

El núcleo esencial
del proceso penal adversarial:
Debido proceso legal y equidad.
Consecuencias de un posible mal entendimiento
al implementarlo en América Latina

Juan-Luis Gómez Colomer*

SUMARIO: I. Introducción. II. EL *Adversarial System*. II. El principio *due process of law*. III. La regla *Fairness*. IV. El trasplante del sistema en América Latina y, especialmente, en México.

El día 5 de diciembre de 2020 recibí un atento correo del Sr. Presidente de la Academia Mexicana de Ciencias Penales, Dr. D. Luis Rodríguez Manzanera, a la cabeza de una institución octogenaria del máximo prestigio entre sus iguales en el mundo jurídico, por el que se me comunicaba oficialmente mi nombramiento como Miembro Correspondiente de la misma, acompañándose la pertinente constancia.

He de decir, por ser de justicia, que fui nombrado por los señores miembros natos a propuesta del ilustre catedrático y abogado Dr. D. Rodolfo Félix Cárdenas, apoyado por muchos colegas, especialmente, por el no menos ilustre abogado y catedrático Dr. D. Miguel Ontiveros Alonso, con quien comparto gratamente una vocación sin fisuras por el Derecho germánico. A ambos mi más profundo agradecimiento, al igual que a la excelsa Academia, a su Presidente, y a todos los demás miembros natos y correspondientes que la componen.

La designación me ha colmado de dicha. Con toda modestia he de decir que es un honor inmerecido. Toda mi vida académica la he dedicado a analizar sistemas de enjuiciamiento civil y penal comparados, sobre todo de enjuiciamiento criminal, y no estoy seguro a estas alturas, más allá de expandir conocimiento y de generar un cierto nivel de crítica jurídica sobre determinados aspectos cruciales que nos afectan a todos y a todas como seres humanos, de haber podido contribuir a la adopción de decisiones trascendentales en nuestro ámbito por parte de quien las tiene que tomar, nuestro querido legislador.

Creo profundamente que es posible hoy en día una homologación mínima, con carácter internacional, del proceso penal basado en un sistema de garantías reco-

* Catedrático de Derecho Procesal. Universidad Jaime I de Castellón (España).

nocible por todas las democracias, pero veo muy lejos, por no decir imposible, un proceso penal garantista universal.

Mi análisis se ha centrado en la realidad y, por tanto, en acercar posturas partiendo de la dignidad del ser humano y de una correcta aplicación de los valores democráticos en el proceso penal para, un día, poder recorrer el camino juntos hacia una sentencia civil o penal justa, el fin infranqueable de todo proceso.

Esa ha sido mi intención vital. Muchas gracias por valorarlo y reconocerlo. El resto que Dios disponga que me quede de vida, seguiré predicando la bondad de un sistema universalmente aceptable de enjuiciamiento basado en esos principios.

Sé que México está en esta labor. La aprobación del Código de Procedimientos Penales en 2014 lo confirma. Quiero ayudarles, con el discurso que a continuación voy a pronunciar, a que la evolución natural del enorme impacto que conlleva un cambio tan radical como el producido en este bellissimo país hermano, no se desvíe de sus esencias y acabe siendo una frustración.

Voy a hablarles, por tanto, de cosas importantes, que tienen que ver con el núcleo esencial del proceso penal, a saber, con el afirmado carácter acusatorio del sistema de enjuiciamiento criminal y su entendimiento en el país que han tomado como modelo para la nueva orientación. ¿Se ha hecho bien, y previamente, se ha entendido bien qué es un sistema acusatorio? ¿Cuál es la base fundamental del mismo en los países que tradicionalmente lo han implementado, especialmente en los Estados Unidos de Norteamérica?

Verán que las cosas no son tan claras como parecen y, sobre todo, que en el fondo la esencia del sistema no se ha entendido bien, ni en México, ni en general en Latinoamérica, porque reside en dos principios, el *Due Process of Law* y la *Fairness*, ajenos al sistema continental europeo en el que México y Latinoamérica entera se han alimentado hasta hace poco más de 6 años, lo cual no quiere decir en absoluto que no hubiera principios equivalentes o máximas similares con nombre distinto en todos los países.

II. EL ADVERSARIAL SYSTEM

El enjuiciamiento criminal federal en los Estados Unidos de Norteamérica se sustenta todo él en un sistema “adversarial” o de partes.¹ 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

¹ Véase una exposición completa del proceso penal federal de los Estados Unidos de América en Gómez Colomer, J.L. (coord.), *Introducción al proceso penal federal de los Estados Unidos de Norteamérica*, Tirant lo Blanch, Valencia 2013, *passim*.

principal del Gobierno en el proceso penal, perseguir el delito a través de su órgano *ad hoc*, el Ministerio Público o Fiscal,² y acusar de su comisión a una persona.³

1. Origen

Este sistema es de origen inglés, habiendo formado parte del *English Common Law*,⁴ 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.⁵

2. Significado

La doctrina y jurisprudencia norteamericanas defienden este sistema de enjuiciamiento criminal por encima de cualquier otro, básicamente frente al llamado impropia-mente inquisitivo, aunque no todos, pues los hay bastante críticos,⁶ porque, según dicen quienes están a favor, es el que permite llegar a sentencias más acertadas, más justas en 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 in-

² Sobre el Ministerio Fiscal norteamericano, organización y funciones, v. Díez-Picazo, L.M., *El poder de acusar. Ministerio Fiscal y constitucionalismo*, Ariel, Barcelona 2000, pp. 61 y ss. El mismo autor en el mismo libro, pp. 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*.

³ Véase Gómez Colomer, J.L. (coord.), *Introducción al proceso penal federal de los Estados Unidos de Norteamérica*, cit., pp. 33 a 108.

⁴ Véase sobre el sistema “adversarial” en Inglaterra el excelente libro de Vogler, R., *A World View of Criminal Justice*, Ed. Ashgate, Aldershot, 2005, pp. 131 y ss.

⁵ Véanse LaFave, W.R./Israel, J.H., *Criminal Procedure* (3a. ed.), Ed. West Group, St. Paul Minn 2000. vol. 1, p. 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.), Oxford University Press, New York, 1998, pp. 7 y ss.

⁶ 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. Véanse también Dale, E., *Criminal Justice in the United States 1789-1939*, Ed. Cambridge University Press, New York 2011, esp. pp. 21 y ss.; y Roth, M.P., *Crime and Punishment. A History of the Criminal Justice System* (2a. ed.), Ed. Wadsworth, Independence, KY, 2011, esp. pp. 99 y ss.

quisitivo 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,⁷ sobre todo considerando que quien está encargada de descubrir las pruebas es la Policía, una institución pública, en posición superior en la realidad al abogado del defensor en punto a ello, desarrollada en Estados Unidos de manera muy distinta a muchos otros países, por ejemplo, los países de América Latina,⁸ lo cierto es que la jurisprudencia ha intentado corregir los defectos del sistema adversarial que su práctica constante ha ido poniendo de manifiesto paulatinamente,⁹ problemas reales del actual proceso penal norteamericano que no conviene dejar de lado a la hora de fijarnos en este modelo,¹⁰ por ejemplo, en una breve enumeración: El inmenso poder de la Policía, la amplísima discrecionalidad del fiscal a la hora de decidir la

⁷ 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*, 29 Colum. J. Transnat'l L. 245 (1991), pp. 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), pp. 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), pp. 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).

⁸ Tuvimos el honor de ser propuestos 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. Recomiendo 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 pp. 15 y ss., de ese libro.

⁹ Véanse Lafave, W.R./Israel, J.H., *Criminal Procedure*, cit., vol. 1, pp. 40 y 41.

¹⁰ 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, pp. 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, pp. 221 y ss. (trad. de Fidalgo Gallardo, Pizzi, William T., *Juicios y mentiras. Crónica de la crisis del sistema procesal penal estadounidense*, Tecnos, Madrid 1999, pp. 245 y ss.).

acusación,¹¹ 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.

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 Tribunal Supremo Federal de los Estados Unidos de Norteamérica, el sistema “adversarial” no hace sino reconocer el “inestimable valor de la libre elección”.¹²

Finalmente, en el sistema “adversarial” se desarrollan mejor y más adecuadamente que en el llamado sistema inquisitivo los derechos y garantías consagrados en la Constitución, y particularmente en la *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 es en el juicio, la vista en donde se practican las pruebas, en donde el juez con el jurado, cuando efectivamente tenga lugar, que es realmente en muy pocos casos, adquieren por la intermediación los materiales fácticos y las pruebas necesarias para su decisión, en suma, el juicio es el centro del sistema, la piedra angular del mismo, sometido a los principios de oralidad y publicidad, los únicos procedimentalmente 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*,¹³ o la propia in-

¹¹ Véase Davis, A.J., *Arbitrary Justice. The Power of the American prosecutor with a new afterword*, Ed. Oxford University Press, New York 2007, pp. 12 y ss.

¹² Véanse Lafave, W.R./Israel, J.H., *Criminal Procedure*, cit., vol. 1, p. 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*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 227.

¹³ Si la acusación no lo ha hecho antes, es obligatorio que revele a su contraria 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). 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 Tribunal Supremo Federal de los Estados Unidos de América, 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*, Ed. Forum, Bogotá 1995, vol. III, p. 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).

investigación policial.¹⁴ 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 uno 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.¹⁵ Pero, por muy deslumbrante que parezca el *Discovery*, la función en España de la 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, los Estados Unidos de América sólo admiten 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 podría integrar la esencia del enjuiciamiento criminal de los Estados Unidos de América, 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 los Estados Unidos de América, éste o es “adversarial” o acusatorio, o es nada, es decir, no existe,¹⁶ siendo cualquier otra cosa distinta todo lo que se quiera menos enjuiciamiento criminal y, por tanto y como consecuencia, tampoco proceso penal.¹⁷

3. 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:¹⁸

¹⁴ Véanse Lafave, W.R./Israel, J.H., *Criminal Procedure*, cit., vol. 1, p. 42.

¹⁵ 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).

¹⁶ Burnham, W., *Introduction to the Law and Legal System of the United States* (4a. ed), Ed. Prentice Hall, New Jersey 2000, p. 275.

¹⁷ Carp, R. A./Stidham, R., *The Federal Courts* (4a. ed.), Ed. Congressional Quarterly, Washington DC, USA 2001, p. 157.

¹⁸ 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, pp. 96 y 97.

- a) Institucionalmente, el sistema exige que el papel que los órganos y personas representan en el proceso penal esté definido en los siguientes términos:¹⁹
- 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;²⁰
 - 2º) El juez no instruye el proceso, limitándose a dirigir de manera absolutamente neutral el debate entre las partes frente al Jurado;²¹
 - 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;²² y
 - 4º) El abogado defensor defiende al acusado en un papel muy activo desde que sea legalmente posible,²³ 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 precisa el proceso penal norteamericano como proceso penal de partes, con claras

¹⁹ Es conveniente leer ahora las claves distintivas que considera Pizzi, W.T., *Juicios y mentiras...*, cit., pp. 146 y ss., y, respecto al jurado, esp. pp. 223 y ss.

²⁰ Consúltese Fletcher, G.P., *En defensa propia*, Tirant lo Blanch, Valencia 1992, p. 33; y Lafave, W. R./Israel, J. H./King, N. J., *Criminal Procedure*, cit., p. 36.

²¹ Consúltese Fletcher, G.P., *En defensa propia*, cit., p. 33.

²² He tratado este tema ampliamente en Gómez Colomer, J.L., *Estatuto jurídico de la víctima del delito* (2ª ed.), Ed. Thomson Reuters - Aranzadi, Pamplona 2015, pp. 41 a 127.

²³ Vide Lafave, W. R./Israel, J. H./King, N. J., *Criminal Procedure* (3a. ed.), cit., pp. 31 y 32; Fletcher, G. P., *En defensa propia*, cit., p. 32; y Thaman, St. C., *Europe's new Jury Systems: The cases of Spain and Russia*, Law and Contemporary Problems, Spring 1999, vol. 62, p. 233.

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 creemos que lo es, y si estamos pensando en idéntico discurso respecto a nuestro 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 definitiva sea el propio de un Estado de derecho. Por tanto, “Adversarial System” en los Estados Unidos de América es para mí también lo mismo que debe entenderse por “sistema acusatorio” en España. Lo mismo cabría decir de México, sin perjuicio de los matices que aducimos al final de este discurso.

Pero esto no quiere decir que los Estados Unidos de América homologuen 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).²⁴ 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.²⁵

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.²⁶

²⁴ Vide Gómez Colomer, *El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas*, Bosch, Barcelona 1985, pp. 165, y 171 a 174; y en general, Perron, W., *Das Beweisantragsrecht des Beschuldigten im deutschen Strafprozeß*, Ed. Duncker & Humblot, Berlin 1995.

²⁵ Véanse los comentarios sobre el sistema inquisitivo en la Europa actual de Lafave, W.R./Israel, J.H., *Criminal Procedure*, cit., vol. 1, p. 38; Fletcher, G.P., *Las víctimas ante el jurado*, cit., pp. 216 y 227; y Thaman, St.C., *Comparative Criminal Procedure. A Casebook Approach*, Ed. Carolina Academic Press, Durham, NC. USA 2002, pp. 14 y ss.

²⁶ 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), pp. 172 y ss.; Frase, R.S., *Main-*

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 la clave del sistema de enjuiciamiento criminal norteamericano, su constitucionalización.

4. La constitucionalización del proceso penal

El proceso penal federal estadounidense, y con él el de los estados, no es hoy sólo la aplicación práctica de una serie de sentencias y de un conjunto de leyes y disposiciones ordinarias de naturaleza procesal penal, y en parte penal, que lo han ido configurando a lo largo de los años, es hoy ante todo una concreción de la fuerza real de la Constitución (política) federal cuando tiene un campo de aplicación propio en el mismo proceso penal.

Por eso se dice con razón que el proceso penal federal de los Estados Unidos de América es hoy un proceso penal plenamente constitucionalizado, en permanente evolución desde su puesta en práctica inicial, anterior en el tiempo a la Revolución francesa, de donde nace el proceso penal acusatorio formal o mixto (el llamado proceso penal reformado para los alemanes), que todavía rige lo esencial del proceso penal español.

Varias razones se han dado a lo largo de la historia de los Estados Unidos de América, y sobre todo en los últimos años, para esa constitucionalización. Brevemente expuestas, debe hacerse mención de dos aspectos:²⁷

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), pp. 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), pp. 242 y ss.

²⁷ Siguiendo a Lafave, W.R./Israel, J.H./King, N. J./Kerr, O.S., *Criminal Procedure* (5a. ed.), Ed. West-Thomson, St. Paul Minn 2009, pp. 52 y ss.

1º) Los Estados Unidos de América son la primera nación del mundo democrático que incorpora a su norma máxima un catálogo explícito de derechos civiles básicos de las personas (conocidos en Europa gracias a la aportación doctrinal alemana como “derechos fundamentales”), que se aplican a los imputados y acusados en un proceso penal. Esto tiene un potencial inmenso, como se ha demostrado históricamente, para una interpretación y aplicación de la ley procesal penal ajustada a la constitución en la práctica.

Dicho catálogo se contiene no en la originaria Constitución política curiosa-mente, sino en las diez primeras enmiendas a la misma que conforman la llamada “Declaración de Derechos” (*Bill of Rights*), aprobada en 1791, cuatro años después de aquélla. Su valor jurídico es el mismo (v. art. V de la Constitución USA), pues al fin y a la postre se trata desde nuestra perspectiva de reformas constitucionales, sólo que con otra técnica legislativa.

Ese catálogo de derechos civiles básicos se aprobó para garantizar la protección de los individuos que por nacimiento eran ciudadanos de un estado ahora federado frente a la todopoderosa administración federal. Tal fuerza tuvo la exigencia de los estados que, si no se hubieran aceptado esas enmiendas, hoy no existirían probablemente los Estados Unidos de América como país federal.

Por tanto, esos derechos nacieron con vocación garantista y se configuraron como un instrumento potente para que ese ciudadano pudiera hacer frente con éxito a excesos, desmanes y actuaciones arbitrarias o incluso delictivas de la poderosa nación que se acababa de crear.

2º) Como concreción básica de esa protección se articula, que no se crea, pues ya venía de la vieja Inglaterra, el principio del proceso debido, inicialmente previsto sólo para el Derecho federal en la V Enmienda, que, como acabamos de decir y recordamos, forma parte de la *Bill of Rights*, pero que como citaremos *infra* se ha extendido a todos los estados, como las demás garantías, aunque no sin problemas, mediante la llamada “cláusula de la incorporación selectiva” con fundamento en la XIV Enmienda (aprobada en 1868).²⁸

Como veremos, este principio es el motor del sistema, porque configura y determina hasta dónde puede llegar el estado en la lucha contra el crimen y la averiguación de la verdad, fijando un límite traspasado el cual los derechos de los ciudadanos priman sobre los mismos fines del Estado en el proceso penal. Naturalmente, es mucho más amplio como principio y nunca ha tenido una interpretación unívoca, pero

²⁸ En *Danforth v. Minnesota*, 552 U.S. 264, 128 S.Ct. 1029, 169 L.Ed. 859 (2008), el Tribunal Supremo decidió sobre la conformación del proceso penal por los estados respetando las bases constitucionales. La sentencia citada completa se puede consultar en español en Israel, J.H./Kamisar, Y./Lafave, W.R./King, N.J., *Proceso Penal y Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica* (trad. coordinada por Juan-Luis Gómez Colomer), *cit.*, p. 117.

con base en él se han ido desarrollando principios importantísimos del proceso penal, hasta tal punto que se ha convertido en la clave de bóveda del sistema.

En América Latina, los países que han desarrollado el sistema adversarial no han interpretado generalmente bien este aspecto y no han sabido distinguir entre vulneración del principio del proceso debido y de otro también de naturaleza constitucional que se basa en él pero distinto, como el derecho de defensa, por ejemplo, de manera que se puede decir que en la práctica de esos países, con honrosas excepciones, cualquier vulneración o irregularidad procesal es infracción del proceso debido, lo que hace que se diluya enormemente su potencial. Al final de mi discurso volveré sobre este importante punto con relación a México.

Estos logros no se consiguieron inicialmente, sino después de muchos avances y retrocesos, tras muchas luchas internas, hasta que alcanzó la presidencia del Tribunal Supremo Federal el insigne magistrado Earl Warren, antes citado, en los años 60 del siglo pasado, con quien se inició el llamado garantismo judicial, porque bajo su mandato dicho tribunal amplió considerablemente el alcance de los principios y garantías procesales penales contenidas en la *Bill of Rights* en el proceso penal.

Lo importante es que ha sido el sistema adversarial el que, al lado del hasta entonces único fin del proceso penal de castigar al culpable y absolver al inocente, ha ido más allá y ha dicho que también es fin del proceso penal enjuiciar al acusado con respeto a las garantías establecidas en la Constitución.

Esto no quiere decir en absoluto que el proceso penal se pueda llevar a cabo sólo con la Constitución en la mano, ni siquiera en los Estados Unidos se defiende esta posición extrema. Lo único que se quiere decir es que el proceso penal propio de un estado de derecho no se puede entender, ni practicar, sin partir de los principios y garantías procesales penales que establece su constitución democrática.

Cabe por ello el honor a los Estados Unidos de América de haber sido el primer país en poner en práctica los derechos cívicos (fundamentales) del acusado en un proceso penal. Los demás países, sobre todo Francia, Alemania e Italia, aun contando con numerosas y fructíferas aportaciones originales en la constitucionalización del proceso penal, sólo han hecho que seguir de una u otra manera sus huellas. Ésta es una de las razones fundamentales por las que el modelo de enjuiciamiento criminal anglosajón y norteamericano concretamente, el sistema adversarial, se está convirtiendo en el modelo a seguir para reformar y organizar de nuevo el enjuiciamiento criminal de un país democrático, si no está adscrito a dicho modelo.

Un reflejo puramente aproximativo de esa constitucionalización del proceso penal se observa en los derechos fundamentales, principios procesales y garantías institucionales que rodean a los sujetos procesales más importantes, el juez (con el jurado), el fiscal y el acusado.

Dejando ahora el jurado, nos fijaremos en los sujetos procesales mencionados para ofrecer una primera orientación sobre la realidad de esa constitucionalización del proceso penal:

1º) La imparcialidad del juzgador es la primera de las claves. En el mundo anglosajón se prefiere hablar de imparcialidad, de inamovilidad y de responsabilidad, más que de independencia, aunque el término no es ajeno a su cultura evidentemente²⁹. El juez debe actuar con imparcialidad, tanto en todo el proceso en general, como en el acto del juicio en particular. Es un requisito que se recoge en la Enmienda XIV, sección 1ª de la Constitución federal cuando se prohíbe a los estados “negar a cualquier persona que se encuentre dentro de sus límites jurisdiccionales la protección de las leyes, *igual para todos*”. Pesa sobre el juzgador, como consecuencia, el deber ético de abstenerse (una verdadera auto-recusación) cuando su imparcialidad puede ser razonablemente cuestionada en todo momento procesal, tanto por razones extraprocesales como intraprocesales. Si el juzgador no se abstiene de conocer de un asunto, dado el caso, constatada la influencia que sus opiniones tienen sobre los testigos y los miembros del jurado, estaremos ante una violación del *Due Process of Law*, que abre la puerta a la apelación de la sentencia de este proceso. En este sentido, las normas procesales penales vigentes en los Estados Unidos de América ordenan la incapacidad de los jueces al disponer que cuando un juez manifieste “familiaridad con el expediente” deberá dejar de conocer de un asunto, sustituyéndole cualquier otro juez que sirve ordinariamente en ese tribunal. También se prevé la sustitución para cuando el juez que está conociendo del caso no pueda terminar el acto del juicio por enfermedad, muerte u otro tipo de discapacidad. Se permite la sustitución del juez por los motivos mentados, incluso, después de la presentación del veredicto o la determinación de la culpabilidad.³⁰

2º) La imparcialidad, pero en otro sentido, afecta al segundo de los protagonistas del proceso penal federal, el Ministerio Fiscal, tanto en la fase de investigación (*Investigation*), como en la fase de enjuiciamiento o de juicio (*Adjudication*). El Ministerio Fiscal se configura como un servidor más de la Ley, cuyo interés principal y supremo debe ser la colaboración en la realización de la justicia. Nunca puede ser su objetivo “ganar” un caso. En correlación con esta idea, y partiendo de la posible participación del Ministerio Fiscal en fases previas al juicio —en las que ha podido configurarse una opinión— y de la discrecionalidad que disfruta para perseguir los delitos, se prohíbe a los miembros del Ministerio Fiscal utilizar métodos impropios

²⁹ Vide Díez-Picazo, L.M., “Notas de derecho comparado sobre la independencia judicial”, *Revista Española de Derecho Constitucional* 1992, núm. 34, pp. 19 y ss.

³⁰ En concreto, v. Fed.R.Crim.P. 25. Se supone que este nuevo juez realizará las actuaciones necesarias para hacer cumplir la sentencia. Este juez puede exigir la celebración de un nuevo juicio si considera que las actuaciones u obligaciones jurisdiccionales posteriores a la sentencia —*post-trial duties* dice la mentada ley— únicamente las puede realizar el juez que ha presidido el acto del juicio o por cualquier otra razón.

concebidos para lograr una convicción interesada, bien sea positiva o negativa respecto del acusado. Y aunque el comportamiento descrito de los miembros del Ministerio Fiscal no infringe claramente ninguno de los derechos de la *Bill of Rights*, no cabe duda de que atenta contra el derecho al proceso debido.³¹ Sin embargo, lo cierto es que en la práctica, ante la ausencia de guías legales al respecto, resulta difícil y enrevesado controlar conductas no autorizadas como las descritas en el Ministerio Fiscal, aunque ese control sea esencial, por el peligro e influencia que conlleva sobre la convicción del jurado. Por tanto, será cada tribunal el que deba determinar las consecuencias de una conducta del Ministerio Fiscal que haya violado las garantías que integran el principio del proceso debido.

3º) Incidiendo ya en el verdadero protagonista del proceso penal, el acusado, debe hacerse una referencia genérica y breve a los derechos que le asisten durante todo el proceso penal, para alcanzar una idea bastante exacta de la concreción de la constitucionalización del proceso penal federal norteamericano.

a) Destaca en primer lugar el derecho al proceso debido del acusado, que hemos tratado aquí brevemente y que abordaremos a continuación. Sólo diremos ahora que su punto de partida es el desequilibrio o desigualdad existente entre los instrumentos y recursos a disposición del Gobierno para el procesamiento del delincuente y los que dispone el acusado para su defensa. Los primeros son muy superiores a los segundos. De ahí que todas las garantías derivadas del principio del proceso debido persigan diluir y corregir ese desequilibrio o desigualdad. Es más, de los veintiséis derechos diferentes enunciados en las ocho primeras enmiendas de la *Bill of Rights*, quince están específicamente destinados a ser aplicados en los procesos penales.

b) Asiste al acusado, igualmente, el derecho a la presunción de inocencia, antes mencionado. Efectivamente, en todos los casos penales se presume o asume la legalidad de la conducta del acusado y su correlativa no culpabilidad respecto a las acusaciones contra él formuladas. Esta presunción sólo se desvanece cuando se obtienen pruebas suficientemente persuasivas como para demostrar la culpabilidad del acusado sin ninguna duda. Por tanto, y lógicamente, no a toda acusación le sigue una pena, si bien tampoco se puede restar importancia al significado y posibles consecuencias de la acusación. Lo cierto es, sin embargo, que no aparece expresamente recogida en ningún artículo de la carta magna norteamericana la presunción de inocencia, si bien desde ya hace casi dos siglos se considera unánimemente parte básica del juicio justo o *Fair Trial*, y en cuanto tal componente del principio del proceso debido.³²

³¹ Ciertamente, las leyes estatales que permiten la excesiva discrecionalidad del Ministerio Fiscal en la aplicación de la ley penal, o que resultan imprecisas en sus términos violan las garantías derivadas del *Due Process of Law* de las Enmiendas Quinta y Decimocuarta. Lo afirma el Tribunal Supremo Federal en *Palmer v. City of Euclid*, 402 U.S. 544, 1971.

³² Lo reconoció en Estados Unidos hace más de un siglo y medio la metrópoli en *Commonwealth v. Webster*, 59 Mass. 295, 320, 1850.

c) Igual que ocurre con la presunción de inocencia, tampoco existe un precepto constitucional que disponga la intensidad que se requiere a la prueba para poder considerarla eficaz o válida para, tras destruir la presunción de inocencia del acusado, suponer la condena de éste. Sin embargo, también es principio básico del sistema procesal penal norteamericano, tanto del federal como de los estatales, el de “la prueba más allá de cualquier duda razonable” (*Proof beyond a Reasonable Doubt*). Lo cierto es que el concepto de “prueba más allá de cualquier duda razonable” es indeterminado y no compatible con cuantificación objetiva alguna. Ello deja en manos exclusivamente del jurado del caso concreto, de su racionalidad y convencimiento, la cuantificación de la prueba necesaria para satisfacer la carga, es decir, la consideración de si persiste o se ha despejado la duda razonable. Conforme a ello, el jurado señalará la culpabilidad o no del acusado.³³ En la práctica se habla, pero sin más fundamento que poner un ejemplo ilustrativo pedagógicamente, que para condenar los miembros del jurado deben estar convencidos un 95% o más de la culpabilidad del acusado.

d) Otro de los derechos que ampara al acusado durante todo el proceso y también en el acto del juicio o *Trial* es el derecho de defensa, a enmarcar dentro del principio de contradicción (*Right to Present Defense*). Todo acusado tiene derecho a preparar una defensa en igualdad de condiciones que la acusación. Elemento o garantía crucial del *Due Process of Law*, la Enmienda VI de la Constitución federal lo refleja como el derecho a que “se le caree con los testigos que depongan en su contra; de que se obligue a comparecer a los testigos que le favorezcan y de contar con la ayuda de un abogado que lo defienda”. Garantizándose los componentes técnicos que posibilitan este *Right to Present Defense* (la presunción de inocencia, la asistencia letrada, etc.) de otras formas, se concibe el derecho de defensa como derecho a conocer los elementos en los que la parte contraria fundamentará su acusación y consiguientes peticiones. Es la vía para garantizar la contradicción. Se considera elemento fundamental de este derecho el deber de la acusación de mostrar sustancialmente su postura a la parte acusada. Por consiguiente, aquél debe desvelar a ésta los hechos, pruebas, declaraciones..., que maneja. Se trata de impedir situaciones sorpresivas o de engaño que contribuirían a la inadecuada preparación de la defensa. Ello supondría un ataque al *Due Process of Law* y abriría la puerta a la apelación. Lo cierto es que el Tribunal Supremo Federal ha potenciado este derecho de defensa impidiendo la creación de trabas dentro del procedimiento. Sin embargo, ya hace más de 40 años reconoció que no es un derecho absoluto, otorgando a los estados la posibilidad de determinar algunas de sus concretas manifestaciones, respetando siempre en lo esencial la confrontación.³⁴

³³ *Victor v. Nebraska*, 1994 U.S. Lexis 2490, United States Supreme Court.

³⁴ Gráficamente, *Pointer v. Texas*, 380 U.S. 400, 1965.

e) Un instrumento para garantizar el derecho recién mentado es el derecho a la asistencia letrada (*Right to Counsel*), tanto de confianza como de oficio. Es muy importante en las etapas previas al juicio, pero todavía más en el *Trial*. Reconocido expresamente en la Enmienda VI de la Constitución federal, el *Right to Counsel* es esencial para garantizar el principio del proceso debido y la aplicación de la Enmienda XIV de la Constitución federal. Ya tempranamente el Tribunal Supremo Federal manifestó que el *Due Process of Law* exige garantizar la asistencia letrada de oficio para todas las personas que no dispongan de ella.³⁵ En cualquier caso, la aplicación de este derecho viene determinada por la concurrencia de dos circunstancias, la penalidad vinculada a los delitos y las fases “críticas” del proceso. Conforme a la primera, se debe aplicar en todos los delitos aparejados con una pena privativa de libertad, independientemente de su duración.³⁶ La segunda circunstancia se divide en el conjunto del proceso penal, porque en el mismo se ven afectados los derechos del acusado a cada momento, por lo que en todo él es necesaria la asistencia letrada. Por lo demás, la asistencia letrada que reconoce la Enmienda VI, conforme al Tribunal Supremo Federal es efectiva y cualificada.³⁷ Sin embargo, ¿cómo probar en la práctica que una asistencia es incorrecta?, y aún más, ¿cómo probar que existe una relación de causalidad entre la asistencia inadecuada y un perjuicio tan importante que suponga la privación del acusado de un juicio justo (*Fair Trial*)?

En la actualidad a nivel federal el derecho a abogado y al nombramiento de uno de oficio para cuando no se disponga de medios, lo desarrollan las normas procesales penales vigentes. Se reconoce al “acusado incapaz de obtener abogado el derecho a que se le nombre uno en todas las fases del procedimiento, desde la comparecencia inicial hasta la apelación, salvo que el acusado renuncie a este derecho”.³⁸

Además, existen unos estándares aplicables para determinar si el acusado recibió en realidad la “asistencia eficaz” garantizada en la Sexta Enmienda (v., por ejemplo, el citado caso *Strickland*).³⁹

³⁵ Se hacía especial referencia a los indigentes. Tempranamente, *Powell v. Alabama*, 287 U.S. 45, 68-69, 1932; *Johnson v. Zerbst*, 304 U.S. 458, 1938; y *Betts v. Brady*, 316 U.S. 455, 462, 1942. Más tarde, *Griffin v. Illinois*, 351 U.S. 12, 1955; *Gideon v. Wainwright*, 372 U.S. 335, 344, 1963; *Douglas v. California*, 372 U.S. 353, 1963; y *Ross v. Moffitt*, 417 U.S. 600, 1974.

³⁶ Por tanto, también los delitos menores o *petty offenses* exigen el reconocimiento del *right to counsel*. Se advierte en *Argersinger v. Hamlin*, 407 U.S. 25, 1972; *Scott v. Illinois*, 440 U.S. 367, 1979; y *Baldasar v. Illinois*, 446 U.S. 222, 1980.

³⁷ Vid. en *Strickland v. Washington*, 466 U.S. 688, 1984, que refleja el criterio de lo que la asistencia efectiva debe ser. La sentencia citada completa se puede consultar en español en Israel, J.H./Kamisar, Y./Lafave, W.R./King, N.J., *Proceso Penal y Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica* (trad. coordinada por Juan-Luis Gómez Colomer), *cit.*, p. 1054.

³⁸ En concreto, la Fed.R.Crim.P. 44.

³⁹ V. *Strickland*, *cit.* en nota 37.

Es inútil proporcionar directrices específicas sobre el nivel de competencia razonable exigible por la Sexta Enmienda al abogado defensor.⁴⁰

f) Se reconoce al acusado el derecho a estar presente en las actuaciones judiciales. Es lo que los norteamericanos denominan *Confrontation Clause - Right to be Present*. El derecho del acusado a estar presente en la sala de vistas durante todas las fases del proceso, protegido por dicha cláusula, no se reconoce expresamente en la Enmienda VI (de hecho, veremos que, por ejemplo, en las sesiones del *Grand Jury* no está presente), aunque sí recoge el derecho al careo con los testigos que testifiquen o depongan en su contra.⁴¹

Pero el acusado puede perder su derecho a estar presente en el juicio.⁴²

Ya hace muchos años, el Tribunal Supremo Federal calificó el derecho a la confrontación entre el acusado y el acusador como “esencial para un juicio criminal justo”.⁴³

Esta *Confrontation Clause* conlleva que el acusado tiene derecho a permanecer físicamente frente a quien declara contra él y el derecho a realizar un interrogatorio cruzado.⁴⁴ Sin embargo, el derecho no se limita a la mera presencia física. Incluye el derecho a comprender lo actuado en el proceso, del que se deriva el correlativo derecho del acusado —al tiempo deber para el Tribunal— a que se le facilite un intérprete cuando desconozca el inglés.

Obsérvese que este derecho tiene una importancia práctica capital y se interpreta en los Estados Unidos de América de manera muy distinta a como se hace en algunos países importantes jurídicamente de Europa: Es muy difícil encontrar en Estados Unidos un juicio válido en el que se haya negado el derecho al abogado de-

⁴⁰ Véase *Rompilla v. Beard*, 545 U.S. 374 (2005), 355 F.3d 233, reversed. La sentencia citada completa se puede consultar en español en Israel, J.H./Kamisar, Y./Lafave, W.R./King, N.J., *Proceso Penal y Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica* (trad. coordinada por Juan-Luis Gómez Colomer), *cit.*, p. 1071.

⁴¹ La primera sentencia que reconoció el derecho del acusado a estar presente en todas las fases del proceso fue *Snyder v. Massachusetts*, 291 U.S. 97, 1934, si bien tuvo cuatro votos disidentes.

⁴² Véase *Illinois v. Allen*, 397 U.S. 337, 90 S.Ct. 1057, 25 L.Ed.2d 353 (1970), que se puede consultar en español en Israel, J.H./Kamisar, Y./Lafave, W.R./King, N.J., *Proceso Penal y Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica* (trad. coordinada por Juan-Luis Gómez Colomer), *cit.*, p. 1146.

⁴³ *Pointer v. Texas*, 380 U.S. 400, 1965; y *California v. Green*, 399 U.S. 149, 1970.

⁴⁴ El primer inciso lo tenemos que entender en su total literalidad, quedando prohibido cualquier elemento que se interponga entre el acusado y los testigos que atestiguan en su contra. Se trata con ello de garantizar, tanto la visión, como la comunicación oral entre ambas, en ambos sentidos. Lo refleja, *Coy v. Iowa*, 487, U.S. 1012, 1988. Por su parte, avalan que el derecho a realizar un interrogatorio cruzado es parte de esta *confrontation clause* *Dusky v. United States*, 362 U.S. 402, 1960; *Riggins v. Nevada*, 1992 U.S. Lexis 2701, Supreme Court of the United States; y *Godínez v. Moran*, 1993 U.S. Lexis 4396, Supreme Court of the United States.

fensor de confrontar a un testigo concontrinterrogándole, lo que exige ineludiblemente su presencia física en la sala en que tenga lugar el juicio.⁴⁵

g) El derecho a estar presente en la sala de vistas conlleva el derecho a comparecer con la apariencia y dignidad propias de un hombre libre e inocente. Con este fundamento, el Tribunal Supremo Federal alegando el *Due Process of Law* y sus garantías, prohíbe la comparecencia del acusado vistiendo ropas de prisionero. De esta interdicción, asimismo se deduce la proscripción del uso de esposas o grilletes en la sala de vistas, salvo que por razones de peligro de fuga o riesgo para las personas allí presentes, resulten necesarias.

Entiende el Tribunal Supremo Federal que cabe la renuncia tácita de este derecho a estar presente. La efectuará el que haciendo gala de una conducta inapropiada altere o impida el transcurso del proceso penal.⁴⁶ Se trata de una renuncia temporal, pues cesará cuando el acusado muestre su intención de mantener una conducta apropiada en la sala de vistas. Del mismo modo, el máximo tribunal entiende que si una vez comparecido el acusado deja de asistir a las sesiones se da la renuncia de este derecho. Siempre que la renuncia sea voluntaria y el acusado sea consciente de su carga-derecho a comparecer se podrá seguir con el proceso penal, incluso, con ausencia de aquél.

h) Para terminar con el compendio de derechos que asisten al acusado en el proceso y también en el acto del juicio tenemos que incidir en el derecho al juicio público y rápido que le reconoce la Enmienda VI.⁴⁷

En el marco del derecho al juicio público, en primer lugar, tenemos que vincular esta publicidad con la libertad de prensa que se reconoce en la Enmienda I de la constitución norteamericana. Sin embargo, lo cierto es que es importante proteger, tanto el derecho a un juicio justo, como el derecho a un juicio público y la libertad de prensa. De ahí, que sea fundamental buscar el equilibrio entre el derecho a un juicio público (y rápido) y el derecho a un jurado imparcial, pues en la práctica una publicidad sin límites o absoluta puede acarrear grandes distorsiones en el proceso.⁴⁸ La doctrina norteamericana en esta pugna o búsqueda de equilibrio, reconoce

⁴⁵ Véase *Michigan v. Bryant*, 562 U.S. 344, 131 S.Ct. 1143, 179 L.Ed.2d 93 (2011), que se puede consultar en español en Israel, J.H./Kamisar, Y./Lafave, W.R./King, N.J., *Proceso Penal y Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica* (trad. coordinada por Juan-Luis Gómez Colomer), *cit.*, p. 1151.

⁴⁶ *Illinois v. Allen*, 397 U.S. 337, 1970.

⁴⁷ Esta Enmienda garantiza a todos los ciudadanos de la Federación “*the right to a speedy and public trial, by an impartial jury*”, es decir, el derecho a ser juzgado rápidamente y en público por un jurado imparcial.

⁴⁸ Piénsese, por ejemplo, en la situación de los testigos, que conscientes del riesgo que la publicidad del proceso y de su testimonio puede acarrearles, se niegan a participar, o en general, en las presiones a las que se pueden ver sometidos los sujetos participantes del proceso (el propio acusado, los acusadores, el juez, el jurado...). Lo enfatizan, *Irvin v. Dowd*, 366 U.S. 717, 1961; *Sheppard v. Maxwell*, 384 U.S. 333, 1966; y *Gannett Co. v. De Pasquale*, 443 U.S. 368, 1979.

que la publicidad del proceso mediante la libertad de prensa, no es un derecho absoluto. Es más, se puede limitar si ello contribuye a proteger un interés superior, como es un proceso justo. Siempre se piensa, al respecto, en los delitos sexuales. En cualquier caso, la limitación de la publicidad del proceso siempre se debe decidir y realizar caso por caso y utilizando como criterio la interpretación favorable al acceso a aquélla, resultando los procedimientos secretos (*Closed Procedures*) excepcionales.⁴⁹

En segundo lugar, es innegable la conexión entre el derecho al juicio público y el derecho a la defensa del acusado. El acusado debe estar presente en las vistas y examinar los testigos y las pruebas en las que se sustenta la acusación. El mismo derecho se les reconoce a los miembros del jurado para poder realizar su labor y a los que asistan al proceso penal. Únicamente la prueba presentada de esta forma puede ser tenida en cuenta por el juez en su resolución.⁵⁰

En relación al derecho al *speedy trial*, es decir, al derecho al juicio rápido, tenemos que remarcar que en cuanto parte del *Due Process of Law*,⁵¹ un retraso injustificado, imputable a los Tribunales y que cause un perjuicio al acusado, supondrá la infracción o violación de aquél.⁵²

⁴⁹ *Saxbe v. Washington Post Co.*, 471 U.S. 843, 1974; *Globe Newspaper Co. v. Superior Court* 457 U.S. 596, 1982; y *Press-Enterprise Co. v. Superior Court of California*, 464 U.S. 501, 1981.

⁵⁰ *Williams v. New York*, 337 U.S. 241, 1949.

⁵¹ “Justice delayed is justice denied”. La consecución del “*speedy trial*” como elemento determinante del “*fair trial*” y por tanto imprescindible para que el *Due Process of Law* procesal exista, ha centrado buena parte de los esfuerzos de las instituciones norteamericanas en los últimos años, particularmente es el caso del “*National Center For State Courts*” y los estudios y publicaciones que impulsa. *Description and analysis of the Passaic County (NJ) speedy trial demonstration project*, North Andover (Massachusetts), 1980. *Implementing delay reduction and delay prevention programs in urban Trial Courts*, Denver (Colorado), 1985. Vid. también el vol. 23, nº 1, de la revista *The Judges journal*, Chicago (Illinois), 1984, que se ocupa monográficamente de la cuestión. La resolución de este problema depende de la aplicación de técnicas principalmente de racionalización de la gestión, que por no constituir estrictamente materia procesal no analizaremos aquí. A modo de información complementaria y concordante, queremos señalar que las dilaciones indebidas, y por tanto la vulneración del derecho a un proceso rápido, han adquirido el rango de problema global que —además de a países en vías de desarrollo, como sería previsible— afecta también y muy significativamente a los países desarrollados. Vid. jurisprudencia del TEDH en relación con el art. 6 CEDH.

⁵² Véanse *Hill v. United States*, 368 U.S. 424, 1962; *United States v. Timreck*, 441 U.S. 780, 1979; *Davis v. United States*, 417 U.S. 333, 1974; y *Reed v. Farley, Superintendent, Indiana State Prison, et al.*, 1994, U.S. Lexis 4643, Supreme Court of the United States. Son de especial relevancia *Barker v. Wingo*, 407 U.S. 514 (1972), que se puede consultar en español en Israel, J.H./Kamisar, Y./Lafave, W.R./King, N.J., *Proceso Penal y Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica* (trad. coordinada por Juan-Luis Gómez Colomer), *cit.*, p. 841; *Dogget v. United States*, 505 U.S. 647 (1992), que se puede consultar en español en Israel, J.H./Kamisar, Y./Lafave, W.R./King, N.J., *Proceso Penal y Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica* (trad. coordinada por Juan-Luis Gómez Colomer), *cit.*, p. 849; y *United States v. Lovasco*, 431 U.S. 793 (1977), que se puede consultar en español en ISRAEL, J.H./Kamisar, Y./Lafave, W.R./King, N.J., *Proceso Penal y Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica* (trad. coordinada por Juan-Luis Gómez Colomer), *cit.*, p. 857.

Hasta aquí la explicación de la constitucionalización del *Adversarial System*. Entremos en el núcleo esencial del mismo.

III. EL PRINCIPIO *DUE PROCESS OF LAW*

El primer concepto articulador nuclear del sistema adversarial es el principio del proceso legalmente debido (*Due Process of Law*),⁵³ al que ya nos hemos referido en varias ocasiones. 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*.⁵⁴

La primera advertencia que debemos hacer recae por un lado sobre la gran complejidad de la institución, y por otro sobre la importancia fundamental de la misma dentro del sistema jurídico de los Estados Unidos de América.⁵⁵ La complejidad está garantizada por el hecho de tratarse de un elemento que se ha desarrollado en los ordenamientos anglosajones durante más de siete siglos, a través de la constante interpretación jurisprudencial y de la no menos trascendente elaboración doctrinal.

Por lo que al carácter fundamental dentro de los ordenamientos anglosajones concierne, el mismo se deriva de la finalidad de la institución que tiene su ámbito en la modulación de las situaciones en las que los derechos fundamentales esenciales, la vida, la libertad y la propiedad,⁵⁶ son fijados por la autoridad, actuando el *Due Process of Law* en aquellas ocasiones como válvula reguladora.

En general y respecto del ordenamiento jurídico de los Estados Unidos de América considerado en su globalidad, el principio del *Due Process of Law* es una institución procedente del Derecho medieval inglés, como veremos enseguida, que fue recibida y redefinida por la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica y, posteriormente, incesantemente interpretada por los tribunales, que le confieren la

⁵³ Véase Esparza Leibar, I., *El principio del proceso debido*, Ed. Bosch, Barcelona 1995, *passim*, quien aborda el estudio procesal mejor y más completo publicado hasta ahora en español sobre este principio en Estados Unidos, Alemania y España. Una puesta al día de este autor conmigo en Gómez Colomer, J.L. (coord.), *Introducción al proceso penal federal de los Estados Unidos de Norteamérica*, cit., pp. 109 a 126.

⁵⁴ V. Israel, J.H./Kamisar, Y./Lafave, W.R./King, N.J., *Criminal Procedure and the Constitution. Leading Supreme Court Cases and Introductory Text*, cit., p. 26 (trad. coordinada por Juan-Luis Gómez Colomer, "Proceso Penal y Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica", cit., p. 73).

⁵⁵ Precisamente por las citadas razones y para no añadir mayor confusión a tan delicado tema, hemos decidido respetar el idioma original por lo menos en lo que a cuestiones fundamentales (v. gr. texto de las Enmiendas USC) respecta, cuya comprensión en la mayor parte de los casos no presenta ninguna dificultad.

⁵⁶ V. Enmiendas V y XIV, en el Anexo I del libro Gómez Colomer, J.L. (coord.), *Introducción al proceso penal federal de los Estados Unidos de Norteamérica*, cit., pp. 513, 515 y 516.

indiscutida consideración de básico. Su vigencia impone directamente el deber de ajustarse a él a todos los sujetos (personas físicas o jurídicas, de naturaleza pública o privada), y en todas las actuaciones que afecten a los derechos a los que la Constitución otorga la máxima consideración, que no son otros que la vida, la libertad y la propiedad. Y ello tanto en manifestaciones de derecho material (*Due Process of Law* sustantivo, v. gr. en caso de expropiación) como en manifestaciones jurisdiccionales del derecho (*Due Process of Law* procesal, v. gr., el derecho a la asistencia letrada), que correlativamente otorga a todos los sujetos, determinados derechos fundamentales que son directamente exigibles con respecto a aquellas materias.

Podríamos decir que el *Due Process of Law* actúa como un principio general del Derecho norteamericano.

1. Fundamento constitucional

El principio del proceso debido reconoce en dos Enmiendas de la Constitución, en la V y en la XIV. La primera forma parte de la *Bill of Rights*, que incluye el derecho fundamental a un juicio justo (aspecto nuclear del *Due Process of Law* procesal), incorporado a la misma como dijimos *supra* dos años y medio después de su entrada en vigor; la segunda se incorporó en 1868, precisando el ámbito territorial establecido en ella con el alcance que en cada momento histórico la jurisprudencia le otorgue y las leyes establezcan.

Su texto oficial es el siguiente:⁵⁷

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 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).

⁵⁷ 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>).

¿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, 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.

2. 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 las palabras finales de dicho apartado de la Carta Magna (“*per legem terrae, by the law of the land*”)⁵⁸ se entiende indiscutiblemente por la doctrina norteamericana que surge por derivación la expresión en Estados Unidos de proceso debido.⁵⁹ Pero su denominación actual es más tardía.⁶⁰

Esto es importante porque lo que se está diciendo es que en verdad la institución es de origen anglosajón y que sólo en un país anglosajón se desarrolla desde el siglo XIII hasta el XVIII (Inglaterra),⁶¹ iniciando a partir de entonces otro país anglosajón (los Estados Unidos) una evolución de ese principio adaptado a sus propias peculiaridades.⁶² Una temprana formulación del principio de legalidad que en definitiva es la única base posible sobre la que puede asentarse un Estado de derecho.

⁵⁸ Optamos por traducir *Land* por “reino”, y no por “tierra” o “país”, porque nos 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.

⁵⁹ Véase Esparza Leibar, I., *El principio del proceso debido, cit.*, p. 71 y nota 12.

⁶⁰ Concretamente, se reconoce por vez primera por escrito en la *Liberty of Subject Act* de 1354, reinando Eduardo III, al desarrollar la Carta Magna, y mucho más tarde en el apartado IV de la *Petition of Rights* de 1628, consecuencia del caso de los Cinco Caballeros (*Five Knights Case*).

⁶¹ 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.

⁶² Corwin, E., *The doctrine of due process of Law before the civil war*, 24 Harvard L. Rev. 1911, pp. 366 ss.; y McIlwain, *Due process of law in Magna Carta*, 14 Columbia L. Rev. 1914, p. 27.

A partir de ahí, y una vez la Constitución federal 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 nos ceñiremos estrictamente a su aspecto procesal:

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 se aplicaba una ley estatal o se discutía un caso estatal. Recordemos lo comentado *supra* 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 podemos 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.⁶³

Por lo que afecta específicamente al proceso debido, la doctrina que proclama 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 establecerse 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 la que fue ponente el ilustre juez Cardozo,⁶⁴ un hombre muy preocupado por el razonamiento judicial,⁶⁵ 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;⁶⁶ y sobre todo desde *Adamson v. California*, con voto concurrente del juez Frankfurter y voto disidente del juez Black, muy importantes,⁶⁷ 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,

⁶³ Véase un extenso resumen, ya clásico, sobre ello a efectos procesales en LaFave, W.R./Israel, J.H., *Criminal Procedure*, cit., vol. 1, pp. 58 a 129. También en Kamisar, Y./LaFave, W.R./Israel, J.H./King, N.J. /Kerr, O.S./Primus, E.B., *Basic Criminal Procedure* (13a. ed.), Ed. West, St. Paul Minn 2012, pp. 25 y ss., así como en español Chiesa Aponte, E. L., *Derecho Procesal Penal de Puerto Rico y Estados Unidos*, cit., vol. I, pp. 1 a 13.

⁶⁴ Que se puede consultar en 302 U.S. 319 (1937).

⁶⁵ Véase su obra Cardozo, B.N., *La función judicial* (trad. Victoria Cisneros y Leonel Perezniето Castro), Ed. Perezniето, Atizapán de Zaragoza (México) 1996, *passim*.

⁶⁶ Véase Chiesa Aponte, E.L., *Derecho Procesal Penal de Puerto Rico y Estados Unidos*, cit., vol. I, p. 3.

⁶⁷ Citada y recogida *supra*. Se puede consultar en 332 U.S. 46 (1947).

sentenciando el Tribunal Supremo Federal de los Estados Unidos de América 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*,⁶⁸ 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.

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.

3. Funciones

Por ello, quizás convenga aproximarse a una noción, extraída de la propia jurisprudencia y doctrina de los Estados Unidos de América 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 los Estados Unidos de América 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 indefen-

⁶⁸ Citada y recogida *supra*. Se puede consultar en 391 U.S. 145 (1968).

siones. 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.⁶⁹

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 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 Tribunal Supremo Federal de los Estados Unidos de América.

Por eso el principio del *Due Process of Law* debería y debe ser equivalente al principio europeo continental del derecho al proceso justo o equitativo, o, como se dice en España, el 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.

4. Concreciones prácticas

Es hora de concretar la concepción anteriormente explicada. Sobre el mencionado carácter básico dentro de los ordenamientos anglosajones, hemos de precisar que el mismo es predicable no sólo de lo que podríamos a efectos de comprensión denominar Derecho Procesal, sino incluso, tal y como venimos afirmando, como principio sustantivo fundamental informador de todo el ordenamiento jurídico.⁷⁰ Deberemos, por tanto, abordar con la máxima atención el estudio del *Due Process of Law* cui-

⁶⁹ Éste 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. 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, pp. 91 y ss; y Esparza Leibar, I./Etxeberria Guridi, J.F., *Comentarios al artículo 6. Derecho a un proceso equitativo*, en Lasagabaster Herrarte, I., “Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático” (2a. ed.), Thomson-Civitas-Gobierno Vasco, Madrid 2004, pp. 170 y ss., esp. p. 175. Véase también el caso *La Oficina del Fiscal de Distrito v. Osborne*, que se puede consultar en español en Israel, J.H./Kamisar, Y./LaFave, W.R./King, N.J., *Proceso Penal y Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica* (trad. coordinada por Juan-Luis Gómez Colomer), *cit.*, p. 101.

⁷⁰ Vide Resnick, D., *Due process and procedural justice*, en “Due process, Nomos XVIII, Yearbook of the American Society for Political and Legal Philosophy”, New York, 1977, p. 206.

dando de separar los aspectos del mismo que como procesalistas deben ocuparnos primordialmente.

De forma inequívoca, se desprende inmediatamente, tras un estudio de la bibliografía norteamericana, que no es característica definitoria del *Due Process of Law* su simplicidad conceptual o su no beligerancia a causa de la común aceptación del contenido y alcance de su significado. Ni siquiera de la interpretación gramatical de los términos centrales de la institución podemos extraer gran cosa, aunque no por ello debemos dejar de emplear dicho medio interpretativo. Podemos destacar así los siguientes significados:

1. Aquéllo que en virtud de la ley o de la moral es debido a alguien. Un derecho. Justo, apropiado, ajustado a derecho (*Due*).
2. El conjunto de procedimientos relativos al ejercicio de una acción legal (*Process of Law*).⁷¹

El problema se plantea de forma diversa a la que podríamos llamar tradicional, y es que pese a tratarse de una institución cuya vigencia se extiende a lo largo de varios siglos, y pese a ser constante objeto de estudio, interpretación y aplicación tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, se ha resistido a una definición en el sentido al que estamos acostumbrados en los ordenamientos continentales.⁷² Ello puede deberse, en opinión de algunos autores, a que “Las ideas políticas y jurídicas fundamentales, de la misma manera que las grandes obras de arte, se resisten a una definición final, e incluso y posiblemente a una definitiva comprensión”.⁷³

Sí existe, sin embargo, entre los autores un sustrato básico de común aceptación que atribuye al *Due Process of Law* unos determinados contenidos que, como mínimo, deben concurrir para que efectivamente se dé. En este sentido se concibe el *Due Process of Law* como una válvula reguladora entre la libertad individual y las previsible imposiciones de la autoridad, asumiendo la existencia de conflictos entre los ciudadanos y aquella y encauzando la resolución de los mismos por medio de procedimientos legales. Es el concreto alcance de esa legalidad el que, y en la práctica, ha ofrecido sucesivas versiones del *Due Process of Law*, dependiendo de las oscilaciones en la percepción de conceptos indeterminados tales como interés general, arbitrariedad, injusto o desleal.

⁷¹ Vid. *The Oxford Universal Dictionary Illustrated* (3ª ed.), Oxford 1976. Respecto a su alcance, más bien escaso, vid. Mashaw, J.L., *Due Process in the Administrative State*, Michigan, 1985, p. 43. “Literal interpretation, a concentration on the ordinary meaning of the words, has little to offer the scholar or the courts.”

⁷² Ratner, G.L., *The function of the due process clause*, 116 U. Pa. L. Rev. 1968, p. 1049.

⁷³ Miller, A.Ch., *The forest of Due Process of Law: The american constitutional tradition*, en “Due Process”, *Nomos XVIII*, Yearbook of the American Society for Political and Legal Philosophy, New York 1977p. 3. Y, abundando en la cuestión, Pennock, J.R., en “Due Process”, cit., Introducción, p. XV y ss.

Es evidente en este punto el indudable componente sociológico, añadido al estrictamente jurídico, del concepto, siendo así que su definitorio concurso lo dota de una indudable flexibilidad que ha permitido la longevidad de la institución y a cambio la imposibilidad de definirlo absolutamente si no es en relación con un momento histórico determinado, aunque siempre subyace la idea de una “constante voluntad de armonizar, de forma consciente y sutil, la aspiración de una vida más justa con la relación entre la satisfacción individual y el bienestar social”.⁷⁴

Tanto la doctrina⁷⁵ como la jurisprudencia principalmente norteamericanas,⁷⁶ nos ofrecen numerosos ejemplos que confirman el sentido de lo dicho en cuanto a la flexibilidad y progresiva extensión de la polifacética y compleja institución, introduciendo invariablemente elementos no sólo jurídicos sino además otros de naturaleza política, sociológica, ética, moral,⁷⁷ etc., que progresivamente van definiendo y configurando el *Due Process of Law*, alrededor de una idea central percibida como una amplia e indefinida protección; “...In 1215 it was invoked against judgment without trial; in 1628 against arrests without indictment; in 1776 against taxation without jurisdiction; and in 1868 against class legislation. In each instance it might be said that there was an addition to its meaning, but it is probably more nearly correct to consider this development as the appropriation of portions of the general residual meaning which it has always had. In both its origin and development the concept rests on the specification, in a number of acute constitutional struggles, of the balance between individualism and legal control”.⁷⁸ Los conceptos se van desarrollando por tanto, poco

⁷⁴ Miller, A.Ch., *The forest... cit.*, p. 38.

⁷⁵ Véanse Scanlon, T.M., en “Due Process”, cit., p. 93, (como origen de reclamaciones contra actos institucionales y protección ante la arbitrariedad). Michelman, I.F., *Formal and associational aims in procedural Due Process*, en “Due Process”, cit., p. 126, (como garantía mediante cuyo concurso las partes afectadas son admitidas para examinar y, en su caso, contestar, las razones en las que se funda la decisión que les concierne). Resnick, D., *Due Process and procedural justice*, en “Due Process”, cit., p. 206 (como principio normativo o concepto descriptivo empleado para justificar las normas y procedimientos existentes y para generar otros nuevos). Todos ellos en “Due Process, Nomos XVIII, Yearbook of the American...”, cit.

⁷⁶ *Bradwell v. Illinois* 1873; *Malinski v. New York*, U.S. 327, 1945; *Joint Anti-Fascist Refugee Committee v. McGrath*, 341 U.S. 123, 1951; *Rochin v. California*, 355 U.S. 432, 1957; *Environmental Defense Fund, Inc. v. Hoerner Waldorf Corp.*, U.S. 401, 1970; *United States v. Batchelder*, 442 U.S. 114, 123, 1979; y *Kolender v. Lawson*, 461 U.S. 352, 358, 1983.

⁷⁷ Véase Kearns, T.R., *On de-moralizing due process*, en “Due process”, cit., p. 229.

⁷⁸ **N. del A.y T.:** “...En 1215 fue invocada en el sentido de exigir el juicio para dictar sentencia; en 1628 contra las detenciones sin acusación formal, en 1776 contra la imposibilidad de imponer impuestos sin jurisdicción, y en 1868 en contra de la legislación de acciones colectivas. En cada caso, se podría decir que hubo una ampliación en su significado, pero es probable que sea más correcto considerar esta evolución como la apropiación de parcelas del significado residual general que siempre ha tenido. Tanto en su origen como en su desarrollo el concepto se basa en la especificación, en una serie de agudas batallas constitucionales, en el equilibrio entre el individualismo y el control legal”.

a poco, gradualmente.⁷⁹ En el mismo sentido, es sumamente interesante la caracterización que el juez Federal Frankfurter hace del *Due Process of Law*: "El debido proceso no puede ser constreñido a los traicioneros límites de una fórmula. Representa una profunda actitud de juego limpio entre personas, y de forma particular entre el individuo y el gobierno, el debido proceso está compuesto de historia, razón, del fundamento de pasadas resoluciones, y de la firme confianza en la robustez de la fe democrática que profesamos".⁸⁰

Dado el enorme campo que tras la institución que estamos analizando se adivina, deberemos necesariamente acotar aquellas facetas del mismo que por su trascendencia procesal puedan sernos de especial utilidad. Así una primera acepción del *Due Process of Law* que, no por obvia, debemos dejar de tratar es la que considera al mismo como aquél proceso que debe tener lugar y realizarse, entendido como derecho subjetivo, frente a una movilización de los poderes de la administración para privar a un individuo de su vida, libertad o propiedad. El mismo lo constituyen las salvaguardas para la protección de los derechos individuales que han sido establecidas por la Constitución de los Estados Unidos de América e interpretadas por la jurisprudencia de dicho país,⁸¹ para la aplicación y protección de derechos privados. El *Due Process of Law* implicaría así el derecho fundamental de una persona a ser libremente escuchada, el derecho a la tutela jurisdiccional (*Day in Court*).

Dentro del sistema norteamericano el concepto es concebido para significar la fundamental protección de la libertad individual, su concurrencia va a determinar la Justicia de las actuaciones que incidan en ella limitándola.⁸² Como he dicho, el *Due Process of Law* se fundamenta doblemente en la Constitución norteamericana, Enmiendas V y XIV, cada una de cuyas cláusulas dispone que la vida, la libertad o la propiedad no pueden ser objeto de privación sin un proceso debido.⁸³

⁷⁹ La idea de progresiva definición o gradual creación del concepto se recoge claramente en Mott, L. R., *Due Process of Law. A historical and analytical treatise of the principles and methods followed by the courts in the application of the concept of the "Law of the land"*, Indianapolis, 1926, pp. 589 y ss.

⁸⁰ *Joint Anti-Fascist Refugee Committee v. McGrath*, 341 U.S. 123-162, 1951.

⁸¹ La primera sentencia de la Corte Suprema que intenta definir el *Due Process of Law* es la recaída en *Murray's Lessee v. Hoboken Land & Improvement Co.*, 18 U.S. 272, 1856. Con una concepción extremadamente restrictiva intentando vincular el concepto exclusivamente al "*common law*" de cada país. Con *Hurtado v. California*, 110 U.S. 516, 1884, se aprecia una apertura en aquella primitiva concepción.

⁸² Dixon, O., *Marshall and the Australian Constitution, en "Government under law", a conference held at Harvard Law School on the occasion of the bicentennial of John Marshall*, Cambridge (USA), 1956, p. 325.

⁸³ Mashaw, J. L., *Due Process...*, *op. cit.*, p. 50. Ello significará de entrada la prohibición de tribunales y procesos especiales para casos singulares. En relación con el principio de contradicción, *due notice*, vid. Cataldo, B.F./Kempin, F.G./Weber, Ch.M., *Introduction to law and the law process* (3a. ed.) Ed. Robert E. Krieger Publishing Company, Malabar Florida 1987, p. 126.

En realidad, las mencionadas previsiones constitucionales junto con los preceptos también constitucionales que las determinan, sirven para sustentar dos garantías distintas, íntimamente ligadas pero diferenciables, según se desprende de una inicial aproximación al tema:⁸⁴

1ª) El *Due Process of Law* hace referencia ante todo al llamado “*Due Process procesal*”, lo que significa que ningún órgano jurisdiccional puede privar de la vida, libertad o propiedad, a ningún sujeto de derecho, excepto a través de procesos y procedimientos ajustados a la Constitución de los Estados Unidos de América y que por tanto respeten los contenidos de la cláusula del proceso debido.⁸⁵ Así, por ejemplo, la propiedad de una persona no podrá ser objeto de expropiación sin ser, con carácter previo, fehacientemente informada de ello y sin ser oídas sus alegaciones al respecto, además de que exista una razón que la justifique y de la compensación que por causa de la expropiación le corresponda; ni puede ser privado nadie de su derecho fundamental a la libertad sin un juicio limpio.⁸⁶

2ª) La cláusula del *Due Process of Law* garantiza en segundo lugar el llamado “*Due Process sustantivo*”, lo que significa que la administración, los poderes públicos, no pueden limitar o privar arbitrariamente a los individuos o a las personas jurídicas de ciertos derechos fundamentales, como aquellos contenidos en la Constitución norteamericana, sin disponer de un motivo que así lo justifique. Se trata en definitiva de una forma de autocontrol, constitucional, de la discrecionalidad en la actuación de la administración pública en general.⁸⁷ Por ejemplo, el *Due Process* sustantivo prohibiría a los poderes públicos la aplicación de leyes restrictivas de la

⁸⁴ Dörr, D., *Faires Verfahren, Gewährleistung im Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland*, Kehl am Rhein 1984, pp. 10 y ss.

⁸⁵ Las demandas ante los Tribunales Federales motivadas por la privación o vulneración del DPL procesal, muestran en los años setenta un incremento de un 350% sobre la década anterior, teniendo en cuenta que el incremento general de la litigiosidad fue de un 70%. La tendencia se mantiene para la década de los ochenta. Mashaw, J. L., *Due Process...*, op. cit., pp. 9 y 10.

⁸⁶ La práctica del Tribunal Supremo Federal liga indisolublemente los principios del *Due Process of Law* y del *Fair Trial*. Schmid, N., *Das amerikanische Strafverfahren. Eine Einführung*, Ed. C.F. Müller, Heidelberg 1986, p. 130. La doctrina encadena también básicamente la “limpieza” del procedimiento “*procedural fairness*” con las reglas y principios que configuran el DPL procesal. Grey, T.C., *Procedural fairness and substantive rights*, en “*Due Process*” cit., p. 183.

⁸⁷ Véanse la Enmienda V en Anexo I, y Hastie, W. H., *Judicial method in Due Process inquiry*, en “*Government under law*”, a conference held at Harvard Law School on the occasion of the bicentennial of John Marshall, Cambridge (USA), 1956, p. 343. En Strong, F.R., *Substantive due process of law, a dichotomy of sense and nonsense*, Durham (North Carolina), 1986, se realiza un completo análisis histórico del origen del *Due Process* sustantivo en la “Magna Carta” inglesa como una limitación de las prerrogativas de la corona. También se analiza el significado de la institución tras su recepción por el derecho norteamericano, (limitación a las expropiaciones por apropiación pública, limitación de situaciones de monopolio público o privado), y su posterior desarrollo. En general sobre esta materia es de interés el minucioso análisis histórico realizado en, Cowles, W. B., *Treaties and constitutional law: Property interferences and due process of law*, Westport (Connecticut), 1975 (reimpresión).

libertad de expresión o de la libre competencia en el mercado, excepto si los poderes públicos pueden demostrar que tales leyes son necesarias por un apremiante, y por tanto superior, interés público.⁸⁸

Vamos ahora a centrarnos específicamente en el primero de los significados citados que hemos denominado *Due Process of Law* procesal, que constituirá nuestro inmediato objeto de estudio, dado que su naturaleza entronca plenamente con los contenidos del Derecho Procesal, y dentro de él, del Derecho Procesal Penal. Deberemos prescindir de buena parte de lo que para la doctrina anglosajona significa el *Due Process of Law*, concretamente de las implicaciones del *Due Process of Law* con el inicio del procedimiento legislativo y su posterior desarrollo, sometidos en todo momento a los límites impuestos por el *Due Process of Law* sustantivo en el sentido ya anticipado, centrándonos exclusivamente en las manifestaciones del *Due Process of Law* en el aspecto jurisdiccional, su significado, exigencias y alcance ante la eventual existencia de un conflicto que requiera de un proceso para su resolución. Prescindiremos en definitiva del estudio del *Due Process of Law* sustantivo por no resultar aplicable a una manifestación jurisdiccional de la norma.

La finalidad del *Due Process of Law* procesal la constituye en esencia la garantía de un juicio limpio para las partes en cualquier proceso y en especial para las partes en un proceso penal, ya que la función jurisdiccional aplicada de acuerdo con sus prescripciones minimiza el riesgo de resoluciones injustas. Ello no supone la obligación para todos los estados miembros de la Federación de circunscribirse a un único e idéntico tipo de procedimiento y de proceso, ya que cualquiera que respete su finalidad, especialmente, que evite el ejercicio arbitrario del poder y que garantice la posibilidad de defenderse del sujeto pasivo del mismo, será perfectamente válido.⁸⁹ Es decir, que el *Due Process of Law* procesal permite diferentes concreciones o materializaciones de sus exigencias, constituyendo el límite de la flexibilidad la efectividad de la protección que la Constitución garantiza a todos los ciudadanos.

Podemos afirmar que en el ordenamiento de los Estados Unidos de América la garantía del juicio justo es parte, y parte nuclear pero no la totalidad, del alcance de la cláusula del *Due Process of Law* procesal, que contiene superpuestas y desarrolladas otras específicas garantías destinadas igualmente a asegurar la realización de la justicia en los procesos principalmente penales.

Varias de las garantías a las que hacemos referencia, las más básicas, que constituyen elementos irrenunciables del juicio justo o *Fair Trial*, y por tanto manifestacio-

⁸⁸ Es llamativo el empleo que se hace de conceptos indeterminados como “apremiante interés”, siempre presentes en la jurisprudencia norteamericana y que por definición son antes dinámicos que estáticos con respecto a su alcance y contenido.

⁸⁹ *Green v. State*, 247 A.2d 117, 121.

nes propias del *Due Process of Law* en su faceta procesal, están recogidas a modo de catálogo en la Enmienda VI de la Constitución norteamericana,⁹⁰ y son: *a)* Derecho a un juicio rápido; *b)* Derecho a un proceso público; *c)* Derecho a un proceso con jurado imparcial; *d)* Derecho al juez legal; *e)* Derecho a ser informado de la naturaleza y causa de la acusación formulada; *f)* Derecho al careo con testigos, y *g)* Derecho a la asistencia letrada.

Podemos concluir provisionalmente que en los Estados Unidos de América la garantía del juicio justo no es un concepto simple, sino una combinación de elementos que aseguran una determinada forma de actuación de los tribunales en torno a los valores de equidad, imparcialidad, independencia, igualdad, publicidad, racionalidad, certeza y de universalidad,⁹¹ estando todos ellos incluidos y presentes en la cláusula de *Due Process of Law* que además incorpora otros requisitos específicos contenidos en otras partes de la Constitución norteamericana.⁹²

En cuanto al ámbito de aplicación de la institución en los Estados Unidos de América, diremos que el *Due Process of Law* es un principio general de los ordenamientos jurídicos anglosajones de naturaleza constitucional, que presenta una importante faceta procesal (ampliamente desarrollada por la doctrina y la jurisprudencia), y que contiene elementos de directa aplicación como garantías procesales (recogidos no sólo, aunque si esencialmente, en las Enmiendas V —limitación de los poderes del gobierno federal— y XIV —limitación de los poderes de los estados— de la Constitución norteamericana, sino también en otras partes de la misma), tanto estrictamente técnico-jurídicos como de otra índole, que hacen referencia a las bases científicas que integran el Derecho Jurisdiccional: Poder Judicial, derecho de acción y proceso.⁹³

A) **Ámbito material:** Una primera cuestión que cabe plantearse es la de saber si en cualquier caso y siempre que los poderes públicos realicen un acto desfavorable, restrictivo de derechos, para uno o varios individuos, deben hacerlo dentro de los límites del *Due Process of Law* o no (ámbito sustantivo o material del principio). La respuesta a dicha cuestión muestra las fluctuaciones de la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal en diferentes momentos históricos. Podemos destacar la existencia de dos posturas al respecto:

⁹⁰ Véase la Enmienda VI en el Anexo I del libro de Gómez Colomer, J.L. (coord.), *Introducción al proceso penal federal de los Estados Unidos de Norteamérica*, cit., p. 513.

⁹¹ Existe un generalizado acuerdo sobre estos elementos como integrantes del *Due Process of Law* (tanto en su faceta sustantiva como procesal), Marshall, G., *Due process in England*, en "Due Process", cit., p. 69.

⁹² Ferdico, J.N., *Ferdico's Criminal Law and Justice Dictionary*, Ed. West Publishing, Belmont, CA, 1992, pp. 152-153, 161, 350, 421-422.

⁹³ Weinstein, M., *Summary of American Law*, Ed. Lawyers Co-operative Publishing Company, Rochester, NY, 1988, p. 129.

1) Doctrina restrictiva: No existe un mandato general que obligue al Gobierno a instituir un procedimiento previo a cualquier acto desfavorable o restrictivo de los derechos de algún individuo. Solamente será así cuando la restricción, privación o daño recaigan sobre la vida, la libertad o la propiedad de alguna persona y en atención, precisamente, a dichos derechos será obligado un procedimiento ajustado a los principios que integran el *Due Process of Law*. El fundamento de tal interpretación radica en la no consideración de la vida, libertad y propiedad como un enunciado general y omnicompreensivo de todos los aspectos de la vida de un individuo en sociedad, sino que la jurisprudencia de la Tribunal Supremo Federal ha establecido restrictivamente el ámbito de los términos vida, libertad y propiedad referidos a un limitado grupo de intereses legítimos, determinando así los actos del gobierno que ni afectan ni privan a un sujeto de uno de los citados tres derechos esenciales, y por tanto no requieren de un *Due Process of Law*.⁹⁴

Aunque la tendencia jurisprudencial apuntada se manifiesta con claridad sólo desde 1972, existen precedentes ya en el siglo anterior, que permiten complementar la argumentación restrictiva, cuando se establece la distinción entre derechos y privilegios, estando la restricción de derechos sometida a los límites constitucionales, lo que no ocurrirá con los privilegios cuya limitación no está sujeta a las restricciones establecidas por la Constitución norteamericana.⁹⁵ Cuando un acto de la administración perjudica a un derecho individual, pero no constituye una denegación del derecho a la vida, la libertad o la propiedad, el gobierno no tiene la obligación de garantizar el *Due Process of Law* a esa persona.

2) Doctrina amplia: Entiende esta línea interpretativa, que los tres términos incluidos en la frase “vida, libertad o propiedad” son descripciones genéricas de todos los intereses individuales, no habiéndose pretendido con su redacción la creación de una jerarquía de intereses con su correlativo reflejo en el ámbito jurisdiccional. Lo contrario, se aduce, supondría una incomprensible limitación de la actividad revisora propia de la jurisdicción.⁹⁶

B) Ámbito territorial: Una segunda cuestión que ha sido planteada, ya en sede exclusivamente jurisdiccional, es la de determinar la eventual existencia de otras

⁹⁴ *Board of Regents v. Roth*, 408 U.S. 564, 1972; y *United States Labor Party v. Oremus*, 619 F.2d 683, 689, (7th. Cir.), 1980.

⁹⁵ *McAuliffe v. Major of New Bedford*, 155 Mass. 216, 220, 29 N.E. 517, 1892. En el caso de un policía que pierde su empleo por comprometerse con actividades políticas, el Juez Oliver Wendell Holmes sentenció: “El solicitante tiene efectivamente el derecho constitucional de intervenir activamente en política (derecho, por tanto la restricción del mismo deberá ajustarse al *Due Process of Law*), pero no tiene el derecho constitucional de ser policía (privilegio, por tanto su tutela no exige la aplicación del *Due Process of Law*)”.

⁹⁶ Monaghan, H.P., *Liberty and Property*, 62 Cornell L. Rev., 1977, pp. 405, 415. Smolla, R.A., *The re-emergence of the Right-Privilege distinction in Constitutional Law: The price of protesting too much*, 35 Stanford L. Rev., 1982, p. 69. Simon, P.N., *Liberty and Property in the Supreme Court: A defense of Roth and Perry*, 71 Calif. L. Rev., 1983, p. 146.

limitaciones en la aplicación del *Due Process of Law*, limitaciones fundamentadas en la libertad de cada estado para ajustarse o no a los principios del *Due Process of Law*, a la hora de establecer, entre otras, las normas relativas a la función jurisdiccional. Debe señalarse a este respecto que las garantías recogidas en las ocho primeras enmiendas de la Constitución norteamericana, ratificadas en 1791, fueron originalmente concebidas, o al menos así se interpretó por los estados, para su aplicación en el caso de procesos originados por la transgresión de una norma federal, en estos casos se aplicaría necesariamente el *Due Process of Law* ante un tribunal federal, con todas las garantías mencionadas.

En principio ello no sería necesariamente aplicable a los casos de acusación con base en la violación de una ley estatal que tuviera que ventilarse igualmente ante un tribunal estatal. Pero el Tribunal Supremo Federal ha interpretado la Enmienda XIV de la Constitución norteamericana, ratificada en 1868, en el sentido de que las garantías incluidas en el *Due Process of Law* también deberán respetarse en los casos relativos y resueltos por instancias estatales.⁹⁷

De la interacción entre las enmiendas que venimos citando en este apartado surge, tras la necesaria y finalmente lenta elaboración jurisprudencial,⁹⁸ un más amplio concepto de *Due Process of Law* que incluye, en cuanto al contenido, los derechos y garantías recogidos en las Enmiendas IV, V, VI y VIII de la Constitución norteamericana, y los aplica al ámbito territorial resultante de la combinación de las Enmiendas Quinta (que permitía una amplia discrecionalidad por parte de cada Estado) y Decimocuarta (que incide en la situación anterior imponiendo la observancia de la cláusula del *Due Process of Law* a todas las legislaciones estatales), resultando de todo ello una situación de básica igualdad que permite un desarrollo y aplicación homogéneos, no exenta de una enriquecedora y saludable flexibilidad, del *Due Process of Law* en todo el territorio de los Estados Unidos de Norteamérica.

5. Contrastes

A la vista de lo expuesto, creemos firmemente que el derecho del imputado y del acusado a que se celebre un proceso penal en el que se respeten todos sus derechos fundamentales y todas las garantías y principios establecidos por la Constitución, es

⁹⁷ Es la *nationalization of the Bill of Rights*, v. *Hurtado v. California*, 110 U.S. 516, 535, 1884; *Howard v. Fleming*, 191 U.S. 126, 1903. Sobre la suficiencia de una acusación, v. *Twining v. New Jersey*, 211 U.S. 78, 1908. Sobre la protección frente a la autoinculpación, v. *Pacific Mutual Life Insurance Co. v. Haslip*, 1991, en *The United States Law Week*, Justice O'Connor opinion dissenting, vol. 59, N° 34, pp. 4159 y 4168.

⁹⁸ *Frank v. Magnum*, 237 U.S. 309, 1915; y *Fiske v. Kansas*, 274 U.S. 380, 1927. En este último caso se aplica el *Due Process of Law* como protección de algunos acusados frente a procesos no limpios "Unfair" ante tribunales estatales.

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. Observamos ahora que nuestra Constitución tampoco hace referencia expresa al principio acusatorio, aunque regule en ese mismo precepto el derecho a ser informado de la acusación. Ha sido el Tribunal Constitucional español,⁹⁹ el que ha incorporado a las garantías del proceso penal el principio acusatorio.¹⁰⁰

De esta manera se puede decir que el principio del proceso debido es el principio clave del sistema “adversarial”, de ahí que más que principio sea el todo, el más importante principio del sistema, el que lo determina de verdad, 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,¹⁰¹ pero ahora sólo destacaré, a modo de 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 nos 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).

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

¹⁰⁰ 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.

¹⁰¹ 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, pp. 1 y ss.; y en Esparza Leibar, I., *El principio del proceso debido*, cit., pp. 70 y ss.

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.

IV. 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*,¹⁰² que se compone en su aplicación procesal en la necesidad de proceder y juzgar de manera justa, así como en la necesidad de imparcialidad del juzgador.¹⁰³

Es el segundo concepto nuclear del sistema adversarial de enjuiciamiento criminal, íntimamente unido al *Due Process of Law*.

1. Concepto

En efecto y en esta línea, la exigencia básica del proceso legalmente debido es la equidad procesal (*Fairness*).¹⁰⁴ 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 cate-dráticos 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

¹⁰² La traducción al español de *Fairness* es de las más difíciles en el mundo del Derecho. Como adjetivo es bastante comprensible dependiendo del contexto (limpio, justo, imparcial, neutral, equitativo), pero como sustantivo, creemos 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 muy similar a proceso justo (v. Torrent Ruiz, A., *Diccionario de Derecho Romano*, Ed. Edisofer, Madrid 2005, pp. 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.

¹⁰³ V. Israel, J.H./Kamisar, Y./LaFave, W.R./King, N.J., *Criminal Procedure and the Constitution. Leading Supreme Court Cases and Introductory Text*, cit., p. 26 (trad. coordinada por Juan-Luis Gómez Colomer, “Proceso Penal y Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica”, cit., p. 73).

¹⁰⁴ Véase la magnífica explicación de Chiesa Aponte, L.E., *Justicia y Fairness en el proceso penal*, en Velásquez V., F., “Sistema penal acusatorio y nuevos retos”, Ed. Univesidad Sergio Arboleda, colección Estudios de Derecho Penal, núm. 1, Bogotá 2010, pp. 43 y ss.

problemas y sin traducir la mayor parte de las veces.¹⁰⁵ 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 la *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”,¹⁰⁶ o en español “justo” o “limpio” (los alemanes no han traducido el término, sólo lo han germanizado, *fairen Verfahren*¹⁰⁷), se ve claro que no cohonestan muy directamente con la clásica terminología procesal de la Europa continental. Por eso me atrevo a pensar, como he explicado en nota, 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.

Voy a explicarme mejor y para ello debo partir del Tribunal Supremo Federal de los Estados Unidos de América, quien ha dicho con toda claridad que la exigencia básica de un *Due Process of Law* es un juicio *Fair*, ante un tribunal *Fair*.¹⁰⁸ ¿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.

2. Contenido

Si observamos además su aplicación concreta,¹⁰⁹ 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

¹⁰⁵ Fletcher, G.P., *Las víctimas ante el Jurado*, cit., p. 207.

¹⁰⁶ 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.

¹⁰⁷ Véase Esparza Leibar, I., *El principio del proceso debido*, cit., pp. 125 y ss.

¹⁰⁸ Caso *In Re Murchison*, que se puede consultar en 349 U.S. 133, 136 (1955).

¹⁰⁹ Véase la densa y completa explicación de LaFave, W.R./Israel, J.H., *Criminal Procedure*, cit., vol. 1, pp. 69 a 82.

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.¹¹⁰ Es decir, obsérvese, los derechos reconocidos en las Enmiendas V y VI,¹¹¹ 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.

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 persequendi 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 (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.¹¹²

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

¹¹⁰ Véase Fletcher, G.P., *Las víctimas ante el jurado*, cit., pp. 215 y ss.

¹¹¹ 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*.

¹¹² Véase Fletcher, G.P., *Las víctimas ante el jurado*, cit., p. 211.

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.¹¹³ 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 definitiva su parcialidad.¹¹⁴ 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 los Estados Unidos, 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 los Estados Unidos están reconocidos también en la Constitución española, en sus 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 Estados Unidos, 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, es algo obvio, como dijimos *supra*, innecesario de explicitar, porque está comprendido en el principio del *Due Process of Law*.

Después de lo afirmado hasta aquí deberíamos entrar en una propuesta conceptual crítica sugerida por el estudio de esta materia en Estados Unidos, no sin antes preguntarnos: Y si resulta que después de todo en el país en el que queremos reformar integralmente el proceso penal existe ya el sistema acusatorio, se reconoce el proceso debido, y la equidad está bien regulada, ¿qué debería tomarse pues del

¹¹³ Véanse Montero Aroca, J., *Sobre la imparcialidad del Juez y la incompatibilidad de funciones procesales*, Tirant lo Blanch, Valencia 1999, pp. 283 y ss.

¹¹⁴ Como ocurre en Nicaragua, en donde no existe una verdadera independencia judicial a pesar de su proclamación en la Ley de Carrera Judicial de 14 de octubre de 2004, v. también Tijerino Pacheco, J.M./Gómez Colomer, J.L. (coord.), *Manual de Derecho Procesal Penal nicaragüense* (2ª ed.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2006, pp. 99 y ss; ni existe en Honduras con la Ley de Consejo de la Judicatura y de la Carrera Judicial de 28 de diciembre de 2011, con todos los avances que en sí mismas representan estas normas, v. también Cuéllar Cruz, R./Fernández Entralgo, J./Gómez Colomer (coord.), *Derecho Procesal Penal de Honduras*, Ed. Consejo General del Poder Judicial español, Corte Suprema de Justicia de Honduras y Cooperación Española, Tegucigalpa 2004, pp. 113 y ss. Podríamos citar otros muchos, demasiados, países latinoamericanos en los que la independencia judicial rige sólo en el papel. La clave en todos estos casos para demostrar que no hay una verdadera independencia judicial, insisto, es el nombramiento directo o indirecto de los jueces por el Ejecutivo y la ausencia de inamovilidad.

modelo norteamericano para esa proyectada reforma, 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 el país de la reforma no las tuviera. ¿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.

V. EL TRASPLANTE DEL SISTEMA EN AMÉRICA LATINA Y, ESPECIALMENTE, EN MÉXICO

La tendencia a fijarse en el modelo de enjuiciamiento criminal anglosajón, cuyos aspectos esenciales acabamos de ver, cuando un país quiere reformar integralmente su proceso penal, es muy clara, pues es el que se está imponiendo si contemplamos las grandes reformas europeas (Alemania la primera en 1975, aunque logrando una evolución propia coincidente parcialmente con el sistema adversarial, después Italia y Portugal, ambos países en 1988), Francia y España, por diferentes motivos, todavía no han acometido la gran reforma de su proceso penal.¹¹⁵

En América, en palabras de Schünemann, el sistema adversarial recorre todos los países como si se tratara de un brillante desfile militar.¹¹⁶ Pero no es del todo cierto.

Las grandes reformas procesales penales en América Latina, como consecuencia principalmente del Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica de 1988, empezaron a mediados de 1980 en Costa Rica y ya a partir de los años 90 y hasta la fecha

¹¹⁵ Por fijarme sólo en el alemán, v. Roxin, C./Schünemann, B., *Strafverfahrensrecht* (29ª ed.), Ed. C.H. Beck, Munich 2017, traducido al español de la 25ª ed. bajo el título “Derecho Procesal Penal”, por Córdoba y Pastor, bajo la supervisión de Maier, Buenos Aires, Ed. del Puerto, 2000; y la edición 29ª con el mismo título por Amoretti y Rolón, bajo la supervisión de Tedesco, Ed. Didot, Buenos Aires 2019. Véase también Tiedemann, K. (con Roxin y Arzt): *Introducción al Derecho Penal y al Derecho Penal Procesal* (trad. Arroyo Zapatero y Gómez Colomer). Barcelona, Ariel, Barcelona 1989. En cuanto a España, a finales de septiembre de 2020 se dio noticia oficialmente por el Ministerio de Justicia de que una comisión *ad hoc* había terminado la redacción de un borrador de anteproyecto de nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal. En el momento de cerrar este discurso, día 13 de enero de 2021, no se ha puesto en circulación todavía dicho texto. Se conoce poco, aunque se sabe que introducirá cambios importantes, muchos de ellos con base en el sistema adversarial. Después de aprobado por el parlamento, si se aprueba, para lo que faltan dos años, tiene prevista una *vacatio legis* de 6 años, de manera que todavía se puede decir que nos quedamos con el sistema hoy vigente un buen tiempo.

¹¹⁶ Schünemann, B., “¿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, pp. 49 y ss., también publicado con el mismo título en Schünemann, B., *Temas actuales y permanentes del Derecho Penal después del milenio*, Tecnos, Madrid 2002, pp. 288 y ss.

en Guatemala, Honduras, El Salvador, Chile, Argentina (provincias y federal), Venezuela, Paraguay, Bolivia, Colombia, Uruguay, Brasil, República Dominicana, Ecuador, Panamá, Perú y México, bien con Códigos Procesales Penales totalmente nuevos, bien con intentos más o menos profundos de reforma legislativa del proceso penal.¹¹⁷

No es casualidad que esas grandes reformas coincidieran con intentos serios y rigurosos de democratizar de una vez esos países, alejando cualquier estigma de dictadura, y mucho más de dictadura militar. La reforma pretendía convertir al proceso penal nuevo en el propio de un Estado de derecho, de una democracia.

La finalidad principal fue transformar el sistema inquisitivo vigente en la inmensa mayoría de los países, en alguno el sistema acusatorio mixto, en un nuevo sistema adversarial, a imagen y modelo de los Estados Unidos de América, al que se denominó sistema acusatorio, a la par que se introducía la oralidad en el procedimiento. Principio acusatorio y juicio oral y público fueron así los estandartes principales de esas reformas. Con ello se quería garantizar un enjuiciamiento más rápido y más justo, por tanto, dotar de la máxima eficacia posible a la justicia penal.

Pero no se hizo bien, generalmente. De entrada, se confundió la parte con el todo, al entender en América Latina, y también en México, que el sistema es acusatorio, cuando en realidad lo acusatorio es una parte de lo adversarial. Esta confusión es muy grave y deben tenerse en cuenta sus consecuencias. Recordemos que el sistema es adversarial porque lo importante es el poder de las partes en el desarrollo del proceso penal (de ahí el nombre, contradicción, adversarial). El sistema USA no es sistema acusatorio, porque lo acusatorio es un principio que forma parte del sistema adversarial implícitamente, porque es obvio, o aunque rara vez explícitamente. Lo que exige el principio acusatorio es que la acusación sea propuesta y sostenida por persona distinta a la que juzga y que quien dicta la sentencia se limite a los hechos formulados en la acusación.

Pero hay más. Por ejemplo, las estructuras institucionales no eran las adecuadas; No se tuvo la prevención de pasar, en primer lugar, del sistema inquisitivo al sistema acusatorio mixto y después, tras unos años de rodaje, al adversarial, dando tiempo a que instituciones como el Ministerio Público, que ni siquiera existían en muchos países latinoamericanos, pudieran adquirir la necesaria experiencia para soportar la carga de investigar y acusar con objetividad e imparcialidad; tampoco se mejoró en la figura del juez imparcial e independiente, clave en el sistema adversarial; ni se ins-

¹¹⁷ Véanse Maier, J.B.J./Ambos, K./Woischnik, J., *Las reformas procesales penales en América Latina*, Buenos Aires, Ed. Ad-Hoc, 2000; Maciá Gómez, R. (dir.): *Sistemas de Proceso Penal en Europa*, Barcelona, Ed. Cedecs, Barcelona 1998; Benavides, F.S./Binder, A./Villadiego, C./Niño, C. (coord.): *La reforma a la justicia en América Latina: Las lecciones aprendidas*, Ed. Friedrich-Ebert-Stiftung, Bogotá 2016; Chiesa Aponte, E.L., *Derecho Procesal de Puerto Rico y Estados Unidos*, 3 vols., Ed. Forum, Bogotá 1995; González Álvarez, D., *Los diversos sistemas penales. Principales ventajas del sistema procesal mixto*, Ed. Ilanud, San José 1988; Hendler, E.S., *Sistemas Procesales Penales comparados*, Ad-Hoc, Buenos Aires 1999.

tauró el jurado, sin el que el sistema de enjuiciamiento criminal no puede calificarse en absoluto como adversarial. Todo ello sin olvidar que la mejora en los derechos del imputado/acusado fue en muchos casos, a pesar de su consagración legal explícita, varios de ellos en las constituciones políticas, imperceptible en la práctica.

En suma, se copió del modelo lo que se pudo o se quiso, y se instauró un proceso llamado erróneamente acusatorio, muy distinto al adversarial, más nacional, aunque también más homologable internacionalmente.

Por eso las voces discordantes en prácticamente todos esos países no tardaron en hacerse notar y pronto se emprendieron segundas reformas, en algunos incluso una tercera reforma, tendentes a mejorar la estructura institucional, por ejemplo, reforzando verdaderamente la posición jurídica del abogado defensor, generalmente, a través de defensorías públicas para personas sin recursos, resolviendo los innumerales problemas que ha planteado la consideración de la prisión provisional desde el punto de vista adversarial (abuso desmedido en muchos países), reforzando el enjuiciamiento de la criminalidad organizada, que generalmente da lugar a macroprocesos imposibles de tramitar con las nuevas normas, desformalizando la investigación del delito, muy rígida en la realidad por culpa de las propias normas, el fracaso de las soluciones alternativas (principio de oportunidad), la mejora de la posición jurídica de la víctima, tema que en absoluto es adversarial, o luchando de nuevo enconadamente por una verdadera oralidad, bello concepto muy difícil de asimilar de golpe.

Concretando estas reflexiones finales en el amado México, he de decir que la República de los Estados Unidos Mexicanos es, indiscutiblemente, un Estado de derecho, una democracia (art. 1 de su Constitución Política de 1917). Toda democracia establece hoy derechos y garantías en favor y para los ciudadanos, muchas de las cuales sólo se aplican cuando éstos se ven enfrentados a un proceso penal.

México ha aprobado en 2014 un nuevo código procesal penal, el Código Nacional de Procedimientos Penales. Dos virtudes destacan ante todo en él, su deseo de modernizar el enjuiciamiento criminal, fijándose en el sistema adversarial como modelo, y la unificación del proceso penal en todo México, derogando los códigos procesales estatales.¹¹⁸

¹¹⁸ Vide Cossío Díaz, J.R. (coord.), *Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos comentada*, 3 tomos, Tirant lo Blanch, Ciudad de México 2017; Dagdug Kalife, A., *Manual de Derecho Procesal Penal. Teoría y práctica* (2a. ed.), INACIPE y UBIIJUS, Ciudad de México 2018; Gómez Colomer, J.L., *El sistema de enjuiciamiento criminal propio de un Estado de Derecho* (2a. ed.), INACIPE, Ciudad de México 2019; Moreno Hernández, M./Ontiveros Alonso, M. (coord.): *Comentarios al Código Nacional de Procedimientos Penales*, Ed. UBIIJUS, México DF 2014; Pérez Daza, A., *Código Nacional de Procedimientos Penales. Teoría y práctica del proceso penal acusatorio* (2a. ed.), Tirant lo Blanch, Ciudad de México 2017; y Gómez Colomer; J.L (coord.)/Estrada Contreras, J.J./Cossío Zazueta, A.L./Dagdug Kalife, A./Gánem Hernández, E./Ontiveros Alonso, M. /Natarén Nandayapa, C.F., *El nuevo proceso penal mexicano*, Tirant lo Blanch, Ciudad de México 2021, en prensa.

El primer síntoma de modernidad se percibe inmediatamente al considerar estructuralmente su contenido y regulación. El nuevo código afronta en primer lugar las cuestiones clave, es decir, qué principios constituyen el núcleo esencial del mismo, apoyándose en la Constitución política de 1917 y en numerosas normas internacionales ratificadas internamente: Arts. 1 a 23 (Título I - De los Derechos Humanos y sus Garantías); y lo que en su desarrollo disponen los arts. 1 a 19 (Capítulo Único "Ámbito de aplicación y objeto" del Título Primero "Disposiciones Preliminares", y Capítulo I "Principios del procedimiento" del Título II "Principios y derechos en el procedimiento", del Libro I "Disposiciones Generales", del Código Nacional de Procedimientos Penales de 2014.

El primer análisis que debe efectuarse es determinar si los principios del proceso penal que rigen en México desde 2014 son adversariales, de manera que configuran acertadamente un proceso penal adversarial, y, si no lo son o no lo son del todo, explicar las razones de ello y si el apartamiento de la dogmática adversarial es acertado o no en mi modesta opinión. Por cierto, el propio CNPP en el art. 1 de sus Transitorios afirma que el sistema procesal penal recogido en el Código es el "acusatorio".

Pero aquí sólo interesa analizar el principio del proceso debido, y en la medida que pueda ser determinante, como se ha incorporado la *Fairness* a la legislación mexicana. En este sentido, el principio del debido proceso (legal), se recoge en el art. 12, y en parte en el art. 14, ambos del CNPP, a cuyo tenor:

Artículo 12. Principio de juicio previo y debido proceso

Ninguna persona podrá ser condenada a una pena ni sometida a una medida de seguridad, sino en virtud de resolución dictada por un Órgano jurisdiccional previamente establecido, conforme a leyes expedidas con anterioridad al hecho, en un proceso sustanciado de manera imparcial y con apego estricto a los derechos humanos previstos en la Constitución, los Tratados y las leyes que de ellos emanen.

Artículo 14. Principio de prohibición de doble enjuiciamiento

La persona condenada, absuelta o cuyo proceso haya sido sobreseído, no podrá ser sometida a otro proceso penal por los mismos hechos.

Como tal, dicho art. 12 se desarrolla, se puede decir, en todos los preceptos del propio Código Nacional, pero para no ser tildados de exagerados, nos fijemos en el escrito de acusación (art. 335), y la posibilidad de recurrir en apelación por su infracción (art. 480).

Este principio tiene fundamento constitucional no explícito en los arts. 1 y 20, A) de la Constitución política. El segundo recoge los principios generales del nuevo proceso penal mexicano, en donde se citan varios principios que conforme a lo que hemos explicado en general hasta ahora y vamos a concretar enseguida, integran el principio del proceso debido. El art. 1 establece la obligación de respetar y proteger los derechos humanos (fundamentales, constitucionales) de todas las personas.

Pero hay más, pues en la propia Constitución hay preceptos relacionados con él, como, por ejemplo:

- a) El derecho procesal de acción o derecho a la tutela judicial efectiva en el ámbito penal, recogido en el artículo 17, II.
- b) El principio acusatorio, mencionado expresamente para caracterizar al nuevo proceso penal mexicano como tal en el artículo 20, y recogida una de sus características en el artículo 19, V, siendo desarrollado entre otros muchos preceptos por el artículo 4 CNPP.
- c) El principio de la prohibición de la doble incriminación o “ne bis in ídem”, que se desarrolla brevemente por el artículo 14 CNPP.
- d) El principio de la triple instancia (en realidad doble instancia más casación), reconocidos expresamente ambos en su artículo 23.

El principio del proceso debido legal o del debido proceso como se conoce en México, recordemos, es en el mundo anglosajón, y en concreto en Estados Unidos, la fuerza motriz del proceso penal, aunque no se aplique sólo en este proceso. Establece una doble protección frente al poder público para el ciudadano que ve en peligro su vida, su libertad o su propiedad. Aplicado al proceso penal, le protege frente al Gobierno cuando es acusado de un delito, incluso antes, y da cobertura a toda una serie de principios y garantías procesales sin las cuales no puede entenderse, muchas de ellas no escritas ni tuteladas directamente por la Constitución. Dada esta extensión, es sin duda el principio general del proceso penal.

Pues bien, cuando este principio general del Derecho es incorporado a las legislaciones reformistas en América Latina, se constata que no es un principio claro, por un lado, y por otro, que si simplemente se recoge su dicción literal, las interpretaciones pueden ser tan diversas que resulta peor el remedio que la enfermedad. Se cae generalmente en la tentación, por tanto, de definirlo o, al menos, explicitarlo.

De este peligro no ha podido o sabido huir México. Aunque no lo haya incorporado explícitamente en su Constitución política, hemos visto que hay fundamento constitucional suficiente para el artículo 12 CNPP. El problema es que este precepto se mezclan varias cosas, que, aunque se pueda entender que conforman el proceso debido según la tradición anglosajona, para la tradición latina se trata de cosas diferentes, de manera tal que el principio del debido proceso en México es, además de *Due Process of Law*, los siguientes otros principios (me limito a seguir el orden del art. 12):

- 1º) Se tratan conjuntamente en la misma norma el principio del juez legal o natural, o juez ordinario predeterminado por la ley, y el presupuesto procesal de jurisdicción.
- 2º) Principio de legalidad procesal.
- 3º) Principio de la imparcialidad judicial (que no del proceso, como erróneamente dice el precepto).

- 4º) Obligación de respeto a los derechos humanos previstos en las leyes, que no es un principio, sino un criterio, salvo que se entienda que refleja el aspecto más importante del principio de la independencia judicial, el sometimiento a la ley.

Por tanto, obsérvese, en México, el debido proceso, además del debido proceso es otros cuatro principios y garantías constitucionales más, y no están todos los que, con esa técnica tan irreflexiva, deberían estar, pues al menos faltarían estos, aunque ciertamente unos pocos de ellos estén recogidos en el texto constitucional y otros permitan ser inferidos de ella (por ejemplo, de la amplia regulación que hace la Constitución política y el Código Nacional de Procedimientos Penales del derecho de defensa, como veremos), algunos con gran dificultad: Principio de la independencia judicial, principio de la imparcialidad judicial (estos dos con las salvedades indicadas), principio de igualdad procesal, principio de contradicción, principio acusatorio (con los matices conocidos), principio de no ser obligado a declarar contra sí mismo, principio de no ser obligado a declararse culpable, principio de confrontación, principio de necesidad o de acción pública, principio de investigación oficial, principio de libre valoración de la prueba, principio *in dubio pro reo*, principio de la cosa juzgada (principio de la prohibición de la doble incriminación), principio de oralidad, principio que garantiza la presencia del acusado en el juicio, principio de inmediación, derecho a la doble instancia, etc.

Pero esos principios explícitos, y los que no lo están que hemos recogido, pueden tener entidad propia y regulación explícita o implícita, como dijimos, en la legislación de naturaleza procesal penal mexicana (tanto en la Constitución política como en el Código Nacional de Procedimientos Penales), por tanto, no necesitan aparentemente formar parte del debido proceso legal, porque tienen sustantividad por sí mismos, sin perjuicio de que entre todos formen el marco constitucional adecuado para el proceso penal de una democracia. Se trata de ubicarlos, no de confundirlos entre sí.

Esto puede producir en la práctica que en México “todo sea proceso debido”. Cualquier infracción que se produzca, por mínima que sea, puede ser vulneración del principio del debido proceso, y si no se alega como tal en el acto oral o en el recurso, estamos vencidos porque la alegación va a ser indubitadamente rechazada o el recurso va a ser inadmitido o desestimado. Lo que se logra con ello es desnaturalizar el principio del proceso debido, quitándole todo valor, y perder energías esforzándose el acusado en demostrar que además de haberse infringido el derecho que realmente se ha vulnerado, por ejemplo, se le ha condenado con base en una prueba ilícita, ello afecta también el proceso debido.

En suma, no se ha entendido bien su funcionalidad. *Due Process* es el principio básico que actúa residual o subsidiariamente cuando hay que resolver un tema no previsto específicamente por ningún otro derecho procesal constitucional, no es el único principio del proceso, ni mucho menos se viola siempre que se viole otro principio. Con tamaña extensión se acabará convirtiendo en un principio inoperante. En

Europa se ha entendido mejor, es el derecho al proceso justo o al proceso con todas las garantías, que opera como marco o paraguas para que la constelación procesal sea compacta y segura.

Las Cortes Constitucional y Suprema de Justicia de la Nación, en mi modesta opinión, deben hacer un esfuerzo en las interpretaciones que se produzcan del principio, para dejar al debido proceso como principio general, aplicable sólo cuando un acto público en el proceso penal merezca protección constitucional y no esté específicamente previsto por la norma fundamental, o su engarce con la norma máxima en la que podría ampararse fuera demasiado complejo para ser exigible a la parte. Varios ejemplos podrían ponerse: Da fundamento al principio acusatorio y a alguno de los problemas que plantea (condena de un no acusado); configura el principio de confrontación, que tiene una entidad propia distinta a lo que es la mera contradicción; fundamenta el derecho de defensa en la ejecución de la pena; y da cobertura a la exigencia de resolución judicial en actos públicos que afecten a los derechos fundamentales de los ciudadanos sospechosos de haber cometido un crimen.

Si se entiende así, operará como criterio básico, en caso de laguna legal, y tendrá más sentido su explicación como clave de bóveda del sistema adversarial, sin el que no se comprende su estructura.

Finalmente, si recordamos también, volviendo a los Estados Unidos, 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 los Estados Unidos están reconocidos en los artículos 14 a 23 de la Constitución Política mexicana. 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 México. Sólo hay que perfilar su contenido de manera adecuada y luego encontrar su correspondencia en México, 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.

De no entender estos principios así, pronto surgirán las alarmas a las que me refería antes y se clamará por urgentes reformas, que no harán sino empeorar el tema. Se trataría al contrario, si atendemos a las voces críticas que el mismo está suscitando, que ponen de relieve lo que puede funcionar mal en la práctica, o lo que de hecho ya está funcionando mal, de reforzar el carácter acusatorio y el principio de oralidad del proceso penal mexicano.

Reitero mi profundo reconocimiento a tan digna institución, a su Presidente y a todos sus miembros.

Muchísimas gracias por su atención.