W.R. / ISRAEL, J.H., *Criminal Procedure*, cit., vol. 1, págs. 40 y 41.

actual proceso penal norteamericano que no conviene dejar de lado a la hora de fijarnos en este modelo<sup>73</sup>, por ejemplo, en una breve enumeración: El inmenso poder de la Policía, la amplísima discrecionalidad del Fiscal a la hora de decidir la acusación, el papel pasivo del Juez, el poder de las partes para conformar el proceso, la negociación sobre la culpabilidad y la sanción a aplicar, la no fundamentación del veredicto del Jurado o las limitaciones del recurso de apelación especialmente frente a una absolución del acusado, temas que irán saliendo oportunamente en este escrito.

El sistema “adversarial” representa además un valor superior a cualquier otro por su consideración de la dignidad de las personas, lo que conlleva que atacante y atacado, Ministerio Público y acusado, sean tratados en el proceso como iguales. Por eso el papel del abogado en la defensa de su cliente acusado, puede ser y de hecho es mucho más activo en este sistema que en cualquier otro, por eso el acusado puede defenderse a sí mismo sin que se le pueda imponer un abogado, por eso puede declararse culpable si lo desea. Como ha dicho el TSF USA, el sistema “adversarial” no hace sino reconocer el “inestimable valor de la libre elección”<sup>74</sup>.

Finalmente, en el sistema “adversarial” se desarrollan mejor y más adecuadamente que en el llamado inquisitivo los derechos y garantías consagrados en la Constitución, y particularmente en el *Bill of Rights*, que tienen aplicación en los procesos penales federales y estatales en USA, y más especialmente en el juicio, la parte más regulada. Por eso el juicio, la vista en donde se practican las pruebas y el Juez con el Jurado, cuando efectivamente tenga lugar, que es realmente en muy pocos casos, adquiere por la intermediación los materiales fácticos y las pruebas necesarias para su decisión, es el centro del sistema, la piedra angular del mismo, sometido a los principios de oralidad y publicidad, los únicos procedimentalmente

---

<sup>73</sup> Véanse críticamente los excelentes escritos de DAMAŠKA, M.R., *The Faces of Justice and State Authority. A Comparative Approach to the Legal Process*, Ed. Yale University Press, New Haven and London 1986, págs. 3 y ss.; y PIZZI, W.T., *Trials without Truth. Why Our System of Criminal Trials Has Become an Expensive Failure and What We Need to Do to Rebuild It*, Ed. New York University Press, New York and London 1999, págs. 221 y ss. (trad. de Fidalgo Gallardo, PIZZI, William T., *Juicios y mentiras. Crónica de la crisis del sistema procesal penal estadounidense*, Ed. Tecnos, Madrid 1999, págs. 245 y ss.).

<sup>74</sup> Véanse LaFAVE, W.R. / ISRAEL, J.H., *Criminal Procedure*, cit., vol. 1, pág. 41.; y *Faretta v. California*, 422 U.S. 806 (1975). Véase también *Rogers v. Richmond*, 365 U.S. 534 (1961), en donde el Juez FRANKFURTER identifica en ello claramente el sistema procesal penal norteamericano, comentado también por FLETCHER, G.P., *Las víctimas ante el Jurado*, cit., pág. 227.

aptos en el sistema “adversarial”, sin que ello signifique en absoluto que los actos que preparan al juicio escapen del sistema “adversarial”, por ejemplo, el ofrecimiento probatorio o *discovery*<sup>75</sup>, o la propia investigación policial<sup>76</sup>. Pero es difícil negar que en los procesos penales europeos el juicio oral no sea también la piedra angular del sistema de enjuiciamiento criminal, luego esos principios también deben regir entre nosotros por las mismas razones que allende el océano.

Para los comparatistas, el *discovery* representa precisamente una de los temas básicos para el acercamiento entre los sistemas “adversarial” norteamericano y el que ellos denominan inquisitivo (en realidad acusatorio formal) europeo, pues cada vez hay más instituciones convergentes en ambos sistemas, aquél menos “adversarial” que antaño y éste mucho más acusatorio puro que mixto<sup>77</sup>. Pero, por muy deslumbrante que parezca el *discovery*, la función de nuestra acusación provisional, las clásicas calificaciones provisionales del art. 650 en relación con el art. 656 de nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal, salvadas las distancias formales, ¿no cumplirían la misma función, avisar de la prueba que se tiene y dar tiempo a que la otra parte se prepare para ello? Me temo que en buena manera sí.

Por tanto, y visto el tema desde nuestra perspectiva continental europea, USA sólo admite un sistema de enjuiciamiento criminal, que es precisamente el “adversarial”. Cualquier otra posibilidad no sería asumible ni por su Constitución, ni por su jurisprudencia, porque no

---

<sup>75</sup> Si la acusación no lo ha hecho antes, es obligatorio que revele a su adversaria las pruebas de que dispone y que pretende que se practiquen en el juicio (Fed.R.Crim.P. 12 (b) 4 en relación con la Fed.R.Crim.P. 16). Se trata de las *Federal Rules of Criminal Procedure* (Reglas Federales del Proceso Penal) de 1944. Se cita abreviadamente la regla, el apartado y el punto, en su caso (cito de esta manera también porque de otra sería imposible su localización). Se pueden consultar en *Federal Criminal Code and Rules* (ed. 2002), Ed. West Group, St Paul MINN 2002. Este intercambio probatorio es lo que se conoce con el nombre de procedimiento de *descubrimiento* (*discovery*), que debería traducirse mejor por “ofrecimiento probatorio”. De acuerdo con la interpretación del TSF USA, el Fiscal tiene la obligación constitucional de comunicar a la defensa las pruebas que se hallen en su poder y que le sean favorables, de cara a rebajar o eliminar su culpabilidad, o a obtener una pena menor o más reducida al acusado, v. *Brady v. Maryland*, 373 U.S. 83 (1963); *United States v. Bragley*, 473 U.S. 667 (1985); y CHIESA APONTE, E.L., *Derecho Procesal Penal de Puerto Rico y Estados Unidos*, cit., vol. III, pág. 227. El *discovery* también obliga a la defensa, porque ésta debe poner en conocimiento del Fiscal, con anterioridad a la celebración de la vista, en su caso, que en el juicio va a alegar como prueba de descargo o una coartada, o la enajenación mental de su defendido, o el ejercicio de autoridad pública como causa de justificación (Fed.R.Crim.P. 12.1.2 y 3).

<sup>76</sup> Véanse LaFAVE, W.R. / ISRAEL, J.H., *Criminal Procedure*, cit., vol. 1, pág. 42.

<sup>77</sup> Véase sobre ello el claro artículo de AMANN, D.M., *Harmonic Convergence? Constitutional Criminal Procedure in an International Context*, 75 Ind L.J. 809 (2000) (disponible en Internet).

podría integrar la esencia del enjuiciamiento criminal USA, que es el propio de un país democrático, tal y como ha sido anteriormente definido. Podrían admitirse claro que sí desarrollos y perfeccionamientos, pero nunca su sustitución. Para que se pueda hablar por tanto de sistema de enjuiciamiento criminal en USA, éste o es “adversarial” o acusatorio, o es nada, es decir, no existe<sup>78</sup>, siendo cualquier otra cosa distinta todo lo que se quiera menos enjuiciamiento criminal y, por tanto y como consecuencia, tampoco proceso penal<sup>79</sup>.

**c) Características:** Este sistema “adversarial” implica, dicho sea con toda concisión, dos aspectos jurídicos de singular trascendencia, el primero de tipo institucional, el segundo, de tipo procesal<sup>80</sup>:

a) Institucionalmente, el sistema exige que el papel que las instituciones representan en el proceso penal esté definido en los siguientes términos<sup>81</sup>:

1º) El Jurado, cuando entre en juego y siempre que el acusado no renuncie a él, es quien delibera y pronuncia el veredicto en todos los delitos castigados con penas superiores a 6 meses de prisión, a la vista de las pruebas practicadas ante él en el acto del juicio, veredicto que salvo excepciones muy raras no tiene que motivar. Es la institución clave del proceso penal norteamericano, aquélla sobre la que descansa verdaderamente el sistema de enjuiciamiento criminal USA, tanto el federal como el de los Estados<sup>82</sup>.

---

<sup>78</sup> BURNHAM, W., *Introduction to the Law and Legal System of the United States*, cit., pág. 275.

<sup>79</sup> CARP, R. A. / STIDHAM, R., *The Federal Courts* (4ª ed.), Ed. Congressional Quarterly, Washington DC, USA 2001, pág. 157.

<sup>80</sup> Véase ABRAHAM H.J., *The Judicial Process. An introductory Analysis of the Courts of the United States, England and France*, (6ª ed.), Ed. Oxford University Press, New York Oxford 1993, págs. 96 y 97.

<sup>81</sup> Es conveniente leer ahora las claves distintivas que considera PIZZI, W.T., *Juicios y mentiras...*, cit., págs. 146 y ss., y, respecto al Jurado, esp. págs. 223 y ss.

<sup>82</sup> Consúltese FLETCHER, G.P., *En defensa propia*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 1992, pág. 33; y LAFAYE, W. R. / ISRAEL, J. H. / KING, N. J., *Criminal Procedure* (3ª ed.), Ed. West Group, St. Paul MINN USA 2000, pág. 36. Sobre los excepcionales veredictos fundados en USA, v. PÉREZ CEBADERA, M.A., *Las instrucciones al Jurado*, cit., págs. 115, 213 y 218 y ss.



2º) El Juez no instruye el proceso, limitándose a dirigir de manera absolutamente neutral el debate entre las partes frente al Jurado<sup>83</sup>;

3º) El Fiscal es el representante del Gobierno en el proceso penal. Sin profundizar pero con algún matiz, lo que se quiere decir no es que la Fiscalía norteamericana sea distinta de la española porque allí el fiscal es visto por los ciudadanos como el representante del Gobierno en el proceso, pues en España en cierto sentido se podría decir lo mismo dadas las normas de conexión con el Ejecutivo previstas sobre todo en el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal. Lo que se afirma diferencialmente es una formación, selección y, en suma, organización distinta, en donde su cualidad de acusador único y la discrecionalidad que ostenta, nada tienen que ver con el sistema español. Esto trae como consecuencia directa y principal que el Ministerio Público norteamericano goza del monopolio de la acción penal y dirige formalmente la investigación del delito, lo que significa entre otras cosas que en USA la víctima no puede ser parte del proceso penal; y

4º) El abogado defensor defiende al acusado en un papel muy activo desde que sea legalmente posible<sup>84</sup>, bien con cargo al Estado o al Gobierno Federal (defensor público), bien designado privadamente por el acusado y pagado por él, *rol* que caracteriza de manera muy clara el proceso penal norteamericano como proceso penal de partes, con claras diferencias en este punto respecto a los procesos penales de la Europa continental.

b) Procesalmente, el proceso debe estar sujeto a principios que se correspondan con los propios de un Estado de Derecho, entre los que destacan el proceso debido, la equidad, la igualdad, el derecho de defensa, la presunción de inocencia y la prohibición de la doble incriminación. Pero esto debe ocurrir hoy en todos los países libres.

Si esto es así, y creo que lo es, y si estoy pensando en idéntico discurso respecto a mi país, estoy imaginando un sistema “adversarial”, esto es, un sistema acusatorio, el único admisible para que insertado en él su proceso penal pueda ser calificado como tal, para que en

---

<sup>83</sup> Consúltese FLETCHER, G.P., *En defensa propia*, cit..., pág. 33.

<sup>84</sup> Vide LaFAVE, W. R. / ISRAEL, J. H. / KING, N. J., *Criminal Procedure* (3ª ed.), Ed. West Publishing, St. Paul MINN 2000, págs. 31 y 32; FLETCHER, G. P., *En defensa propia*, cit., pág. 32; y THAMAN, St. C., *Europe's new Jury Systems: The cases of Spain and Russia*, Law and Contemporary Problems, Spring 1999, vol. 62, pág. 233.

definitiva sea el propio de un Estado de Derecho. Por tanto, “Adversarial System” en USA es para mí también lo mismo que debe entenderse por “sistema acusatorio” en España.

Pero esto no quiere decir que USA homologue a los sistemas de enjuiciamiento criminal europeos como acusatorios porque se den todas o la mayor parte de las características anteriores, ya que si observamos las diferencias entre el sistema norteamericano y el español, por ejemplo, ni el papel institucional del juez ni el papel institucional del fiscal coinciden. En otros sistemas europeos sólo no coincide el papel del juez. Pues bien esto basta en USA para calificar a nuestros sistemas como inquisitivos, ni siquiera como acusatorios formales o mixtos, y en verdad sólo porque o instruye el juez (que sería el caso español), o, si no instruye, porque el juez no ocupa una posición neutral (que sería por ejemplo el caso alemán dados los poderes probatorios del tribunal<sup>85</sup>). Sólo es acusatorio para ellos si instruye (conformación institucional de la investigación del crimen y de su autor) el Ministerio Público y si el Juez es como un espectador del proceso que ante él y ante el Jurado están representando las partes, las verdaderas actoras<sup>86</sup>.

Tampoco faltan voces en Estados Unidos que, sin perjuicio de quienes buscan elementos comunes y convergentes, ya citados en este escrito, proponen incluso más allá que el proceso penal norteamericano se fije en los procesos penales de la Europa continental, básicamente en los de Alemania, Francia e Italia, para importar soluciones válidas y hacer frente mejor a los graves problemas que hoy tiene dicho proceso<sup>87</sup>.

---

<sup>85</sup> Vide GÓMEZ COLOMER, *El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas*, cit., págs. 165, y 171 a 174; y, en general, PERRON, W., *Das Beweisantragsrecht des Beschuldigten im deutschen Strafprozeß*, Ed. Duncker & Humblot, Berlin 1995.

<sup>86</sup> Véanse los comentarios sobre el sistema inquisitivo en la Europa actual de LaFAVE, W.R. / ISRAEL, J.H., *Criminal Procedure*, cit., vol. 1, pág. 38; FLETCHER, G.P., *Las víctimas ante el Jurado*, cit., págs. 216 y 227; y THAMAN, St. C., *Comparative Criminal Procedure. A Casebook Approach*, Ed. Carolina Academic Press, Durham, NC. USA 2002, págs. 14 y ss.

<sup>87</sup> Véanse por ejemplo las importantes opiniones de BRADLEY, C.M., *The Emerging International Consensus as to Criminal Procedure Rules*, 14 Mich. J. Int'l L. 171 (1992), págs. 172 y ss.; FRASE, R.S., *Main-streaming Comparative Criminal Justice: How to Incorporate Comparative and International Concepts and Materials Into Basic Criminal Law and Procedure Courses*, 100 W. Va. L. Rev. 773 (1998) (disponible en Internet), págs. 774 y ss.; FRASE, R.S. / WEIGEND, Th., *German Criminal Justice as a Guide to American Law Reform: Similar Problems, Better Solutions?*, 18 B.C. Int'l & Comp. L. Rev. 317 (1995); y GOLDSTEIN, A. / MARCUS, M., *The Myth of Judicial Supervision in Three Inquisitorial Systems: France, Italy and Germany*, 87 Yale L. J. 240 (1977-1978), págs. 242 y ss.

Ahora bien, sólo con que profundicemos un poco observaremos que, en verdad, la calificación del sistema es hoy en día menos importante de lo que fue hasta el desarrollo del garantismo procesal en la era WARREN. Lo debería ser también para nosotros ya, aunque realmente todavía sigamos hablando de ello, pero para los norteamericanos es una cuestión claramente superada, o al menos en principio y hablando en términos generales, bastante nimia. El sistema de enjuiciamiento criminal es “adversarial” o acusatorio (“Adversarial System”) y con esa afirmación es más que suficiente en USA para entenderlo todo. Lo relevante no es, pues, definir el sistema cuando sólo uno es posible, sino hallar el principio o principios clave en que la Constitución y la jurisprudencia se basan para que sea operativo, para que funcione. Eso nos lleva directamente a la segunda cuestión conceptual decisiva, en donde analizamos el verdadero motor del sistema.

#### ***IV. El principio: “Due Process of Law”.-***

El concepto articulador nuclear de ese sistema es el principio del proceso legalmente debido (“Due Process of Law”)<sup>88</sup>, al que ya me referí en la introducción. Y lo es, en efecto, porque para que el *Adversarial System* sea operativo, requiere de una fuerza motriz específica, pues en caso contrario no funciona. Ese motor es el *Due Process of Law*.

**a) Fundamento constitucional:** El proceso debido se reconoce en dos Enmiendas de la Constitución, en la V y en la XIV. La primera forma parte del “Bill of Rights”, incorporado a la misma como dije antes dos años y medio después de su entrada en vigor; la segunda se incorporó en 1868. Su texto oficial es el siguiente<sup>89</sup>:

a) “Nadie estará obligado a responder de un delito castigado con la pena capital o con otra infamante si un gran jurado no lo denuncia o acusa, a excepción de los casos que se presenten en las fuerzas de mar o tierra o en la milicia nacional cuando se encuentre en servicio efectivo en tiempo de guerra o peligro público; tampoco se pondrá a persona alguna dos veces en peligro de perder la vida o algún miembro con motivo del mismo delito; ni se le compelerá a

---

<sup>88</sup> Véase ESPARZA LEIBAR, I., *El principio del proceso debido*, cit., *passim*, quien aborda el estudio procesal mejor y más completo publicado en español sobre este principio en Estados Unidos, Alemania y España.

<sup>89</sup> Manejo, para no entrar en discusiones lingüísticas, la traducción oficial al español hecha por el Gobierno USA (que se puede consultar en: <http://usinfo.state.gov/espanol/constes.htm>).

declarar contra sí misma en ningún juicio criminal; ni se le privará de la vida, la libertad o la propiedad sin el *debido proceso legal*; ni se ocupará la propiedad privada para uso público sin una justa indemnización” (V Enmienda).

b) “Todas las personas nacidas o naturalizadas en los Estados Unidos y sometidas a su jurisdicción son ciudadanos de los Estados Unidos y de los Estados en que residen. Ningún Estado podrá dictar ni dar efecto a cualquier ley que limite los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; tampoco podrá Estado alguno privar a cualquier persona de la vida, la libertad o la propiedad sin el *debido proceso legal*; ni negar a cualquier persona que se encuentre dentro de sus límites jurisdiccionales la protección de las leyes, igual para todos” (Enmienda XIV, apartado 1).

¿Qué se pretendió al introducir este concepto en la Constitución? La respuesta gira en torno a la misma pregunta con relación a la propia “Bill of Rights” que hemos apuntado antes, y no puede ser otra que la firme convicción de los Estados de que la Constitución reconociera a todos los ciudadanos de la incipiente nación un principio, no sólo procesal como veremos, sino más bien general del Derecho, que limitara los campos de actuación de las administraciones, tanto las federales como las estatales, en sus intervenciones cuando esté en juego su vida, su libertad o su propiedad.

**b) Origen y desarrollo histórico:** El principio del proceso debido se dice que tiene su origen en la Carta Magna inglesa de 15 de junio de 1215, cuando en su apartado 39 dispone que: “Ningún hombre libre podrá ser detenido o encarcelado o privado de sus derechos o de sus bienes, ni puesto fuera de la ley ni desterrado o privado de su rango de cualquier otra forma, ni usaremos de la fuerza contra él ni enviaremos a otros que lo hagan, sino en virtud de sentencia judicial de sus pares y *con arreglo a la ley del reino*”. De estas palabras finales (“*per legem terrae, by the law of the land*”)<sup>90</sup> se entiende indiscutiblemente por la doctrina USA que surge por derivación la expresión norteamericana de proceso debido<sup>91</sup>. Esto es importante porque lo que se está diciendo es que en realidad la institución es de origen

---

<sup>90</sup> Opto por traducir *land* por “reino”, y no por “tierra” o “país”, porque me parece más correcto para la época en que se aprobó la Carta Magna en Inglaterra. En realidad lo que quiere decir es “con arreglo a las leyes internas” o “a la legislación en vigor” en Inglaterra en cada momento.

<sup>91</sup> Véase ESPARZA LEIBAR, I., *El principio del proceso debido*, cit., pág. 71 y nota 12.

anglosajón y que sólo en un país anglosajón fue desarrollada desde el siglo XIII hasta el XVIII (Inglaterra), iniciando a partir de entonces otro país anglosajón (USA) una evolución de ese principio adaptado a sus propias peculiaridades<sup>92</sup>.

A partir de ahí, y una vez la Constitución USA entra en vigor, la aplicación práctica de las enmiendas antedichas en las que se reconoce expresamente el principio del proceso legalmente debido se encontró con dos problemas distintos, y me ceñiré estrictamente a su aspecto procesal:

1.- En primer lugar, se cuestionó si el proceso debido se podía considerar sólo cuando se estaba aplicando una ley federal o discutiendo un caso federal, o también si era una ley o un caso estatal. Recuerdo lo comentado antes sobre la extensión de los derechos fundamentales en el proceso penal federal a los procesos penales de los Estados, bajo la presidencia WARREN, al tratar temas extrajurídicos que venían al caso. No puedo entrar por exceder notablemente del ámbito procesal en la interesantísima problemática planteada que mencioné de pasada *supra*, durante más de cien años en Estados Unidos, sobre las doctrinas de la total incorporación del *Bill of Rights*, y por tanto del proceso debido, a los Estados, ni de la incorporación selectiva, con todos sus matices, que no son pocos<sup>93</sup>.

Ahora concreto que, por lo que afecta específicamente al proceso debido, la doctrina de que la Enmienda XIV se aplica en su integridad tanto en el proceso penal federal, como en los procesos penales de los diferentes Estados, incorporándose principios y garantías en él contenidos, empieza a aclararse sólo a partir de finales de los años 30 y curiosamente a través de casos que negaron la incorporación, en concreto desde *Palco v. Connecticut*, sentencia de

---

<sup>92</sup> Véase sobre la Carta Magna, HOLT, J.C., *Magna Carta*, Ed. Cambridge University Press, Cambridge 1992; JENNINGS, I., *Magna Carta and its Influence in the World Today*, Ed. Headley Brothers, London 1995; HOWARD, A.E., *The Road from Runnymede: Magna Carta and Constitutionalism in America*, Ed. University Press of Virginia, Charlottesville 1968; PALLISTER, A., *Magna Carta, the Heritage of Liberty*, Ed. Oxford University Press, Oxford 1971; THOMPSON, F., *The first Century of Magna Carta: Why it Persisted as a Document*, Ed. University of Minnesota Press, Minneapolis 1925; y THOMPSON, F., *Magna Carta: its Role in the Making of the English Constitution (1300-1629)*, Ed. University of Minnesota Press, Minneapolis 1948.

<sup>93</sup> Véase un extenso resumen, ya clásico, sobre ello a efectos procesales en LaFAVE, W.R. / ISRAEL, J.H., *Criminal Procedure*, cit., vol. 1, págs. 58 a 129; así como en español CHIESA APONTE, E. L., *Derecho Procesal Penal de Puerto Rico y Estados Unidos*, cit., vol. I, págs. 1 a 13.

la que fue ponente el ilustre Juez CARDOZO<sup>94</sup>, en donde afirmó que una regulación estatal que permite apelar sentencias penales absolutorias, al contrario que en el proceso penal federal, no vulnera la Enmienda XIV ni es contraria al principio del proceso debido, porque no estamos ante un principio fundamental del proceso, no es una norma esencial de la “libertad ordenada”, concepto utilizado en esta sentencia para distinguir las garantías esenciales, a respetar tanto por la federación como por los estados, de las que no lo son, que pueden ser aplicables en unos procesos sí y en otros no<sup>95</sup>; y sobre todo desde *Adamson v. California*, con voto concurrente del Juez FRANKFURTER y voto disidente del Juez BLACK, muy importantes<sup>96</sup>, en un caso en que se extrajeron consecuencias probatorias negativas para la defensa por el hecho de que el acusado, bajo las leyes californianas, se negó a declarar, sentenciando el TSF USA que la protección federal contra la autoincriminación de la Enmienda V no se extiende a los Estados, ni la ley de California vulnera en este caso el principio del proceso debido. Sólo *Duncan v. Louisiana*<sup>97</sup>, sentencia de finales de los 60, siendo ponente el Juez WHITE, representó un caso positivo de incorporación selectiva, el derecho del ciudadano a un juicio con Jurado de la Enmienda VI, admitido en lo federal pero negado por un Estado a un ciudadano acusado y condenado por un delito menos grave, haciendo aplicable la Enmienda XIV por considerar el Jurado como núcleo esencial del proceso debido en USA, aunque fuese posible construir en abstracto un proceso justo sin Jurado, consagrándose desde entonces esta teoría, hoy claramente mayoritaria.

2.- En segundo lugar, se planteó que la expresión *due process of law* era demasiado general y que en realidad no se sabía muy bien lo que se quería decir con ella. En un principio se pensó, lógicamente, que esto iba a obligar a ampliar o modificar su posible contenido inicial conforme la jurisprudencia iba resolviendo supuestos reales en los que estimaba que se había dado una violación del proceso debido, pero pronto se vio que la gran variedad de casos que se iba produciendo no estaba contribuyendo a perfilar el concepto de “Due Process of Law”, demasiado difuso y general, lo único claro en verdad si se atiende a la doctrina jurisprudencial y científica norteamericana.

---

<sup>94</sup> Que se puede consultar en 302 U.S. 319 (1937).

<sup>95</sup> Véase CHIESA APONTE, E. L., *Derecho Procesal Penal de Puerto Rico y Estados Unidos*, cit., vol. I, pág. 3.

<sup>96</sup> Se puede consultar en 332 U.S. 46 (1947).

<sup>97</sup> Se puede consultar en 391 U.S. 145 (1968).

c) **Funciones:** Por ello, quizás convenga aproximarse a una noción, extraída de la propia jurisprudencia y doctrina USA como es lógico, que nos resulte útil teniendo en cuenta estas dos características para explicar las dos funciones principales que cumple el principio: Proteger al ciudadano y servir de acomodo al régimen garantista:

1ª) Función de tutela del ciudadano imputado: Así es. Por un lado, sin perjuicio de que el principio rija en otros procesos, como los civiles o administrativos, juzgar penalmente en USA bajo el *due process of law* es proceder criminalmente contra una persona que está protegida por el Estado frente al propio Gobierno, de manera tal que este principio le otorga la tutela más amplia posible, en función de los avances de la jurisprudencia, frente a excesos o actuaciones indebidas de la Policía o de la Fiscalía, es decir, de las autoridades públicas de persecución, que son en definitiva el Gobierno, en la investigación del crimen y su posterior acusación, a efectos de conseguir un equilibrio procesal, un juicio equitativo, un proceso ajustado a la ley, sin oscurantismos, ni sorpresas, ni pruebas prohibidas, ni indefensiones. Esto significa ni más ni menos que sólo puede imponerse la pena a través de un proceso penal, el propio de una democracia, el debido legalmente.

Este es el sentido por ejemplo del art. 6 del CEDH de 1950, al consagrar el “derecho a un juicio equitativo”, título oficial del precepto, concepto que se desarrolla en el contenido del mismo reconociéndose los principios y garantías procesales más importantes. Por cierto, aunque exija la concurrencia de una acusación para que el tribunal penal pueda enjuiciar, aunque recoja el derecho a ser informado de la acusación, y aunque se refiera a la persona del acusado, esta norma no reconoce expresamente tampoco el principio acusatorio<sup>98</sup>.

2ª) Función de servir de base a las demás garantías fundamentales del proceso: Pero por otro, decir esto es sólo afirmar, aunque sea mucho, que hay una garantía general del acusado frente al Estado (Gobierno) para que se le enjuicie debidamente, es decir, a través del proceso penal. Es formular un marco general del que el Estado no se puede salir, pero que es

---

<sup>98</sup> Vide en general CARRILLO SALCEDO, J.A., *El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Ed. Tecnos, Madrid 2003; y en particular LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *El Convenio Europeo, el Tribunal Europeo y el derecho a un juicio justo*, Ed. Akal/Iure, Madrid 1991, págs. 91 y ss; y ESPARZA LEIBAR, I. / ETXEBERRÍA GURIDI, J.F., *Comentarios al artículo 6. Derecho a un proceso equitativo*, en LASAGABASTER HERRARTE, I., “Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático”, Ed. Thomson-Civitas-Gobierno Vasco, Madrid 2004, págs. 146 y ss., esp. pág. 151.

necesario concretar, porque las posibilidades de actuación indebida del Estado (Gobierno) en el proceso penal son muchas, de ahí que sea un principio general que forzosamente haya que integrar con otros principios o garantías más concretos, hayan sido formulados o no expresamente por la Constitución, estén o no desarrollados por una ley ordinaria o por la jurisprudencia del TSF USA. Por eso el principio del *due process of law* debería y debe ser equivalente al principio europeo continental del derecho al proceso con todas las garantías, porque en él se concentran todas, y todas ellas se tienen que cumplir para que el proceso se desarrolle correctamente.

**d) Contrastes:** A la vista de lo expuesto, creo firmemente que el derecho del imputado y del acusado a que se celebre un proceso penal en su contra, en el que se respeten todos sus derechos fundamentales y todas las garantías y principios establecidos por la Constitución, es la versión española del principio norteamericano del “Due Process of Law”, al consagrarse expresamente en el art. 24.2 de nuestra Constitución el derecho al proceso con todas las garantías. Observo ahora que nuestra Constitución tampoco hace referencia expresa a principio acusatorio, aunque regule en ese mismo precepto el derecho a ser informado de la acusación. Ha sido el Tribunal Constitucional español<sup>99</sup>, el que ha incorporado a las garantías del proceso penal el principio acusatorio<sup>100</sup>.

De esta manera se puede decir que el principio del proceso debido es el principio clave del sistema “adversarial”, el único principio de verdad en realidad, de ahí que más que principio sea el todo, el único principio del sistema, el que lo determina, porque decide estructuralmente la manera de enjuiciar criminalmente en Estados Unidos y en consecuencia el proceso penal acusatorio norteamericano, compuesto de diversos principios y garantías que le dan sentido, no todos ni todas obviamente de igual valor, que la Jurisprudencia va desarrollando poco a poco en su interpretación integradora. Estos casos y supuestos, con su doctrina correspondiente, son muy numerosos<sup>101</sup>, pero ahora sólo destacaré, a modo de

---

<sup>99</sup> Desde sus Sentencias 53/1987, de 7 de mayo; 18/1989, de 30 de enero; y 53/1989, de 22 de febrero, principalmente.

<sup>100</sup> Doctrina luego ratificada en numerosas ocasiones, v. por ejemplo las SS TC 83/1992, de 28 mayo; 125/1993, de 19 abril; 32/1994 de 31 enero; 277/1994, de 17 octubre; y 19/2000, de 31 enero, entre otras muchas sentencias, pues aquí sólo pretendo dar información meramente orientativa.

<sup>101</sup> Un listado de los derechos, garantías y principios que comprende el debido proceso legal puede verse en CHIESA APONTE, E. L., *Derecho Procesal Penal de Puerto Rico y Estados Unidos*, cit., vol. II, págs. 1 y ss.; y en ESPARZA LEIBAR, I., *El principio del proceso debido*, cit., págs. 70 y ss.



conclusión avanzada, que con esta evolución lo que se demuestra es que el principio del proceso debido constituye la esencia del proceso. Por ello, también un proceso penal debe configurarse bajo el principio del proceso debido legal, de manera tal que si el proceso penal o cualquier institución del mismo no es “legalmente debida”, ni configura al proceso penal ni puede contribuir a ello, teniendo que ser expulsada de su seno. Siendo ello así, lo importante es que esa esencia del proceso penal a la que me acabo de referir no puede ser el principio acusatorio, que en todo caso, si existiera, sería uno más de los principios que integrarían el más general del proceso debido.

Observe el atento lector que de este modo el “Adversarial System” de enjuiciamiento criminal y el “Due Process of Law” serían como las dos caras de la misma moneda. Sin lucha (“Adversarial”) legalmente regulada en forma debida (“Due Process of Law”), no hay proceso. O, si se me permite un ejemplo anatómico para mayor claridad, el “Adversarial System” sería el cuerpo humano en su integridad; el “Due Process of Law” sería la columna vertebral que permite el movimiento de ese cuerpo, movimiento que únicamente se podría articular en una dirección o camino, a saber, el proceso penal acusatorio; y los principios y garantías derivadas de él serían los demás huesos del esqueleto humano, en donde unos ciertamente (el esternón y las costillas, por ejemplo) serían más importantes que otros (que la rótula por poner un caso evidente).

Lo verdaderamente importante no es, pues, que el sistema de enjuiciamiento criminal configure un proceso penal que se base en una acusación (sistema “adversarial” – proceso penal acusatorio), que sí es importante como es lógico pero en otra dimensión, sino que se funde en una contradicción ordenada por la ley que da paso a un desarrollo procesal ajustado a determinadas garantías.

## **V. La regla: “Fairness”.-**

Pero el proceso debido tampoco basta para explicar las esencias del sistema, porque es preciso conocer los límites en los que esta, para nosotros y sin duda por ser tan distinta, fascinante articulación se mueve. Esos límites se ajustan a una regla que sólo aparentemente parece clara: La equidad o *fairness*, que se traduce en su aplicación procesal en la necesidad

de proceder y juzgar de manera justa, así como en la necesidad de imparcialidad del juzgador<sup>102</sup>.

**a) Concepto:** En efecto y en esta línea, la exigencia básica del proceso legalmente debido es la equidad procesal (“Fairness”). Si *Due Process of Law* era el motor, la *Fairness* es la gasolina que necesita para funcionar. Como dice con acierto uno de los pocos catedráticos norteamericanos que conoce bien el sistema europeo continental de enjuiciamiento criminal, los anglosajones tienen obsesión por la *fairness*, siendo quienes han acuñado las expresiones “*fair play*” y “*fair trial*”, que el mundo ha adoptado sin problemas y sin traducir la mayor parte de las veces<sup>103</sup>. Y ahí está el problema, porque es obvio que para nuestra cultura “limpieza” procesal es un término inicialmente poco apropiado para dar nombre a una regla básica del proceso, muy curado a estas alturas terminológicamente y poco dado a lo coloquial.

Pero es preciso entrar en ello, siquiera sea para entendernos mínimamente. De entrada diré que ni la Constitución USA, ni el *Bill of Rights* se refieren a *fairness*. A la vista de las traducciones legales del término en francés por “*equitable*” o “*juste*”, en italiano “*giusto*”<sup>104</sup>, o en español “justo” o “limpio” (los alemanes no han traducido el término, sólo lo han germanizado, *fairen Verfahren*<sup>105</sup>), se ve claro que no cohonestan muy directamente con la clásica terminología procesal de la Europa continental. Por eso me atrevo a pensar que la mejor traducción acaso no tenga que ver con proceso, sino con equidad, sólo que aplicada al proceso tengamos que decir “justo”, y aplicada al tribunal, tengamos que decir “imparcial”, sin captar en ningún caso todo el sentido del término original, pero acercándonos bastante.

---

<sup>102</sup> La traducción al español de *fairness* es de las más difíciles en el mundo del Derecho. Como adjetivo es bastante comprensible (limpio, justo, imparcial, neutral, equitativo), pero como sustantivo, creo que la que mejor se corresponde con lo que se quiere expresar es “equidad”, pero no es la equidad romana que sirvió en origen para atenuar el rigor de la ley, consiguiendo una interpretación más elástica y comprensiva que la ley vigente, generalmente por ser ésta muy antigua, acabándose por hacer equivalente de alguna manera equidad a justicia en el caso concreto, por hacerla equivalente a proceso justo (v. TORRENT RUIZ, A., *Diccionario de Derecho Romano*, Ed. Edisofer, Madrid 2005, págs. 90 y 91), sino en el sentido de juicio imparcial, habiéndose procedido con trato razonable e igualitario a las partes, en el que se resuelve conforme a un sentido natural de la Justicia al no existir ley positiva.

<sup>103</sup> FLETCHER, G.P., *Las víctimas ante el Jurado*, cit., pág. 207.

<sup>104</sup> La reforma del art. 111 de la Constitución italiana a finales de 1999 ha introducido en el ordenamiento del país transalpino el término “*giusto processo*”. Véase sobre ello KOSTORIS, R.E. (coord.), *Il giusto processo. Tra contraddittorio e diritto al silenzio*, Ed. Giappichelli, Torino 2002; y FERRUA, P., *Il giusto processo*, Ed. Zanichelli, Bologna 2005.

<sup>105</sup> Véase ESPARZA LEIBAR, I., *El principio del proceso debido*, cit., págs. 125 y ss.

Voy a explicarme mejor y para ello debo partir del TSF USA, quien ha dicho con toda claridad que la exigencia básica de un *due process of law* es un juicio *fair*, ante un tribunal *fair*<sup>106</sup>. ¿No entenderíamos esa afirmación mejor si dijéramos que un proceso con todas las garantías debe basarse en un desarrollo justo del mismo ante un tribunal imparcial, porque la manera de proceder está sometida a la regla de la equidad? Es sólo una opción, pero creo que no es descabellado proponerlo.

**b) Contenido:** Si observamos además su aplicación concreta<sup>107</sup>, esta propuesta puede resultar reforzada, ya que la *fairness* se desdobra en un complejo contenido, que podemos agrupar en dos grandes temas:

a) El derecho de las partes a un juicio justo (*Fair Trial*), sobre todo del acusado, lo que implica como características sustanciales del mismo según la jurisprudencia y doctrina norteamericanas los siguientes derechos y garantías: El reconocimiento del principio de igualdad, dar a conocer en la acusación todos los hechos criminales imputados, no ocultar pruebas, no poner obstáculos a la defensa, cumplir con las normas y con las instrucciones que dé el Juez, desarrollar el procedimiento conforme a reglas equilibradas, derecho al Gran Jurado (con matices), cosa juzgada y prohibición de la doble incriminación, prohibición de la autoincriminación, derecho al juicio público y sin dilaciones, derecho a ser juzgado en el lugar del hecho, derecho a ser informado de la acusación, derecho a interrogar a los testigos de cargo, derecho a obtener testigos de descargo, derecho a ser defendido por abogado, etc., etc.<sup>108</sup> Es decir, obsérvese, los derechos reconocidos en las Enmiendas V y VI<sup>109</sup>, o sea, el *fair trial* es en realidad el concepto que recoge prácticamente todas las garantías y derechos del acusado en los Estados Unidos, porque obliga a proceder respetando el principio de igualdad y digamos también que a proceder con buena fe.

---

<sup>106</sup> Caso *In Re Murchison*, que se puede consultar en 349 U.S. 133, 136 (1955).

<sup>107</sup> Véase la densa y completa explicación de LaFAVE, W.R. / ISRAEL, J.H., *Criminal Procedure*, cit., vol. 1, págs. 69 a 82.

<sup>108</sup> Véase FLETCHER, G.P., *Las víctimas ante el Jurado*, cit., págs. 215 y ss.

<sup>109</sup> Véase un amplio estudio en ALLEN, R.J. / KUHNS, R.B., *Constitutional Criminal Procedure. An Examination of the Fourth, Fifth and Sixth Amendments and Related Areas*, Ed. Little, Brown and Co., Boston and Toronto 1985, *passim*.

Se trata en suma de conjugar equilibradamente mediante esta regla de equidad los grandes derechos (del Estado y del acusado) aplicables en el proceso penal que aparecen concretados, a veces de manera muy detallista, o en las Enmiendas V y VI, o en las diferentes y sucesivas creaciones jurisprudenciales: El derecho del Estado a perseguir y castigar el delito conformado legalmente (que nosotros llamaríamos *ius persecuendi atque puniendi*, completado con el principio de legalidad), y el derecho del acusado a ser enjuiciado debida y justamente (que nosotros llamaríamos derecho al proceso con todas las garantías).

De los anteriores derechos y principios sólo la igualdad procesal, entendida como prohibición de cualquier desventaja para alguna de las partes, plantea algún problema, pues la regla de la presunción de inocencia, en el entender de la jurisprudencia norteamericana, inclina la balanza claramente a favor del acusado, lo que perjudica ante todo a la víctima. Debe tenerse en cuenta que el principio del proceso debido sólo beneficia al acusado, nunca al Estado o al Gobierno Central (al Ministerio Fiscal), que como entes públicos o administraciones no gozan de ningún derecho procesal de naturaleza constitucional en el proceso penal norteamericano, ni federal, ni estatal. Por eso la doctrina dice que el proceso penal norteamericano no ofrece las mismas posibilidades a la acusación que a la defensa, ya que la presunción de inocencia favorece la absolución, lo que no deja de ser una paradoja<sup>110</sup>.

b) El derecho a un tribunal neutral (*Fair Court*), lo que implica como característica sustancial la imparcialidad del Juez (y del Jurado), es decir, que sea un árbitro neutral e independiente, por tanto, que no tengan ninguna vinculación con las partes, ni tampoco interés alguno con el objeto del proceso.

Dado que el concepto de imparcialidad como garantía de la independencia es el mismo que en España, aunque sus manifestaciones concretas puedan diferir, no trataremos más esta cuestión<sup>111</sup>. Pero en América Latina el término imparcialidad es todavía muchas veces el reflejo de un simple deseo, con alguna notable excepción, pues el control político en el nombramiento de los jueces, negando además su inamovilidad, atacan directamente a la independencia, aunque esté consagrada en una ley de carrera judicial, lo que posibilita en

---

<sup>110</sup> Véase FLETCHER, G.P., *Las víctimas ante el Jurado*, cit., pág. 211.

<sup>111</sup> Véanse MONTERO AROCA, J., *Sobre la imparcialidad del Juez y la incompatibilidad de funciones procesales*, cit., págs. 283 y ss.

definitiva su parcialidad<sup>112</sup>. En estos países por tanto el principio acusatorio difícilmente puede contribuir a la imparcialidad, si el propio sistema permite tantas y tan graves fallas.

Si se observa pues volviendo a USA, el complejo contenido de la regla de *fairness*, llegaremos a la conclusión que la mayor parte de los derechos, garantías y principios en que se traduce en USA están reconocidos también en nuestra Constitución, en los arts. 14 a 29, principalmente en los arts. 14, 17 y 24. Por eso, *due process of law* y *fairness* no son en realidad conceptos extraños a la realidad jurídica teórica y práctica del proceso penal en España. Sólo hay que perfilar su contenido de manera adecuada en USA, lo que reconozco que no es fácil en ocasiones, y luego encontrar su correspondencia en España, lo que sí es más sencillo al estar todos ellos prácticamente constitucionalizados. Pero obsérvese que el principio acusatorio tampoco es considerado en Estados Unidos una consecuencia de la regla de equidad.

Ello me lleva a entrar ya en una propuesta conceptual sugerida por el estudio de esta materia en Estados Unidos hasta aquí, no sin antes preguntarme: Y si resulta que después de todo en España tenemos sistema acusatorio, tenemos proceso debido, y tenemos equidad, ¿qué vamos a tomar pues del modelo norteamericano, todo a pesar de ello, nada por ello, o parte aun con ello? La respuesta más prudente sería a favor de tomar ciertas partes del modelo, en la forma más usada de “detalles” cuando haya que aportar matices a favor del sistema acusatorio, o más restrictiva de instituciones concretas si siendo esenciales en el proceso acusatorio nosotros no las tuviéramos. ¿Por qué? Porque si nos quedáramos en lo que tenemos, aun participando del *due process of law* y de la *fairness*, no estaríamos todavía a la altura que el calificativo acusatorio (puro) exige conforme al modelo que vamos a tomar, que estamos tomando ya. De ahí que para progresar tengamos que acercarnos a ese sistema más, en lo que realmente implique mejora del nuestro.

## ***VI. La posible recepción del modelo en España***

---

<sup>112</sup> Como ocurre en Nicaragua, en donde no existe una verdadera independencia judicial a pesar de su proclamación en la Ley de Carrera Judicial núm. 501, de 14 de octubre de 2004; ni existirá en Honduras si se aprueba el Anteproyecto de Ley de Consejo de la Judicatura y de la Carrera Judicial, de 5 de abril de 2006, con todos los avances que en sí mismas representan estas normas. La clave en ambos casos, insisto, es el nombramiento directo o indirecto de los jueces por el Ejecutivo y la ausencia de inamovilidad.

De acuerdo con lo expuesto y en resumen, si tuviera que explicar a mis alumnos cuáles son las claves conceptuales del proceso penal federal norteamericano (y también del de cualquiera de los Estados), les diría en clase lo siguiente, partiendo en todo caso de un deseo de sistematizar la materia a efectos pedagógicos y, desde luego, teniendo siempre en cuenta como ya he apuntado en varias ocasiones que los ojos del observador son europeos continentales, no norteamericanos:

**a) Un único sistema posible, el sistema acusatorio:** En Estados Unidos el sistema de enjuiciamiento criminal es llamado con carácter general “Adversarial System”, preferiblemente a “Accusatorial System”, que también lo usan de vez en cuando, términos aquéllos que en la terminología procesal continental europea equivaldrían a “sistema acusatorio”, el sistema perfeñado para la aplicación del Derecho Penal.

El sistema sería el coche que queremos poner en marcha para que nos lleve del desorden (el delito) a la paz, o por mejor decir, a la Justicia (la sentencia). Por tanto, es posible una comparación, tanto en lo lingüístico, como en lo conceptual. Por sistema acusatorio o *Adversarial System* los norteamericanos entienden un sistema procesal para la actuación del Derecho Penal sustantivo, que para el mundo civilizado debería ser el único en realidad posible en una democracia, que tiene configurado en su seno el proceso o instrumento necesario para que el juez pueda hacerlo ejerciendo su potestad jurisdiccional con el fin de fijar las consecuencias jurídicas del delito para el condenado o la absolución del acusado, en el que las partes tienen un papel relevante e imprescindible, tanto en la formulación de alegaciones, como en la obtención de medios de prueba a favor de sus posiciones, al igual que en sostener una acusación y defensa activas en el desarrollo del juicio ante el Juez y el Jurado, regido por el principio de oralidad y su principal derivado, el de publicidad.

Que en USA el fin principal del proceso penal no sea averiguar la verdad material, sino celebrar un juicio justo, mientras que en Europa todavía siga siendo objetivo primordial hallar y castigar al verdadero culpable, no empece para una sólida comparación conceptual. Esto puede tener una explicación bastante lógica, porque para la jurisprudencia y doctrina norteamericanas averiguar la verdad material tiene un amargo sabor inquisitivo pues rezuma

claramente investigación, de ahí que coherentes con su sistema se fijan más en reforzar las garantías del proceso penal y en lograr un juicio justo como fines del proceso penal<sup>113</sup>.

Tampoco es inconveniente por supuesto la diferente formación de las conductas procesales, ni las reglas básicas por las que se rigen. En USA, de naturaleza constitucional, en Europa hasta hace bien poco de naturaleza ordinaria.

Habría que resolver no obstante en la comparación y posible adopción el tema de la instrucción, configurada de manera distinta en el sistema “adversarial” respecto al sistema acusatorio formal o mixto (o reformado), porque en USA, aun con todas las garantías que conocemos, la investigación del delito cae claramente fuera del proceso, mientras que en Europa, sobre todo si existe Juez Instructor, es parte del proceso penal.

**b) Varios tipos de proceso penal acusatorio:** El sistema obviamente permite no una sino varias posibilidades de concreción en la articulación del proceso penal acusatorio y de sus normas procedimentales. El federal norteamericano tiene unas fases y contenidos perfilados por actos procesales concretos, muchos de los cuales ya han sido citados aquí, que el español futuro no tiene por qué copiar, y a pesar de ello seguir manteniendo una estructura acusatoria y siendo perfectamente identificable a los ojos del mundo como tal. Pero en ese proceso la distinción entre instrucción, juicio oral, sentencia y recurso es inevitable, de ahí que en el fondo la tendencia hacia una mayor convergencia, armonización o incluso unificación, también en las fases y actos del proceso en las diferentes democracias, sea razonable y, más que eso, una realidad ya en muchos países al menos en instituciones claves del mismo, como la conformidad.

Por eso el modelo de enjuiciamiento criminal en el que se estaría pensando en basar una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal en España, obligaría a concretar un proceso penal en el que fuera inmediatamente perceptible una evolución del sistema acusatorio formal o mixto francés que tenemos ahora, al sistema acusatorio puro, o mejor sin apellido alguno, norteamericano.

---

<sup>113</sup> Véase lo que piensa sobre proceso penal y verdad respecto a su país, para entender mejor las palabras del texto, PIZZI, W.T., *Juicios y mentiras...*, cit., págs. 245 y ss.

c) ***Due process of law* es nuestro derecho constitucional al proceso con todas las garantías:** Ese coche, el *adversarial system*, tiene un motor poderoso que le permite funcionar correctamente, o, si se prefiere, una columna vertebral perfecta si el ejemplo fuera el ser humano que le permite caminar con seguridad y firmeza, denominada “Due Process of Law”. Este principio del proceso legalmente debido es la esencia del sistema acusatorio norteamericano, fijado en la Constitución y desarrollado abrumadoramente por la jurisprudencia norteamericana. Sin un buen motor no funciona ningún coche de manera correcta al nivel de exigencias hoy en día requerido, sin su cumplimiento el sistema no puede activarse, lo que implica que el proceso como es lógico no se va a poder desarrollar.

En España también tenemos ese principio, por eso sería inútil incorporarlo con sustantividad propia. Es el derecho al proceso con todas las garantías del art. 24.2 CE, en su vertiente objetiva, es decir, significando la obligación para el legislador al configurar el proceso y para el juez al aplicar sus normas, de regular y conducir el proceso debidamente, es decir, de manera garantista formal.

d) ***Fairness* es nuestro derecho al proceso justo entre iguales ante un tribunal imparcial:** La maquinaria, el coche, el motor, necesita un combustible determinado para funcionar, porque como todo el mundo sabe sin gasolina no hay motor que arranque y ruede. Esa gasolina o exigencia básica es la *Fairness* o limpieza, es decir, en impecable lenguaje jurídico, es la equidad. Significa que el proceso en donde tiene lugar la dialéctica “adversarial” entre quien acusa y quien se defiende de la acusación se produzca sin trampas, oscurantismos o indefensiones, de manera justa, equilibrada, equitativa e imparcial. Si consideramos la fortaleza y poder del Estado, por no hablar de sus inacabables recursos, frente al particular tenemos que llegar necesariamente a la importancia de su reconocimiento y efectividad práctica. Por ello se desdobra a su vez en dos requisitos que deben concurrir:

a) El principio del *Fair Trial*, es decir, el principio del juicio limpio, que no es sino el derecho de las partes, sobre todo del acusado, a un proceso justo, principio que sería el aceite que necesita el motor para funcionar; y

b) El principio del *Fair Court*, a saber, el principio del tribunal limpio, o sea, el derecho de las partes, sobre todo del acusado, a un tribunal justo, principio que sería el cárter o depósito de ese lubricante.



Nosotros también tenemos esos principios, sólo que formulados de otra manera ciertamente y a veces con desarrollos jurisprudenciales distintos, porque dentro de las garantías formales del proceso penal (derecho al proceso con todas las garantías del art. 24.2 CE) se encuentra la de poder llegar a una sentencia justa a través de un proceso debido dictada por un tribunal imparcial, lo que se concreta en las garantías de la independencia judicial que se prevén constitucionalmente en el art. 117.1 CE, además de en la imparcialidad judicial implícita en ese precepto.

**e) La no necesidad del principio acusatorio:** De esa maquinaria perfectamente engrasada que hace funcionar el magnífico coche que tenemos a la vista, se derivan las dos características principales del proceso penal norteamericano:

a) El principio de igualdad entre las partes, entendido en el sentido de una verdadera y realmente practicada igualdad procesal, especialmente en lo que respecta a la relación entre el Fiscal, el único acusador posible en USA, y el acusado, principio que nosotros tenemos consagrado igualmente en la Constitución en el art. 14 CE; y

b) La imparcialidad del juzgador, imparcialidad que en España es precisamente la esencia de la Jurisdicción, de ahí que se consagre constitucionalmente también en nuestra CE y en concreto implícitamente en las garantías de la independencia reconocidas en su art. 117.1.

**f) La ayuda de los demás principios y garantías procesales:** Con esas bases, todos los demás principios, instituciones y normas juegan para que la máquina, el coche, funcione perfectamente y alcance el resultado que se espera de él. Para ello ha sido clave el papel de la jurisprudencia en ambos países, pero se inició en los Estados Unidos, en aplicar la Constitución al proceso penal, de tal modo que hoy sólo es posible el estudio de los conceptos esenciales y de los derechos y garantías básicas que en el proceso penal tienen aplicación bajo el prisma de la norma constitucional. Así deben entenderse, por ejemplo, los principios de contradicción, de defensa, de prohibición de obtención de pruebas prohibidas, de oralidad, de publicidad, de motivación de la sentencia o el mismo derecho al Jurado.

**g) Las grandes diferencias estructurales y la reforma en España:** Con ello llego a dos conclusiones, siempre provisionales, que me resultan clarísimas, aunque alguna es muy curiosa:

a) En Estados Unidos no se habla del principio acusatorio, no es necesario. Se habla de sistema, y a veces de proceso acusatorio, pero no de principio. En España sí que se habla de principio acusatorio, y bastante, aunque muchas veces sin saberse muy bien lo que se dice. Pero afirmar hoy entre nosotros que el principio acusatorio no debe existir, porque es una vaguedad, un término conceptualmente irrelevante, sería un paso creo que todavía demasiado arriesgado, porque no se entendería, sobre todo por quienes no han comprendido lo que es el sistema acusatorio.

Por eso una propuesta razonable sería, primero enmarcarlo correctamente dentro del sistema (decir qué parte del coche sería), y segundo darle un contenido muy estricto para que no hubiera ya más confusiones. La propuesta que hemos visto del mismo MONTERO AROCA, mientras no se aclaren definitivamente las cosas, es perfectamente válida por ese rigor y carácter reducido y estricto que se pretende. Por tanto, el principio acusatorio sólo sería un principio judicial, o de conformación orgánica, y no procesal o procedimental, puesto que contribuye a garantizar la imparcialidad del juzgador.

Pero el coche en Estados Unidos no necesita de este principio para funcionar, porque lo ha sustituido por otros principios o máximas, o sencillamente, reglas implícitas de actuación *fair*. Esto debe significar claramente que no es una parte esencial del coche, porque igual va, y muy bien, sin él, de modo que si hiciéramos un *restyling* del coche lo mantendríamos, pero si creáramos un modelo totalmente nuevo y evolucionado a partir de ese coche, nos desharíamos de él. Es decir y como consecuencia, el principio acusatorio no es un elemento imprescindible del sistema “adversarial”. Puede estar de momento, pero si no está, tampoco pasa nada, sus labores son hechas por el sistema y por el proceso, o por otros principios o máximas distintas o de menor entidad.

Esa propuesta ayudaría mucho además a corregir cierta jurisprudencia de los más altos tribunales españoles, sobre todo de nuestro Tribunal Constitucional, que como hemos visto *supra* ha confundido lamentablemente sistema acusatorio con principio acusatorio y, más en concreto, principio acusatorio con principio de contradicción, con principio de defensa, e

incluso con principio de igualdad, entre otros, lo que ha llevado, sobre todo al Tribunal Supremo, a sostener y fundar determinadas decisiones en el principio acusatorio que realmente lo que hacen es atacar directamente al sistema, como ocurre con la nueva visión de la tesis de desvinculación o de la introducción de pruebas de oficio, antes apuntados, la primera absolutamente inadmisibles desde el punto de vista dogmático, la segunda cuanto menos muy discutible sin estar “todo lo demás” claro.

b) Las garantías esenciales del proceso penal norteamericano las tenemos todas en España ya, no nos hace falta copiar ninguna más. Sin negar el valor de la comparación aquí, ni mucho menos, puesto que si algo podemos comparar de verdad entre los procesos penales español y federal norteamericano son precisamente las garantías constitucionales<sup>114</sup>, yo creo que nuestra posición es jurídicamente más favorable, porque incluso tenemos más que ellos o mejor desarrolladas, como el derecho constitucional a la defensa técnica, garantizado en España desde la detención policial hasta el final de la ejecución de condena en su caso, sin fisuras o quiebras intermedias. Entre los arts. 14, 17 y 24 CE nos bastamos y sobramos, aunque a veces tengamos que echar mano de alguno más. Pero es que no podría ser de otra manera. Si estamos de acuerdo en que el sistema que debe ser el único posible en una democracia es el sistema acusatorio, no es imaginable una articulación concreta en cada país del proceso penal que difiera tanto como para que no coincidan sus principios y garantías esenciales. Si el sistema es el mismo, las garantías tienen que ser las mismas, se recojan donde se recojan, se estructuren como se estructuren y se desarrollen como se desarrollen. Por tanto, una futura LECRIM española no sería sustancialmente distinta al actual proceso penal federal USA en lo que a principios constitucionales y garantías esenciales del proceso se refiere. No hace falta, pues, copiar nada en este punto concreto en mi modesta opinión.

c) En donde sí se constatan diferencias esenciales es en la organización estructural de la persecución penal, que es en donde en realidad la futura LECRIM va a tener que tomar decisiones muy importantes. Estas son, recordemos, las dos siguientes:

1.- En Estados Unidos no existe el Juez instructor, por tanto no instruye el proceso penal, ni ordena o realiza actos de investigación, salvo que estén en juego derechos

---

<sup>114</sup> Véanse AMODIO, E. / SELVAGGI, E., *An Accusatorial System in a Civil Law Country: The 1988 Italian Code of Criminal Procedure*, cit., pág. 1221.

fundamentales del acusado, ningún Juez, sino el Ministerio Fiscal, ayudado funcionalmente por la Policía, que es quien realiza materialmente la investigación; y

2.- En Estados Unidos el Ministerio Fiscal Federal y sus representantes en cada proceso penal, los Fiscales federales, son un brazo extendido del ejecutivo, son el Gobierno, y por eso tienen el monopolio de la acción penal, sobre cuyo ejercicio disponen de manera claramente discrecional (v. inmediatamente), lo cual no quiere decir que estén autorizados para actuar arbitrariamente (por ejemplo, no puede prescindir totalmente de la opinión de la víctima, o no actuar por motivos de raza o sexo, o acusar con base en falsos testimonios, etc.)<sup>115</sup>, a diferencia del Fiscal europeo continental, muy sujeto al principio de legalidad y controlado de manera clara por ese principio.

Hace unos años cabía hablar también de grandes diferencias estructurales en la defensa, el abogado defensor, pero hoy estas disimilitudes son muchas menos de las que eran (sólo la existencia de la institución de la Defensoría Pública para llevar los casos de oficio, que nosotros tenemos organizado de otra manera, pero con los mismos efectos prácticos en los respectivos procesos), porque en cuanto al contenido del derecho y como principio son prácticamente iguales<sup>116</sup>.

Nuestra futura Ley de Enjuiciamiento Criminal va a tener que decidir, por tanto, muchas cuestiones de gran trascendencia práctica a la hora de perfeccionar nuestro actual proceso penal, dentro del sistema acusatorio en que se incardina. Si se basa en el proceso penal federal de los Estados Unidos, que como acabamos de ver, debo insistir en ello, no considera que lo acusatorio sea un principio, sino todo el sistema, al que llama “adversarial”, cuya columna vertebral es el proceso debido, determinadas estructuras esenciales del sistema se deberían abordar, modificándolas o innovándolas, aunque recuerdo que cada vez hay menos diferencias entre ambos sistemas<sup>117</sup>.

---

<sup>115</sup> Véase BOVINO, A., *La persecución penal pública en el derecho anglosajón*, Revista latinoamericana de política criminal „Pena y Estado“: Ministerio Público, 1997 (Argentina, Ed. Del Puerto) 1997, núm. 2, págs. 58 a 71.

<sup>116</sup> He estudiado esta cuestión en GÓMEZ COLOMER, J.L., *La exclusión del abogado defensor de elección en el proceso penal*, L<sup>a</sup> Bosch, Barcelona 1988, págs. 124 y ss.

<sup>117</sup> Véase BRADLEY, C.M., *The Convergence of the Continental and the Common Law Model of Criminal Procedure*, 7 Crim. L.F. 471 (1996) (disponible en Internet), publicado también en FERNELL, Ph. et al.

En primer lugar, debe abordarse el papel que orgánica y funcionalmente ha de corresponder al Ministerio Público en el nuevo o reformado proceso penal, particularmente si va a seguir siendo un órgano dependiente del Gobierno o si va a evolucionar hacia un órgano constitucional autónomo mucho más independiente e imparcial que lo es hoy, características a aplicar a la acusación en sentido distinto por tanto a las propias del juzgador, Fiscalía que pueda tomar decisiones propias bajo su estricta responsabilidad, dando cuenta en determinados supuestos no a un gobierno, sino, por ejemplo, al Parlamento.

En segundo lugar, ha de tomar una decisión respecto a la espinosa cuestión de otorgar la dirección de la investigación del crimen al Ministerio Fiscal, algo indiscutible en USA desde sus orígenes como dije, en donde recordemos que el Ministerio Fiscal goza del más amplio poder discrecional posible, de manera tal que, con los matices indicados, diríamos que más que regir allá el principio de legalidad en el ejercicio de la acción penal, lo que en realidad se aplica en la práctica es el principio de oportunidad, puesto que aunque tiene que actuar siempre conforme a la ley, goza de una gran discreción, porque no está obligado a proceder siempre frente al delito<sup>118</sup>, pero que tendríamos que adoptar rompiendo nuestra tradición de siglos, opción a la que es sabido que soy contrario mientras se mantenga nuestro actual modelo de Ministerio Público<sup>119</sup>.

---

(ed.), "Criminal Justice in Europe: A Comparative Study", Ed. Clarendon Press, Oxford 1995, págs. 404 y ss.

<sup>118</sup> Este punto, la excesiva discrecionalidad del fiscal norteamericano, preocupa mucho a la doctrina: Véanse AMODIO, E. / SELVAGGI, E., *An Accusatorial System in a Civil Law Country: The 1988 Italian Code of Criminal Procedure*, cit., págs. 1222 y ss.; COHEN, G.D., *A Judge's Perspective: Comparing the Investigative Grand Jury with the French System of Criminal Investigation: A Judge's Perspective and Commentary*, 13 Temp. Int'l & Comp. L. J. 87 (1999), págs. 87, 88, 104 y 105; FRASE, R.S., *Comparative Criminal Justice as a Guide to American Law Reform: How the French Do It, How Can We Find Out, and Why Should We Care?*, cit., quien propone en este largo artículo de Derecho comparado que USA tome el fiscal francés como modelo, entre otras posibilidades; GERSHMAN, B.L., *The New Prosecutors*, 53 U. Pitt. L. Rev. 393 (1992), págs. 407 y ss.; GOLDSTEIN, A. / MARCUS, M., *The Myth of Judicial Supervision in Three Inquisitorial Systems: France, Italy and Germany*, cit., págs. 246 y ss.; MISNER, R.L., *Recasting Prosecutorial Discretion*, 88 J. Crim Law & Criminology 717 (1996) (disponible en Internet), págs. 728 y ss.; y PIZZI, W.T., *Understanding Prosecutorial Discretion in the United States: the limits of Comparative Criminal Procedure as an Instrument of Reform*, cit., págs. 1328 y ss., esp. pág. 1336, este último autor contrario a cualquier reforma al respecto en USA.

<sup>119</sup> Véanse, por todos mis escritos sobre el tema, GOMEZ COLOMER, J.L., *La instrucción del proceso penal por el Ministerio Fiscal: Aspectos estructurales a la luz del Derecho comparado*, en Gómez Colomer / González Cussac (coordinadores), "La reforma de la Justicia Penal (Estudios en homenaje al Prof. Klaus Tiedemann)", Ed. Universitat Jaume I, Castellón 1997, págs. 459 y ss.; y un extracto en *El Fiscal instructor*, Revista Justicia 1996, núm. 2, págs. 259 y ss. He tenido ocasión de matizar alguna información dada en esos textos en GÓMEZ COLOMER, J.L., *La protección procesal penal de la Unión Europea en materia de lucha*

En tercer lugar, como consecuencia de lo acabado de afirmar y específicamente, debe afrontar un problema que tiene una gran influencia en el proceso penal federal norteamericano, a saber, la enorme extensión y posibilidades del principio de oportunidad, entendido en la faceta de negociación entre defensa y acusación sobre la culpabilidad y, en su caso, pena a imponer, la cuestión práctica probablemente de mayor trascendencia hoy en este proceso<sup>120</sup>, al contrario que en el nuestro, todavía bajo una gran influencia del principio de legalidad sustantivo, que para mí encubre una privatización del proceso penal incompatible con los principios que han regido secularmente el proceso penal español, además de, en el fondo, con el propio principio de legalidad penal<sup>121</sup>. Pero no olvidemos que en muchos Estados de USA el principio del proceso sin dilaciones indebidas (*right to speedy trial*) ejerce una influencia muy importante, porque el juicio debe tener lugar dentro de los 180 días siguientes a la detención si el acusado está en libertad provisional, y dentro de los 90 días si está en prisión provisional, lo que fuerza muchísimas veces llegar a acuerdos tras las pertinentes negociaciones, a efectos de no colapsar el sistema<sup>122</sup>. Nosotros, que no tenemos estos plazos, aunque si los tuviéramos, lo que no me parecería nada mal, probablemente nos veríamos abocados a adoptar idéntica solución.

Finalmente, ha de abordar instituciones o actos procesales concretos que tienen una importancia capital en el desarrollo del modelo norteamericano. Aunque en otro lugar he

---

*contra el fraude (el Proyecto Corpus Iuris)*, Revista (española) de Derecho Penal y Criminología 2000, núm. 6, págs. 139 y ss., en concreto en las págs. 160 y 161, nota 62.

<sup>120</sup> Vide, sobre la conformidad norteamericana y críticas a su regulación y funcionamiento, GOLDSTEIN, A. / MARCUS, M., *The Myth of Judicial Supervision in Three Inquisitorial Systems: France, Italy and Germany*, cit., págs. 240 y ss.; y MILLER, J.J., *Plea Bargaining and Its Analogues under the New Italian Criminal Procedure Code and in the United States: Towards a New Understanding of Comparative Criminal Procedure*, cit., págs. 240 y ss.

<sup>121</sup> Sobre el "plea bargaining" en el proceso penal norteamericano puede consultarse la siguiente bibliografía española: BARONA VILAR, *La conformidad en el proceso penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 1994, págs. 36 y ss.; BUTRÓN BALIÑA, P.M., *La conformidad del acusado en el proceso penal*, Ed. McGraw-Hill, Madrid 1998, págs. 95 y ss.; CABEZUDO RODRÍGUEZ, *El Ministerio Público y la justicia negociada en los Estados Unidos de Norteamérica*, Ed. Comares, Granada 1996, págs. 62 y ss.; MORENILLA RODRÍGUEZ, *Los derechos del acusado en el sistema legal norteamericano*, RDPI 1977, págs. 621 y ss.; y RODRÍGUEZ GARCÍA, *La Justicia penal negociada. Experiencias de Derecho comparado*, Ed. Universidad, Salamanca 1997, págs. 27 y ss.

<sup>122</sup> Lo cual no deja de ser una señal de debilidad, v. PIZZI, W.T., *Juicios y mentiras...*, cit., págs. 102 a 104 y 207 y ss.

tratado este tema con mayor detalle<sup>123</sup>, estoy hablando del papel del juez en el nuevo o reformado proceso, de las comparecencias judiciales con imputado detenido o sin él, de la acusación por el Gran Jurado o por el Fiscal al inicio del proceso penal, de las declaraciones del acusado y sus garantías, del ofrecimiento probatorio o *discovery*, de las reglas de exclusión de la prueba o prueba prohibida, de nuevos hechos y posible modificación de la acusación, y de la intervención del Jurado hasta que pronuncia su veredicto. Todo ello articulado en audiencias públicas correctamente ordenadas, bajo la solemne presencia del principio de oralidad.

Pero no todo nos sirve, como también es lógico, por otra parte. Piénsese que estaríamos fijándonos en un proceso penal cuya práctica actual lleva a una marcadísima tendencia a evitar el juicio a toda costa, es decir, a que no tenga lugar, pues apenas llegan a juicio el 5% de los delitos graves cometidos en USA<sup>124</sup>. Por ello volver nuestras miradas hacia un puro proceso de partes tiene sus riesgos. Dejando de lado instituciones concretas que sería una locura adoptar entre nosotros, como el Gran Jurado, debo poner como ejemplo claro de lo que quiero decir que el papel de la víctima es casi irrelevante en Estados Unidos comparado con España, pues es excluida como parte; o que el sistema de recursos de allí sería en España inconstitucional por vulneración del art. 24.1 CE, ya que niega al Fiscal, en una interpretación para nosotros inadmisibles del principio de prohibición de la doble incriminación, la posibilidad de recurrir si el acusado resulta absuelto, lo que implicaría que se lo negaría a cualquier otro acusador también. Sería una involución, pues, intentar traernos estas normas o instituciones, mucho más atrasadas y peores que las nuestras, como demuestran los resultados favorables obtenidos con nuestra tradición, proclive desde siempre a favorecer todo lo que se pueda a la víctima y a no negar a ninguna parte el derecho al recurso.

---

<sup>123</sup> He tenido ocasión efectivamente de escribir sobre esos temas en GÓMEZ COLOMER, J.L., *El Tribunal Penal Internacional: Investigación y acusación*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2005, *passim*.

<sup>124</sup> Fuente: *Bureau of Justice Statistics, U.S. Department of Justice – Office of Justice Programs* ([www.ojp.usdoj.gov/bjs](http://www.ojp.usdoj.gov/bjs)). Véanse KING, N.J., *The American Criminal Jury*, 62 *Law & Contemp. Probs.* 41 (Spring 1999), pág. 59. Otros datos de KAMISAR, Y. / LAFAVE, W.R. / ISRAEL, J.H. / KING, N.J., *Criminal Procedure and the Constitution. Leading Supreme Court Cases and Introductory Text*, cit., págs. 2 y 3, y nota 2, añadiendo en la pág. 1, nota 1, de este libro el interesante dato de que el proceso penal federal significa menos del 1% de todas las persecuciones criminales en Estados Unidos.

Tampoco niego que son necesarias otras reformas orgánicas, principalmente de la Ley Orgánica del Poder Judicial, base legal necesaria para la aplicación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y ordinarias, así como es igualmente imprescindible tomar decisiones sobre algunas legislaciones que han complicado demasiado el panorama, por ejemplo, creo que deberían incardinarse la Ley del Jurado (extendiendo el mismo a la mayor cantidad de delitos posible), y la Ley de Violencia de Género (no sé muy bien cómo, pues la verdad la creación de un juez específico no me ha parecido muy correcta como ya dije por escrito<sup>125</sup>), en la nueva LECRIM, desapareciendo aquéllas como legislación especial. También habrá que entrar a fondo en la legislación penal de menores.

## **VII. En resumen.-**

Para terminar y en general, no discuto tampoco que muchos intentos de hacer convergentes ambos sistemas, el acusatorio norteamericano y el acusatorio mixto europeo, se estén centrando en estos momentos en la articulación de procesos en los tribunales internacionales<sup>126</sup>, que operarían de alguna manera como prueba, cuyo ejemplo más claro y último sería la Corte Penal Internacional<sup>127</sup>, puesto que al fin y al cabo se trata de introducir un alma acusatoria en un cuerpo europeo continental, en principio poco preparado para ello, pero cada día, sin embargo, más dispuesto a ello<sup>128</sup>, aunque no vaya a ser, no sea, nada fácil<sup>129</sup>.

Esto favorecería enormemente al menos la armonización del proceso penal en los países más importantes de la Unión Europea, que actuarían de locomotora respecto a los

---

<sup>125</sup> GÓMEZ COLOMER, J.L., *Violencia de género y proceso*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2007, pág. 124.

<sup>126</sup> Véase AMANN, D.M., *Harmonic Convergence? Constitutional Criminal Procedure in an International Context*, cit., págs. 818 y ss.

<sup>127</sup> Véase con detalle MORENO HERNÁNDEZ, M. (Coord.), *El Estatuto de Roma*, México 2004; y GÓMEZ COLOMER, J.L., *El Tribunal Penal Internacional: Investigación y acusación*, cit., págs. 53 y ss.

<sup>128</sup> Así lo creen AMODIO, E. / SELVAGGI, E., *An Accusatorial System in a Civil Law Country: The 1988 Italian Code of Criminal Procedure*, cit., pág. 1220.

<sup>129</sup> Como advierten PIZZI, W.T. / MARAFIOTI, L., *The New Italian Code of Criminal Procedure: The Difficulties of Building an Adversarial Trial System on a Civil Law Foundation*, 17 Yale J. Int'l L. 1 (1992), págs. 27 y ss.



demás, y sería desde luego algo mucho más importante que el proyecto, ahora varado, del *Corpus Iuris*<sup>130</sup>, demasiado limitado por otra parte para lo que idealmente estoy imaginando. Claro es que sin Constitución europea este pensamiento no deja de ser una mera utopía, que como tal reconozco.

Pero más en concreto, concluyo formulando estas cinco propuestas para España:

1ª) Es inaplazable por más tiempo la elaboración, aprobación y promulgación en España de una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal. No es sostenible en democracia la vigencia de un ley aprobada en 1882, totalmente desfigurada en su concepción original por las necesarias reformas que ha habido que implementar, sobre todo después de 1978, fecha de aprobación de la Constitución española democrática vigente, que lleva a la existencia de cuatro procesos penales ordinarios y varios especiales, entre ellos un juicio rápido y un juicio con jurado (éste con ley especial pero siendo ley básica aquella), ninguno de los cuales asegura hoy un proceso penal justo, rápido y barato.

2ª) Esa Ley de Enjuiciamiento Criminal debería ser la expresión más importante o de un sistema acusatorio propio más avanzado que el sistema acusatorio formal o mixto hoy vigente, o de un sistema acusatorio similar conceptualmente al vigente en los Estados Unidos de Norteamérica, pero de ser éste el caso evitando traer para acá sus defectos contrastados y luchando denodadamente por conservar nuestros patrimonios procesales propios que valga la pena realmente mantener.

---

<sup>130</sup> Véanse Varios Autores, *Hacia la unificación del Derecho Penal*, Ed. INACIPE y Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, México 2006; SCHÜNEMANN, B., *Alternativentwurf europäische Strafverfolgung*, Ed. Carl Heymanns, Köln 2004; TIEDEMANN, K., *Der Strafschutz der Finanzinteressen der Europäischen Gemeinschaft*, Neue Juristische Wochenschrift 1990, págs. 2226 y ss.; Idem, *Die Europäisierung des Strafrechts*, en KREUZER, K.F. / SCHEUING, D.H. / SIEBER, U. (editores), "Die Europäisierung der mitgliedstaatlichen Rechtordnungen in der Europäischen Union", Ed. Nomos, Baden-Baden 1997, págs. 133 y ss.; Idem, *Exigencias fundamentales de la Parte General y propuesta legislativa para un Derecho Penal europeo*, Revista Penal 1999, núm. 3, págs. 76 y ss.; Idem, *L'européizzazione del Diritto Penale*, Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale 1998, fasc. 1, págs. 3 y ss.; Idem, *Re-Europäisierung des Strafrechts versus Nationalismus der (deutschen) Strafrechtslehre*, Goldammer's Archiv 1998, págs. 107 y ss.; Idem, *Grunderfordernisse des Allgemeinen Teils für ein europäisches Sanktionenrecht. Generalbericht*, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 1998, núm. 110, cuaderno 2, págs. 497 y ss.; y GÓMEZ COLOMER, J.L., *La protección procesal penal de la Unión Europea en materia de lucha contra el fraude (el Proyecto Corpus Iuris)*, Revista de Derecho Penal y Criminología 2000, núm. 6, págs. 139 y ss.

3ª) Como consecuencia, el sistema acusatorio diseñado debería articular un proceso penal acusatorio, esto es, un proceso penal en el que se establecieran auténticas partes y plenamente garantista, en el que todas las autoridades públicas de persecución y las partes con sus abogados encajasen perfectamente y supiesen con exactitud el papel que tienen que desempeñar. Los actos acusatorios estarían preordenados al sistema y no a coyunturas particulares del momento, mal meditados generalmente y totalmente ineficaces como la reciente práctica española ha demostrado con creces.

4ª) Ese proceso penal debería configurarse estableciendo claramente dos únicos procesos, uno ordinario para delitos, y otro abreviado para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos y para faltas (salvo que se decida su descriminalización), gozando los procesos por delito de dos fases procesales, cuyo común denominador estructural sería la máxima, única y más importante, del proceso constitucional con todas las garantías o proceso debido, justo o equitativo:

a) En una primera, de investigación, el Estado debería poner todos los medios para que la Policía, autoridad de investigación, bajo la dirección formal de una autoridad pública realmente independiente, la autoridad instructora, averiguase la verdad material, lo que verdaderamente ha ocurrido, con respeto a los derechos constitucional y ordinariamente consagrados del imputado, preparando los materiales fácticos y probatorios de manera adecuada para que el juicio tenga éxito. El inculpado sería tratado en esa fase con equidad, estableciéndose normas procedimentales justas. Mientras en España la independencia de esa autoridad de persecución frente a los otros poderes del Estado y sus propios superiores no quedase garantizada, debería seguir instruyendo el delito un juez, la única autoridad pública verdaderamente independiente e imparcial de nuestro proceso penal actual, no sólo por razones técnicas, sino también de alta política legislativa, que en este libro he explicado creo que más que suficientemente.

En esa primera fase se establecerían criterios legales motivados para la evitación del proceso (principio de oportunidad, negociaciones), cuando los intereses sociales no resultaran gravemente dañados y el castigo del delincuente tuviera consecuencias irreparables para él. La policía no gozaría de discrecionalidad para ello, ni tampoco el fiscal, debiendo ser en todo caso aprobado el acuerdo por la autoridad independiente de instrucción.

b) En una segunda, de juicio oral, el Estado debería exigir una vigencia sin excepción de los principios que desarrollan el proceso debido, configurando un enjuiciamiento y, sobre toda, una práctica de la prueba, absolutamente garantista. El derecho de defensa adquiriría en esta fase sus manifestaciones más nobles, gozando de una auténtica igualdad frente a la acusación. La oralidad y sus principios derivados presidirían el procedimiento. Todos los delitos castigados con pena de prisión deberían ser objeto de enjuiciamiento por un Jurado igualmente imparcial, pero en la modalidad europea continental de Escabinato y no de Jurado puro.

5ª) El proceso llevaría a una sentencia motivada por el juez técnico, impugnabile en apelación por cualquiera de las partes a las que hubiera causado gravamen. El recurso de casación quedaría limitado a los temas jurídicamente más graves y a la conformación de la jurisprudencia.

Pero no voy a detenerme en estos interesantísimos temas porque me llevaría muy lejos de la finalidad que he pretendido con lo escrito hasta aquí. Aunque sin duda alguna esto me va a motivar para profundizar mucho más en estas apasionantes cuestiones, sobre todo si finalmente se aprueba nuestra nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal en verdad acusatoria, lo que deseo vivamente. Debo, pues, poner punto final, no sin antes volver a hacer una llamada a la prudencia a quien corresponda para que, sin objetar que se tome como modelo el sistema acusatorio norteamericano y su proceso penal, si lo adopta, primero que sea una parte y no el todo, y segundo y al menos que lo “españolice”, que mantenga nuestras mejores tradiciones jurídicas, las que han funcionado en la práctica correctamente, y si es posible que lo aliñe también con aditamentos alemanes e italianos, nuestras fuentes tradicionales hasta ahora.