

**LOS FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES DEL PROCESO PENAL
FEDERAL DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA: LA INNECESARIEDAD
DEL PRINCIPIO ACUSATORIO.**

**THE CONSTITUTIONAL BASIS OF THE FEDERAL CRIMINAL PROCEDURE
OF THE UNITED STATES OF AMERICA: THE UNNECESSARY ACCUSATORY
PRINCIPLE**

Prof. Dr. Dr.h.c. Juan-Luis Gómez Colomer¹

SUMARIO:

I. LA ESTRUCTURA DOGMÁTICA Y CONCEPTUAL DEL SISTEMA ANGLOSAJÓN DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL APLICADO EN EL PROCESO PENAL FEDERAL DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA: 1.- Sobre los principios del proceso penal federal norteamericano en general. 2.- Aproximación a los principios básicos. 3.- El principio de contradicción y los que de él se derivan o se relacionan con él. II. LA IRRELEVANCIA DEL PRINCIPIO ACUSATORIO POR OBVIO: 1.- Doctrinas avanzadas sobre el término “acusatorio”. 2.- Buscando el término en el modelo. 3.- Los detalles de lo encontrado.

Sirva el texto que sigue como modesto homenaje a quien, durante toda su vida, entendió que el Derecho no podía dividirse en compartimentos estancos y, siempre que pudo, abrió su inteligencia a nuevas experiencias y perspectivas capaces de enriquecer la mente humana en pro de una Justicia más justa.

En medios muy difíciles, generalmente insensibles al progreso, y rodeado muchas veces de incompreensión, el Dr. Daniel González Álvarez supo llevar con dignidad su labor, no sólo como presidente de la Sala III (Penal) de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica durante casi 15 años, sino también cuando se desempeñó en cargos menos llamativos, pero igualmente influyentes, como su cátedra de Derecho Penal en la Universidad de Costa Rica o su vasta labor como consultor internacional.

¹ Catedrático de Derecho Procesal. Universidad Jaume I de Castellón (España).

Amante de España y de su sistema jurídico, en donde realizó varias estancias de investigación, su interés por el Derecho Procesal Penal nos hizo conocernos en el año 1990 en Costa Rica y desde entonces hemos coincidido en multitud de eventos, que sólo han hecho que fortalecer nuestra amistad. Un fino jurista, liberal, culto, apasionado y contribuyente ejemplar al desarrollo jurídico democrático de América Latina, su verdadera tierra.

Enhorabuena, y disfruta de la vida. Te lo has ganado con creces, querido Daniel.

I. LA ESTRUCTURA DOGMÁTICA Y CONCEPTUAL DEL SISTEMA ANGLOSAJÓN DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL APLICADO EN EL PROCESO PENAL FEDERAL DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

El proceso penal federal de los Estados Unidos se ha convertido en el modelo a seguir ante cualquier reforma integral que una democracia quiera hacer de su proceso penal, especialmente cuando su sistema de enjuiciamiento criminal es inquisitivo o muy antiguo². Su referencia como punto de partida esencial en la reforma del proceso penal de todos los países de América Latina es incuestionable.

En este homenaje pretendo exponer resumidamente dos cosas importantes. En primer lugar, incidir en aquellos fundamentos constitucionales de ese proceso que más trascendencia pueden tener en la reforma, porque la fortaleza del mismo se basa en su Constitución; y, en segundo lugar y al mismo tiempo, contribuir a despejar lo que

² He tratado aspectos clave del proceso penal federal norteamericano en varias ocasiones: Véase GÓMEZ COLOMER, J.L., “*Adversarial System*”, *proceso acusatorio y principio acusatorio: Una reflexión sobre el modelo de enjuiciamiento criminal aplicado en los Estados Unidos de Norteamérica*, Revista española Poder Judicial, número especial XIX dedicado a “Propuestas para una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal”, dirigida por el Prof. Dr. D. Faustino Gutiérrez-Alviz y Conrado, Vocal del CGPJ, Madrid 2006, págs. 25 a 77; GÓMEZ COLOMER, J.L., *La reforma estructural del proceso penal y la elección del modelo a seguir*, Revista electrónica “Derecho Penal”, abril de 2008, http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080521_92.pdf. Véanse también GÓMEZ COLOMER, J. L., *Hacia una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal acusatoria pura española: Pros y contras del modelo*, Revista Penal (España) 2007, núm. 20, págs. 74 y ss.; GÓMEZ COLOMER, J.L., *El sistema de enjuiciamiento criminal propio de un Estado de Derecho*, Ed. Inacipe, México D.F. 2008 (2ª ed. 2019); GÓMEZ COLOMER, J.L. (Coord.), *Introducción al proceso penal federal de los Estados Unidos de Norteamérica*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia (España) 2013; y GÓMEZ COLOMER, J.L., *Los fundamentos del sistema adversarial de enjuiciamiento criminal*, Ed. Andrés Morales y Universidad Sergio Arboleda, Bogotá (Colombia) 2015.

modestamente creo que es un error de interpretación general en Europa y en América Latina, producido al basar uno de los aspectos fundamentales del cambio en el principio acusatorio, cuando el sistema de enjuiciamiento criminal de los Estados Unidos no sabe qué es el principio acusatorio, al menos desconoce su trascendencia.

De la lectura de la jurisprudencia y de la doctrina de los Estados Unidos de Norteamérica se desprende con toda claridad que los conceptos básicos a tener en cuenta para entender el sistema de enjuiciamiento criminal norteamericano y su proceso penal son tres: *Adversary* o *Adversarial System*, *Due Process of Law* y *Fairness*, es decir, “sistema adversarial” en el sentido que precisaremos en este texto, “debido proceso legal”, y “equidad”, respectivamente. Conforman nuclearmente el proceso penal porque así lo ha afirmado la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal de los Estados Unidos de Norteamérica en numerosas sentencias³, y así es seguido por los procesalistas de aquel inmenso país⁴, con o sin base constitucional directa (porque en realidad sólo el debido proceso legal tiene reconocimiento constitucional explícito, como veremos *infra*), aunque en diversa manera e intensidad. *Accusatorial process* o *procedure* (proceso acusatorio) no es un concepto esencial, aunque se utilice en ocasiones, pocas, y, recuerdo, de principio acusatorio ni se habla. Explicarlos y ordenarlos de manera comprensible para nosotros, es por tanto lo que pretendemos hacer a continuación desde un punto de vista aproximativo como juristas formados en *civil law*, pero suficiente para conocer lo más importante del sistema anglonorteamericano de enjuiciamiento criminal en primer lugar, y en segundo eventualmente para comprender cómo puede orientarse mejor la reforma interna que se nos avecina.

³ Véanse ISRAEL, J.H. / KAMISAR, Y. / LaFAVE, W.R. / KING, N.J., *Criminal Procedure and the Constitution. Leading Supreme Court Cases and Introductory Text*, Ed. Thomson-West, St. Paul MINN 2011, pág. 3 (este libro ha sido traducido al español por Juan-Luis Gómez Colomer, coord., *Proceso Penal y Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2012), págs. 51 y ss.

⁴ Véanse las explicaciones, más que suficientes a los efectos aquí pretendidos, de CHIESA APONTE, E.L., *Derecho Procesal Penal de Puerto Rico y Estados Unidos*, Ed. Forum, Bogotá 1995, vol. 2, págs. 1 y ss.; RESUMIL DE SANFILIPPO, O.E., *Práctica Jurídica de Puerto Rico. Derecho Procesal Penal*, Ed. Equity Pub., Oxford NH USA 1990, t. I, págs. 108 y ss.; y FLETCHER, G. P., *Las víctimas ante el Jurado (trad. Molina y Muñoz, bajo la revisión de Muñoz Conde)*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 1997, págs. 207 y ss.

El estudio del sistema de enjuiciamiento criminal propio de un Estado de Derecho, de una democracia, requiere, antes de entrar en materia, investigar y exponer los conceptos básicos orgánicos y procesales penales en el país que, conforme a lo indicado, se toma por la mejor doctrina como espejo y modelo de cara a cualquier reforma del proceso penal que desee ser plenamente acusatoria (adversarial), por ejemplo la pensada en España en estos momentos⁵. Analicemos pues las esencias del sistema procesal penal de los Estados Unidos de Norteamérica a través de una visión global de los principios del proceso penal federal.

1.- Sobre los principios del proceso penal federal norteamericano en general

De las diez primeras Enmiendas a la Constitución, ratificadas en 1791⁶, cuatro de ellas, a saber, IV, V, VI y VIII, inciden directamente en el proceso penal⁷. Los derechos que se comprenden en estas Enmiendas se promulgaron con la finalidad de limitar el poder del Gobierno federal⁸. En 1868, poco después de acabar la guerra civil, se añadió la Enmienda XIV que regula la conducta de los gobiernos estatales y prevé el derecho al proceso debido, declarando que "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".⁹

⁵ El Sr. Ministro de Justicia D. Juan-Carlos Campo, PSOE, ha presentado con fecha 24 de noviembre de 2020 un nuevo Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal, basado en el sistema adversarial y en una evolución propia, cuyo texto está empezando a hacerse público en los días en que estoy terminando de escribir este artículo.

⁶ Para un análisis detallado de la constitucionalización del proceso penal v. LAFAVE, W.R. / ISRAEL, J.H. / KING, N. J., *Criminal Procedure*, Ed. West Group, St. Paul MINN 1984, vol. 1, págs. 44 y ss.

⁷ HOCHSTEDLER, E. / FRANK, N., *Criminal Court Process*, Ed. West Publishing, St. Paul, MINN 1996, pág. 45; NEUBAUER, D.W., *America's Courts and the Criminal Justice System (7ª ed.)*, Ed. Wadsworth Pub., Belmont CA 2002, pág. 23; HALL, D.E., *Criminal Procedure and the Constitution*, Ed. Delmar Publisher, Albany 1997, págs. 54 y ss.

⁸ ISRAEL, J.H. / KAMISAR, Y. / LaFAVE, W.R. / KING, N.J., *Criminal Procedure and the Constitution. Leading Supreme Court Cases and Introductory Text*, cit., pág. 3 (trad. coordinada por Juan-Luis Gómez Colomer, *Proceso Penal y Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica*, cit., pág. 37); HOCHSTEDLER, E. / FRANK, N., *Criminal Court Process*, cit., pág. 45.

⁹ V. un análisis pormenorizado de este principio en Estados Unidos en, ESPARZA LEIBAR, I., *El principio del proceso debido*, Ed. Bosch, Barcelona 1995, págs. 70 y ss.

A partir de ese momento se comenzó a plantear si a través de dicha disposición, dirigida exclusivamente a los estados, se podía entender que los derechos reconocidos como fundamentales en la Constitución (*Bill of Rights*), también desplegaban su eficacia en los procesos penales estatales.

En relación con esta cuestión no se ha mantenido una doctrina uniforme a lo largo de los años, más bien coexisten distintas teorías en la jurisprudencia del Tribunal Supremo:

a) En 1884, el Tribunal Supremo Federal por medio de su decisión *Hurtado v. California*¹⁰, interpretó la Enmienda XIV adoptando para su decisión como fundamento la teoría de los Derechos Fundamentales (*Fundamental Rights*). El máximo órgano judicial estadounidense afirmó en esta decisión que las garantías procesales incorporadas a la Constitución Federal a través de las Enmiendas, no eran directamente aplicables a través de la Enmienda XIV a los acusados en procesos penales estatales, sino que había que analizar caso por caso todas las circunstancias y así poder determinar si un derecho tenía la naturaleza de fundamental y por tanto ejercía su eficacia en el ámbito estatal. Razonaba esta teoría afirmando que no existía ninguna relación entre la Enmienda XIV y las garantías procesales previstas en la Constitución, y en este sentido sólo aquellos derechos que fuesen considerados fundamentales serían aplicables a los estados¹¹.

b) Posteriormente se defendió ante el Tribunal Supremo Federal la doctrina de la incorporación total (*Total Incorporation*), en cuya virtud se interpretó que la Enmienda XIV comprendía todos los derechos que se reconocen en la Constitución, de forma que éstos serían directamente aplicables en todos los procesos penales estatales, al igual que en el sistema federal. *Palko* es aquí la sentencia clave¹².

¹⁰ Que se puede consultar en 110 U.S. 516 (1884).

¹¹ v. FERDICO, J. N., *Criminal Procedure...*, cit., pág. 8; ISRAEL, J.H. / KAMISAR, Y. / LAFAVE, W.R., *Criminal Procedure...*, cit., pág. 33; EMANUEL, S.L. / KNOWLES, S., *Criminal Procedure*, Ed. Emanuel Publishing Corp., 19th ed., Larchmont, NY 1999, págs. 2 y ss.

¹² 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., pág. 74.

Sin embargo, esta doctrina nunca fue aceptada por la mayoría de los miembros del Tribunal, y se rechazó en numerosas ocasiones¹³. Por ejemplo, en *Adamson*¹⁴, o en *Duncan*¹⁵.

2.- Aproximación a los principios básicos

El proceso penal norteamericano se desarrolla en el marco de un sistema adversarial¹⁶. La doctrina norteamericana define el modelo procesal penal en este sentido para remarcar su diferencia con los sistemas procesales penales europeos, a los que muchas veces llama inquisitivos¹⁷, porque acentúan el papel que tienen las partes sobre el Juez, como veremos a continuación¹⁸. Esta calificación no siempre es acertada, sobre todo en los países europeos continentales democráticos (casi todos hoy).

Para intentar comprender el sistema norteamericano es necesario partir de estas tres características que lo identifican como adversarial¹⁹, que no son principios clave, sino

¹³ Vide, entre otras, sus decisiones *Twining v. New Jersey*, 211 U.S. 78 (1908); *Palko v. Connecticut*, 302 U.S. 319 (1937); y *Adamson v. California*, 332 U.S. 46 (1947).

¹⁴ 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., pág. 77.

¹⁵ 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., pág. 87.

¹⁶ Véanse BURNHAM, W., *Introduction to the Law and Legal System of the United States* (3ª ed.), Ed. West Group, St. Paul MINN 2002, pág. 275; y DÍEZ-PICAZO, L.M., *El poder de acusar. Ministerio Fiscal y Constitucionalismo*, Ed. Ariel Derecho, Madrid 2000, págs. 78 y 79.

¹⁷ CARP, R. A. / STIDHAM, R., *Judicial process in America*, Ed. Congressional Quarterly Inc. (4ª ed.), Washington, D.C. 1998, pág 157; BARONA VILAR, S., *La conformidad en el proceso penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 1994, págs. 36 y ss.

¹⁸ LaFAVE, W.R. / ISRAEL, J. H., *Criminal Procedure...*, cit., vol. 1, pág. 31 y 32, afirman que a pesar de que el sistema americano no es completamente adversario, lo cierto es que es lo bastante contradictorio en contraste con el sistema inquisitivo de la Europa continental, entendiéndose por sistema inquisitivo aquél en el que corresponde al órgano jurisdiccional en lugar de a las partes investigar los hechos relevantes; el Sistema Europeo la principal responsabilidad para investigar los hechos relevantes recae en un juez de instrucción y luego en el Juez competente para el acto de la vista oral, y que aunque a las partes se les da la posibilidad de contribuir, sin embargo no desarrollan el mismo papel que en el sistema americano; FLETCHER, G.P., *En defensa propia*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 1992, pág. 32, añade que "los sistemas europeos actuales se les etiqueta frecuentemente como inquisitoriales, son en realidad, también acusatorios, ya que la función de acusar y perseguir al sospechoso es ejercida por un órgano del poder ejecutivo, el Ministerio Público o Fiscal. En el sistema inquisitorial propiamente dicho, el Juez actúa a la vez como acusador y juzgador"; THAMAN, S.C., *Europe's new Jury Systems: The cases of Spain and Russia*, Law and Contemporary Problems, Spring 1999, vol. 62, pág. 233.

¹⁹ ABRAHAM, H.J., *The Judicial Process. An Introductory Analysis of the Courts of the United States, England and France* (7ª ed.), Ed. Oxford University Press, New York 1998, págs. 96 y 97.

elementos importantes y complementarios desde otra óptica de los grandes principios que caracterizan el sistema adversarial (v. *infra*):

a) El tratamiento como inocente hasta la sentencia de culpabilidad que proporciona la máxima de la presunción de inocencia, que data del *Common Law*, cuyo contenido y alcance ha sido desarrollado por la jurisprudencia, aunque el mismo no fue reconocido de forma expresa en la Constitución federal. En la práctica se materializa como una garantía del acusado, correspondiendo al estado, por medio del Fiscal, demostrar más allá de cualquier duda razonable la culpabilidad de aquél²⁰.

b) También se aduce, en cuanto a característica que califica al modelo norteamericano como adversarial, el papel neutral que desempeña el Juez desde el conocimiento de la perpetración de un hecho que reviste los caracteres de delito. Primero, porque en la etapa previa al juicio oral no realiza ninguna actividad investigadora en relación con los hechos criminales, y segundo, porque durante el desarrollo del juicio oral el Juez realiza su función como un mero árbitro, observando que las partes respeten las normas procesales, en especial, las relativas a la prueba²¹.

c) Finalmente, otro elemento que caracteriza al sistema de enjuiciamiento criminal estadounidense es el Jurado²². Se considera la piedra angular en que descansa el sistema acusatorio (adversarial) en ese gran país²³.

3.- El principio de contradicción y los que de él se derivan o se relacionan con él

²⁰ SAMAHA, J., *Criminal Procedure* (7ª ed.), Ed. West/Wadsworth, Belmont, CA 2008, págs. 457 y 458.

²¹ ABRAHAM, H.J., *The Judicial process...*, cit., pág. 97.

²² FLETCHER, G.P., *En defensa propia...*, cit., pág. 33, dice que una característica del sistema es que "al separar la función del Jurado de decidir sobre los hechos de la del Juez de resolver cuestiones jurídicas, disminuye las posibilidades manipulatorias tanto en el seno de los Jurados como de los estrados. El que se deje el poder final de decisión en manos de personas no versadas en Derecho, cuyas carreras no están afectadas por sus relaciones con el Estado, contribuye a que la decisión sobre la culpabilidad o inocencia del acusado sea independiente".

²³

LFAVE, W.R. / ISRAEL, J.H. / KING, N.J., *Criminal Procedure...*, cit., vol. 1, pág. 36.

El modelo de justicia penal norteamericano exige esencialmente la contradicción, de ahí su caracterización de adversarial, pero no sólo²⁴. Las características que permiten definirlo en este sentido, de acuerdo con la doctrina norteamericana, son las siguientes:

a) Son las partes quienes han de realizar las investigaciones que les permitan descubrir los medios de prueba que pretendan introducir en el juicio oral para que sea un tercero imparcial, el Juez o Jurado, que no ha intervenido en la búsqueda de las pruebas, quien decida²⁵.

b) Se realiza todo el procedimiento de forma concentrada.

c) Las partes tienen igualdad de oportunidades.

d) Los actos procesales tienen lugar en audiencia pública y con la comparecencia de todas las partes²⁶.

De esta forma, podemos afirmar que lo realmente importante de este sistema es el reconocimiento de los principios inherentes a las partes del proceso: Dualidad, contradicción e igualdad. Con mayor precisión:

1º) En relación con el principio de dualidad de posiciones, indispensable para la configuración y estructura del proceso, se observa que en el sistema norteamericano existen dos partes, acusador y acusado, y que corresponde en exclusiva el ejercicio de la

²⁴ LaFAVE, W.R. / ISRAEL, J.H. / KING, N.J., *Criminal Procedure...*, cit., vol. 1, pág. 31, dicen que el proceso penal americano es acusatorio y contradictorio, sin embargo, no deben confundirse los términos, porque son complementarios, pero no equivalentes.

²⁵ Véase BURNHAM, W., *Introduction to the...*, cit., pág. 83.

²⁶ BURNHAM, W., *Introduction to the...*, cit., págs. 85 a 87.

acción penal al Estado a través de sus Fiscales²⁷, no pudiendo el perjudicado u ofendido por el delito ejercitar la acción penal²⁸.

2º) En cuanto al principio de contradicción, el derecho de las partes a poder alegar y probar el fundamento fáctico y jurídico de su posición procesal, así como a poder rebatir lo que se alegue por la parte contraria, bien en los actos procesales orales, bien en los actos procesales escritos. La decisión judicial (veredicto y sentencia) se ha de adoptar habiendo oído el juez y el jurado a ambas partes, acusadora y acusada, antes de condenar o absolver (*audiatur et altera pars*)²⁹. Éste es en realidad el principio más importante porque sin él no existe el debido proceso, característica que permite ser entendida igual que en el sistema continental europeo. En el sistema norteamericano el alcance y contenido del principio de contradicción abarca varias fases del proceso penal. Sin embargo, no será hasta que se celebre el juicio o vista oral cuando se aplique el mismo en toda su extensión³⁰. Con anterioridad a la celebración de la vista oral, el principio

²⁷ CARP, R.A. / STIDHAM, R., *Judicial process in...*, cit., pág. 112, señalan que aunque no se sabe con certeza cuáles son los orígenes exactos de la aparición de la figura del acusador público, en las colonias norteamericanas la persecución de los delitos se dejó en manos del acusador público, quien era designado por el Gobernador de la Corona y añade que esta práctica persistió hasta finales de la Revolución norteamericana cuando los nuevos estados dispusieron de leyes que reconocían la figura del fiscal o acusador público; DÍEZ-PICAZO, L.M., *El poder de...*, cit., págs. 62 y 63, manifiesta que "la concepción norteamericana de la acción penal tiende a configurar ésta con una función pública de que quedan excluidos los particulares. Además, se trata de una función pública de naturaleza ejecutiva, de manera que la acción penal es vista como un instrumento constitucionalmente inherente al Poder Ejecutivo, que debe seguir el régimen jurídico propio de la actuación de éste último. De aquí los dos grandes principios que, aún hoy, rigen la actividad de la acusación: monopolio y discrecionalidad".

²⁸ En Estados Unidos, el fiscal tiene el monopolio de la acusación, siendo la víctima tratada como un mero testigo y dependiendo su actuación de lo que requiera el fiscal, v. WEINREB, L.L., *Criminal Process. Cases, Comment, Questions* (6ª ed.), Ed. Foundation Press, New York 1998, págs. 634 y ss. *Vide* LAFAVE, W.R. / ISRAEL, J.H. / KING, N.J., *Criminal Procedure...*, cit., vol. 1, págs. 13 a 15; FLETCHER, G.P., *Las víctimas ante...*, cit., págs. 245 y ss., se muestra favorable a la posibilidad de la intervención de la víctima en el proceso penal, y afirma, pág. 267, que "la participación de la víctima en el proceso, no es sólo una perspectiva adicional que permitirá al Jurado descubrir los hechos, sino que también un reconocimiento moral para la víctima". He tratado ampliamente esdte tema en GÓMEZ COLOMER, J.L., *Estatuto Jurídico de la Víctima del Delito* (2ª ed.), Ed Thomson Reuters - Aranzadi, Pamplona 2015, págs.41 a 127.

²⁹ Véase MONTERO AROCA, en MONTERO ROCA, J. / GÓMEZ COLOMER, J.L., / BARONA VILAR, S., *Derecho Jurisdiccional*, vol. I *Parte General* (27ª ed.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2019, págs. 250 y ss.

³⁰ A pesar de que el principio contradictorio se relaciona principalmente con la fase del juicio oral, existen actuaciones en el procedimiento preliminar que responden a esta forma en concreto de configurar el proceso, como la fase de ofrecimiento probatorio (*Discovery*), o la audiencia preliminar, en donde las partes actuarán de forma similar a como luego lo harán en la fase oral. V. LAFAVE, W.R. / ISRAEL, J.H. / KING, N.J., *Criminal Procedure...*, cit., vol. 1, pág. 19.

contradictorio empieza a desplegar su eficacia desde el momento en que se formaliza la acusación, ya que es a partir de ese acto cuando cada una de las partes va a tener que poner en conocimiento de la otra cuáles son las pruebas de las que dispone y pretende presentar, y en su caso practicar, en la vista oral. Ello para que las partes puedan realizar las investigaciones que estimen oportunas para poder fundamentar sus distintas posiciones³¹. No obstante, el alcance de dicha obligación, al menos a nivel federal, no abarca a todas las pruebas³².

3º) El tercer y último principio necesario para poder configurar un proceso es la "igualdad de armas". Éste completa y da sentido al anterior, porque si las partes no disfrutaran de los mismos derechos, posibilidades y cargas, sin que haya privilegios, carece de sentido hablar de contradicción, y por ende de proceso. Del estudio y observación del proceso penal federal norteamericano, nos llama algo inmediatamente la atención, y es que tampoco existe allí en realidad una igualdad de partes, desde el momento en que el Fiscal, órgano integrado en el poder ejecutivo, dispone de más medios materiales para preparar y sostener la acusación que la defensa³³.

³¹ Fed.R.Crim.P. 16. Se trata de las *Federal Rules of Criminal Procedure* (versión a 1 de diciembre de 2019), abreviadas a partir de ahora como se ha escrito. Véanse LAFAVE, W.R. / ISRAEL, J.H. / KING, N. J. / KERR, O.S., *Criminal Procedure* (5ª ed.), Ed. West-Thomson, St. Paul, MN, 2009, págs. 909 y ss.

³² Fed.R.Crim.P. 16 (a) 2 y 16 (b) 2. Por ejemplo, aunque el fiscal puede poner en conocimiento de la defensa los testigos que pretende utilizar en el juicio no se le exige que entregue a la defensa las declaraciones que estos hayan realizado hasta que hayan declarado en juicio. No obstante, en estas situaciones el Juez tiene que darle tiempo a la defensa para revisar la declaración antes de interrogar al testigo, v. 18 U.S.C § 3500. V. análisis de procedimiento de descubriendo en WHITEBREAD, C.H. / SLOBOGIN, C., *Criminal Procedure. An Analysis of Cases and Concepts* (4ª ed.), Ed. Foundation Press, New York 2000, págs. 618 y ss.; BURNHAM, W., *Introduction to the...*, cit., pág. 280, afirma que "aunque la defensa puede obtener la prueba exculpatoria en favor del acusado, no existe con carácter general un derecho reconocido de conocer toda la prueba que tiene el fiscal en contra suya", lo cual puede implicar que la defensa se encuentre con sorpresas en la vista oral.

³³ BAUM, L., *American Courts. Process and policy* (5ª ed.), Ed. Houghton Mifflin, Boston 2001, págs. 194 y 195, señala que ésta es una de las ventajas del proceso adversario norteamericano, porque el fiscal puede tener más medios que la defensa. O también puede ocurrir que se produzca la situación contraria, como en el caso *O. J. Simpson*. No obstante, añade que, aunque ello no implica que obtenga la victoria sí que puede conseguir ventajas que influyan decisivamente en la decisión o veredicto. En este sentido, RODRÍGUEZ GARCÍA, N., *La Justicia penal negociada. Experiencias en el Derecho comparado*, Ed. Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca 1997, pág. 31, afirma que "la práctica enseña que el poder entre ambas partes no es igual, puesto que normalmente el proceso penal norteamericano se a caracterizar por su resolución anticipada en donde el papel fundamental lo desempeña la acusación pública, lo que afecta a algunos de los valores fundamentales del sistema acusatorio establecidos para proteger al acusado, principalmente la presunción de inocencia".

Algunos de estos derechos o garantías procesales, sin embargo, no empiezan a aplicarse hasta el momento en que comienza el proceso penal. Es por ello que es necesario determinar cuándo se entiende que se inicia el proceso, para saber cómo se aplican dichos principios.

En Estados Unidos el contenido de la fase previa o de investigación no se desarrolla de la misma forma que en el sistema español. En Norteamérica, la única finalidad de esa etapa de investigación, que forma parte del proceso aunque se apliquen pocas normas procesales, es la preparación de la acusación por el Fiscal, no como en España cuyo objeto es la preparación del juicio oral, y en su caso, impedir que llegue a abrirse la fase oral si se dan los presupuestos del sobreseimiento y por ello en esa etapa preliminar, las partes ya se encuentran en posición de igualdad y de contradicción y tienen derecho a conocer de todas las actuaciones que se practiquen. Sin embargo, en el sistema anglosajón norteamericano, excepto en el caso de que se celebre una audiencia preliminar, el sospechoso o imputado no tiene derecho a conocer los medios de prueba de los que dispone el Fiscal hasta que se presenta la acusación formal por el Fiscal o el Gran Jurado, a través del procedimiento de *discovery*³⁴.

De momento diremos, para concluir, que en el sistema norteamericano los conceptos acusatorio, adversario o contradictorio, se emplean como sinónimos y no añaden nada nuevo a lo que se entiende por proceso, siendo estos conceptos consecuencia de la distinción que se realizó a lo largo de determinados momentos históricos para diferenciarlo del sistema inquisitivo de Europa³⁵.

II. LA IRRELEVANCIA DEL PRINCIPIO ACUSATORIO POR OBVIO

³⁴ BURNHAM, W., *Introduction to the...*, cit., pág. 278. En este sentido, señala DÍAZ CABIALE, J.A., *Principios de aportación de parte y acusatorio: La imparcialidad del Juez*, Ed. Comares, Granada 1996, pág. 270, que el *discovery* es uno de los mecanismos de los que disponen los modelos adversariales para "compensar esta desigualdad congénita y permitir al acusado hacer efectiva su defensa en el juicio oral".

³⁵ HAZARD, G.C., *Ethics in the practice of Law*, Ed. New Haven and London Yale University Press, New Haven 1978, págs. 120 y ss.

El principio acusatorio requiere un análisis más detenido, porque es muy equívoco en el Derecho Procesal Penal comparado entre Europa (continental) y los Estados Unidos de América, y porque en realidad, como demostraremos en las páginas siguientes, es muy poco relevante a nuestros efectos.

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

Proporcionar una base estructural correcta para entender esa afirmación es una cuestión decisiva porque en otro caso nunca se podrá entender qué papel juega el principio acusatorio en el sistema adversarial anglonorteamericano de enjuiciamiento criminal, si realmente lo juega, lo que es como veremos inmediatamente muy discutible.

En efecto, así es. Debemos meditar. Es necesario realizar una modesta reflexión y, en la medida de lo posible, sembrar dudas razonables, teniendo en cuenta nuestra formación en el sistema legal de la Europa continental y por tanto que contemplamos los problemas de los que vamos a hablar con ojos acostumbrados a ver el *Civil Law*, sobre si es correcto que una futura Ley de Enjuiciamiento Criminal española se tenga que basar en lo que se conoce como principio acusatorio y en un juicio oral y público. Estos principios (acusatorio y oralidad-publicidad) son los dos estandartes de la reforma procesal penal en muchos países que tenían procesos penales inquisitivos, sobre todo en América Latina, tal y como se aplican directamente en el sistema anglosajón de enjuiciamiento criminal y, más en concreto, en el proceso penal federal norteamericano, espejo en el que se miran todos los legisladores hoy. Y para el caso de que lleguemos a la conclusión de que no debe basarse en ese modelo, debemos meditar sobre si debe

fundarse la reforma de manera distinta en una evolución a mejor, es decir, en un perfeccionamiento de nuestro propio sistema acusatorio formal o mixto asentado en sus orígenes en el código napoleónico de 1808, pero con la rica experiencia de nuestra tradición, dando un salto cualitativo hacia un proceso penal más garantista y más empeñado en obtener una sentencia justa, sin descuidar los otros fines del proceso penal, particularmente la adecuada protección del inocente y, en otro nivel, de las víctimas.

La tendencia clara hoy es fijarse en el modelo acusatorio que representa el proceso penal norteamericano. No hacen falta muchos datos ni citas para corroborar esta afirmación, basta con atender a las reformas procesales penales más importantes que en nuestro entorno cultural se han producido para constatarlo. Así pues, volver los ojos hacia los Estados Unidos de Norteamérica y su sistema de enjuiciamiento criminal (federal) en cuyo seno se desarrolla un proceso acusatorio con juicio oral y público de manera muy auténtica o pura, parece hoy inevitable, y por esto mismo también lo debería ser el fijarnos, yendo más lejos, en los países que en Europa han aceptado ese modelo con mayor o menor profundidad (como Alemania³⁶ e Italia³⁷), o en América Latina³⁸, lo cual no quiere decir que ello por sí sólo justifique la copia del sistema, eso nunca. En este sentido, creo que previamente, para tomar una decisión acertada sobre si debemos tomar el modelo norteamericano o no, y si decidimos adoptarlo, si lo vamos a hacer por completo o, por el contrario, sólo las instituciones válidas del mismo, es necesario conocer qué se entiende por acusatorio en aquel país, pues difícilmente vamos a construir

³⁶ Véase GÓMEZ COLOMER, J.L., *El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas*, Ed. Bosch, Barcelona 1985, págs. 31 y 47.

³⁷ Véase un resumen en VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, M., *El nuevo proceso penal italiano*, Documentación Jurídica 1989, núm. 61, Ed. Ministerio de Justicia, Madrid 1989, págs. 13 a 15. Recomiendo la atenta lectura de la *Introduzione* de CONSO, G. / GREVI, V. (coord.), *Compendio di Procedura Penale* (2ª ed.), Ed. Cedam, Padova 2003, págs. XIII y ss. Existe no obstante la tendencia en la Italia actual de eliminar las manifestaciones extremas del principio acusatorio, volviendo a la tradición italiana, lo que explicaría las innumerables reformas habidas desde su entrada en vigor, poco acusatorias. V. también GUTIÉRREZ RELINCHES, A., *La acusación en el proceso penal italiano. El papel del Ministerio Público y de la víctima*, Ed. Colex, Madrid 2006, págs. 21 y 22.

³⁸ Por ejemplo, Nicaragua, país que se adhirió a esta tendencia aprobando en 2001 su nuevo Código Procesal Penal, entrado totalmente en vigor a finales de 2004, v. GÓMEZ COLOMER, J.L., *Sistema acusatorio puro y reforma procesal penal: El ejemplo de Nicaragua*, en GÓMEZ COLOMER, J.L. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., „Terrorismo y Proceso Penal Acusatorio“, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2006, págs. 339 y ss.

un nuevo proceso penal, o un proceso penal más evolucionado con base en el carácter acusatorio tal y como se entiende en los Estados Unidos, si no se sabe muy bien qué es allí.

1.- Doctrinas avanzadas sobre el término “acusatorio”

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

Esto no lo decimos nosotros, lo dicen reputados autores de valía intelectual incuestionable. En España, por ejemplo, lo ha afirmado con rotundidad MONTERO AROCA en varios escritos sobre la materia³⁹. En esencia, sostiene este autor que el

³⁹ Son los siguientes en concreto, ordenados cronológicamente, todos ellos de MONTERO AROCA, J.:

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

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

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

- *Derecho Jurisdiccional*, I. *Parte General* (9.ª ed.), con GÓMEZ COLOMER, MONTÓN REDONDO Y BARONA VILAR, Valencia 1999, págs. 351 y ss., y *Derecho Jurisdiccional*, III. *Proceso Penal* (8.ª ed.), con GÓMEZ COLOMER, MONTÓN REDONDO Y BARONA VILAR, Valencia 1999, págs. 11 y ss. (también en las *Contestaciones al programa de Derecho Procesal Penal para acceso a las carreras Judicial y Fiscal*, 1.ª ed., con FLORS MATÍES y L. EBRI, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 1997, pp. 14 y ss. Estos libros están hoy el *Derecho Jurisdiccional* en la 27ª ed. de 2019 y las *Contestaciones* en la 4.ª ed. de 2003);

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

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

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

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

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

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

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

pretenda que la libertad es principio determinante de la organización del sistema judicial y del modo de actuar de sus órganos.

MONTERO AROCA llega por tanto a la conclusión, a nuestro juicio premonitoria, después de una perceptible evolución, de que referirse al principio acusatorio sería hablar de nada, porque no tiene sentido si usamos con propiedad las palabras y somos rigurosos en explicar su contenido. Si usando la expresión “principio acusatorio” se quiere determinar un rasgo esencial del proceso, ese rasgo (y principio) es inútil, pues el proceso sólo puede ser acusatorio. Sin embargo, y el propio autor creo que es consciente de ello al referirse al significado “actual” del principio, sostener esta opinión equivaldría a pretender, si no a acabar con él, al menos a orillar de manera ostensible uno de los principios procesales penales que están más arraigados en la doctrina que pretende explicar el sistema de enjuiciamiento criminal europeo continental, y por tanto también el español. De ahí que finalmente opte, dado el estado legal, jurisprudencial y doctrinal en que se encuentra hoy en día la cuestión, por admitir la expresión “principio acusatorio”, pero entendida en un sentido muy estricto: Principio acusatorio sería aquél que en el proceso penal está encargado de garantizar la imparcialidad del juzgador, y, para dotarlo de un contenido muy riguroso en esa línea, propone que en su virtud se entiendan bajo esta denominación sólo estos tres significados:

a) Que no pueda existir proceso sin acusación, a formular por persona distinta a quien va a juzgar (que recoge la máxima “el que juzga no puede acusar”)⁴⁰;

b) Que no quepa condena por hechos distintos de los reflejados en la acusación, ni contra persona distinta de la acusada (que es un tema de fijación del objeto del proceso penal); y

⁴⁰ Que el autor ha desarrollado en MONTERO AROCA, J., *El Juez que instruye no juzga*, en MONTERO AROCA, “Proceso (civil y penal) y garantía. El proceso como garantía de libertad y de responsabilidad”, cit., págs. 517 y ss.

c) Que el juez no pueda tener facultades de dirección material del proceso, por tanto, que ni pueda aportar hechos ni prueba de oficio (es decir, que el juzgador debe ser tercero en el proceso)⁴¹. Contenido que el propio autor matiza algunas veces en su momento oportuno, en lo que ahora no entro.

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

De entrada creo que la aseveración del hoy jubilado catedrático y ex - magistrado de Valencia (España), cuando afirma que el principio acusatorio en realidad es nada actualmente, corre peligro de no entenderse muy bien en estos momentos, pero que realmente podría fructificar a mediados de siglo, es decir, en los próximos 30 años, y no ahora, cuando la nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal española, si finalmente se aprobara en esta legislatura (que comprende en teoría el período 2019-2023), lo que no es claro con fundamento a la vista de la situación política española actual⁴², llevara dos

⁴¹ Este punto ha sido tratado con detalle por el autor en MONTERO AROCA, J., *La incompatibilidad de funciones en el proceso (crítica de la jurisprudencia del TEDH sobre imparcialidad judicial y del texto del CEDH sobre incompatibilidad de funciones en el mismo proceso)*, en MONTERO AROCA, J., “Proceso (civil y penal) y garantía. El proceso como garantía de libertad y de responsabilidad”, cit., págs. 659 y ss.

⁴² El Gobierno español aprobó en Consejo de Ministros el día 22 de julio de 2011 el proyecto de una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal basada en el sistema acusatorio (adversarial), cuyo anteproyecto fue elaborado por una comisión de expertos con muchísima más presencia de prácticos que de teóricos, lo que en un cambio de modelo resulta bastante sorprendente. Un acto por cierto puramente testimonial porque el texto de referencia ni siquiera superará el trámite parlamentario inicial al haberse disuelto las cámaras el día 27 de septiembre de 2011, por adelanto de las elecciones al día 20 de noviembre de 2011. Se puede consultar en MINISTERIO DE JUSTICIA, *Anteproyectos de ley para un nuevo proceso penal*, Ed. Secretaría General Técnica - Ministerio de Justicia, Madrid 2011, págs. 19 y ss. Dos años después, en 2013, el Gobierno del PP presentó otro proyecto de nueva LECRIM, que esta vez se truncó por la oposición de los operadores jurídicos más relevantes que tenían que practicarla, y eso que disponía de mayoría absoluta y tiempo suficiente para aprobarla. El texto se puede consultar en el momento de escribir estas líneas en la página http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1215198252237/ALegislativa_P/1288775964668/Detalle.html web del Ministerio: http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1215198252237/ALegislativa_P/1288775964668/Detalle.html. ¿Correrá la misma suerte que estos dos antecedentes próximos el Anteproyecto de nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020, al que ya nos hemos referido en este texto? Esperemos que no.

generaciones de juristas aplicándose y se viera de una vez que lo importante es el sistema y no el proceso o el principio. Pero volviendo a este año, es inevitable, y hay un buen grado de sorpresa en ello, preguntarse cómo es que ha sucedido esto, y cómo es que prácticamente toda la doctrina procesal penal europea no ha caído en la cuenta aparentemente de que la construcción dogmática del principio acusatorio (la doctrina francesa, la alemana y la italiana consideran por lo general en sus escritos, sin ambages, el *principe accusatoire*, el *Anklagegrundsatz*, y el *principio accusatorio*), puede ser, es seguramente, bastante endeble, por no decir que no se puede sostener de ninguna manera al carecer de una utilidad concreta. Evidentemente, si MONTERO AROCA tiene razón, se ha producido un grave error conceptual, pero no sólo dogmático, también de trascendentales consecuencias prácticas, que conforme se ha ido arrastrando en el tiempo se ha ido engrandeciendo.

2.- Buscando el término en el modelo.

Por ello nos preguntamos si acaso los problemas de interpretación con el principio acusatorio no habrán surgido cuando se hicieron, o se están haciendo, porque estamos ante actos continuados, los primeros intentos de traslación del modelo de enjuiciamiento criminal que rige en Estados Unidos, tanto en el proceso penal federal como en los procesos penales de los 50 Estados, más el del Distrito de Columbia y el Federal, incluso añadiendo por su similitud el del Estado Libre Asociado de Puerto Rico⁴³. Es decir, por las fechas en que se empezó a pensar en las reformas más trascendentes e importantes, en Alemania desde principios de los años 70, en Italia desde finales de los años 70, y en España desde los años casi 90.

Sabemos todos que el sistema de enjuiciamiento criminal español es de tipo acusatorio mixto, de origen francés pues se deriva del *Code d'instruction criminel* de

⁴³ Estados Unidos es un país federal en el que cada estado tiene la potestad legislativa para aprobar sus propias normas procesales penales. Esto se traduce, como avanzamos, en que existen en ese gran país un total de 52 jurisdicciones, con 52 sistemas procesales penales: Uno para cada estado, y son 50, más el federal y el vigente en el Distrito de Columbia, en donde tiene su sede la capital Washington, v. ISRAEL, J.H. / KAMISAR, Y. / LaFAVE, W.R. / KING, N.J., *Criminal Procedure and the Constitution...*, cit., págs. 1 y 2.

1808⁴⁴, código que, como casi todas las cuestiones jurídicas importantes de la Revolución Francesa⁴⁵, se fijó en el sistema de enjuiciamiento criminal inglés conservando identidades francesas propias⁴⁶. Se dice por ello también que nuestro proceso penal es acusatorio formal o mixto, regido en parte por el principio acusatorio, precisamente en aquella parte del proceso, la del juicio oral, que está claramente influenciada por este principio. No es el único caso en Europa⁴⁷, pero nos fijaremos sólo en España. Los términos “sistema acusatorio”, “proceso acusatorio” y “principio acusatorio” están por ello de alguna manera presentes en la doctrina y en la jurisprudencia española, algo menos en nuestras leyes, desde entonces⁴⁸. Sabemos también, recordemos, que el proceso penal norteamericano se está convirtiendo paulatinamente en el modelo a seguir por determinados países europeos que han afrontado o afrontan reformas estructurales de su proceso penal, entre ellos, España, perdiendo algo de su relevancia en la actualidad las clásicas referencias a los procesos penales alemán e italiano, éste hoy “anglosajonizado”

⁴⁴ Sobre la naturaleza del proceso penal francés napoleónico véase GARRAUD, R., *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et procédure pénale*, Ed. Sirey, Paris 1907, t. I, págs. 90, 100 y 101.

⁴⁵ Véase la introducción de TIerno GALVÁN, E., al libro de MONTESQUIEU, *Del Espíritu de las Leyes* (trad. Blázquez y de Vega), Ed. Tecnos, Madrid 1987, pág. XL; y GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Revolución Francesa y Administración contemporánea* (4ª ed.), Ed. Civitas, Madrid 1994, págs. 21 a 34.

⁴⁶ Véanse ESMEIN, A., *Histoire de la procédure criminelle en France: et spécialement de la procédure inquisitoire depuis le XIIIe siècle jusqu'à nos jours*, Ed. Larose et Forcel, Paris 1882, págs. 481 a 485; y la Introducción de LAINGUI, A., *Una rivoluzione permanente: La riforma della procedura penale francese (1780-1958)*, en PICARDI, N. / GIULIANI, A., “Testi e Documenti per la Storia del Processo. I Codici Napoleonici”, V, t. II “Codice di Istruzione Criminale, 1808”, Ed. Giuffrè, Milano 2002, págs. IX y ss., esp., pág. XII. Para información del jurista norteamericano, v. AMODIO, E. / SELVAGGI, E., *An Accusatorial System in a Civil Law Country: The 1988 Italian Code of Criminal Procedure*, 62 Temple L. Rev. 1211 (1989), pág. 1211.

⁴⁷ Pondré dos ejemplos: La *Strafprozeßordnung* alemana de 1877 es de notable influencia francesa (aunque en Alemania se hable de proceso penal reformado y no de proceso penal acusatorio formal o mixto), v. SCHMIDT, E., *Einführung in die Geschichte der Deutschen Strafrechtspflege* (3ª ed.), Ed. Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen 1995, págs. 324 a 346; e IGNOR, A., *Geschichte des Strafprozesses in Deutschland 1532-1846*, Ed. Schöningh, Paderborn 2002, págs. 211 y ss. Un resumen tuve ocasión de hacerlo en GÓMEZ COLOMER, J.L., *El sistema procesal penal alemán: Su historia y principios más relevantes*, en “Sistemas Penales Europeos”, Cuadernos de Derecho Judicial. IV – 2002, Ed. Escuela Judicial y Consejo General del Poder Judicial, Madrid 2002, págs. 243 y ss. Y también es de clara influencia francesa el *Codice di Procedura Penale* de 1913, el primero verdaderamente de la Italia unida, v. MANZINI, V., *Tratado de Derecho Procesal Penal* (trad. De Sentís Melendo y Ayerra Redín), EJE, Buenos Aires 1951, t. I, págs. 96 a 104; y CHIAVARIO, M., *Procedura Penale. Un Codice tra „storia“ e cronaca*, Ed. Giappichelli, Torino 1996, págs. 20 y ss.

⁴⁸ Lo ha dicho con autoridad otro maestro español indiscutible, GÓMEZ ORBANEJA, E., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Ed. Bosch, Barcelona 1947, t. I, pág. XXI de la Introducción.

como es bien sabido, cambio de rumbo que me parece equivocado porque eran los países jurídicamente más avanzados de nuestro entorno cultural, formando parte los tres países del llamado sistema de *Civil Law*. El proceso penal de los Estados Unidos de América (es indiferente que hablemos en general del federal o en particular del de cualquier estado) es según su doctrina auténticamente acusatorio, sin apellidos ni calificativo alguno, por tanto, sin que sea necesario tildarlo como acusatorio “puro”, aunque a veces parezca obligado. Resulta pues útil, si se quiere conocer el nuevo modelo a fondo y la extensión de su influencia entre nosotros, analizar primero las auténticas bases conceptuales del sistema de enjuiciamiento criminal en USA⁴⁹.

3.- Los detalles de lo encontrado.

Pues bien, la primera sorpresa con que me encuentro es que en USA, si bien la jurisprudencia y la doctrina suelen mencionar los términos “sistema adversarial” (éste comúnmente), “sistema acusatorio”, “proceso acusatorio”, o “procedimiento acusatorio” (éstos últimos menos frecuentemente, en verdad), no se refieren en absoluto o casi nunca a “principio acusatorio”⁵⁰. Lo importante para esa doctrina deducimos que es el sistema o el proceso, no el principio. Por eso dos reputadísimos y clásicos autores norteamericanos, LaFAVE e ISRAEL, contraponen claramente al sistema inquisitivo europeo el sistema “adversarial” (*Adversary* o *Adversarial System*) norteamericano, afirmando que el proceso penal de los Estados Unidos es acusatorio, jugando con los conceptos de sistema “adversarial” y proceso acusatorio (aunque no siempre lo consiguen, pues a veces hablan también de *Accusatory* o *Accusatorial System*), del siguiente modo: El sistema de proceder criminalmente es “adversarial”, y el proceso que dentro de ese sistema sirve

⁴⁹ Aconsejo una lectura detenida para comenzar de DAMAŠKA, M.R., *Evidentiary Barriers to Conviction and Two Models Of Criminal Procedure: A Comparative Study*, 121 U. Pa. L. Rev. 506 (1973), págs. 554 y ss., un texto algo antiguo ya, pero en donde el autor centra el tema con claridad y precisión.

⁵⁰ De hecho sólo lo hemos visto citado, salvo omisión involuntaria, con ocasión de traducir al inglés términos europeos, v. GOLDSTEIN, A. / MARCUS, M., *The Myth of Judicial Supervision in Three Inquisitorial Systems: France, Italy and Germany*. 87 Yale L. J. 240 (1977-1978), pág. 243, nota 7 (*the accusatorial principle*, con ocasión de la *Strafprozessordnung* alemana); y MILLER, J.J., *Plea Bargaining and Its Analogues under the New Italian Criminal Procedure Code and in the United States: Towards a New Understanding of Comparative Criminal Procedure*, 22 N.Y.U. J. Int'l L. & Pol. 215 (1990), pág. 215 (*accusatorial principles*, con referencia a los fundamentos de la reforma en países de sistema inquisitivo).

para imponer las penas es acusatorio. Ambos términos, “adversarial” y acusatorio, se complementan respectivamente, pero no significan lo mismo. En el entender de estos autores, “adversarial” significa que son las partes las que tienen la responsabilidad de aportar los hechos y sus pruebas al proceso, de ahí que sean ellas quienes deban investigar los hechos, así como la responsabilidad de desarrollar los aspectos legales que los fundamenten interpretándolos de la manera más favorable a los intereses del Estado/Gobierno (Ministerio Público) o del acusado (abogado defensor); mientras que acusatorio significa que son las partes las que tienen la responsabilidad de convencer al juzgador sobre la culpabilidad o inocencia del acusado, principalmente el Ministerio Fiscal tiene la carga de la prueba de la culpabilidad del acusado. En este juego, la posición del Juez (con el Jurado) es proceder imparcialmente en el desarrollo del proceso que corresponde a ese sistema, observando sin inmiscuirse la contienda tal y como es planteada por las partes, en una aplicación contradictoria al cien por cien de la dialéctica procesal entre ellas, dictando finalmente una sentencia justa. La última evolución de sistema “adversarial” y proceso acusatorio lleva a considerar que el juez no es un mero espectador, un decisor inactivo frente a lo que está sucediendo ante él, sino que debe tener un mayor protagonismo, y también a entender que no se permite a las partes desarrollar el caso enteramente por su cuenta en función de sus intereses, por ejemplo, deben sujetarse a determinadas reglas garantistas, es decir, se va hacia un modelo menos puro si se prefiere esta expresión. Pero, ni antes ni ahora, de principio acusatorio no dicen absolutamente ni una palabra⁵¹.

Desde un punto de vista continental dos precisiones deben hacerse ahora sobre esta opinión: La primera es que se constata cada vez más un acercamiento entre ambos sistemas, el “adversarial” norteamericano y el acusatorio formal europeo, de manera que ni el de los Estados Unidos de América es ya tan “adversarial”, ni el europeo es tan “acusatorio formal”⁵². Determinados aspectos clave en ambos procesos, diríamos incluso que los más importantes, como la *guilty plea* en los Estados Unidos de América y los

⁵¹ Véanse LaFAVE, W.R. / ISRAEL, J.H., *Criminal Procedure*, cit., vol. 1, págs. 36 y ss., esp. págs. 38, nota 3 y 42.

⁵² Véase ARMENTA DEU, T., *Sistemas Procesales Penales*, Ed. Marcial Pons, Madrid 2012, págs. 26 y ss.

acuerdos en Europa (*Absprache, patteggiamenti*, conformidad), debido no tanto a las esencias más puras del sistema “adversarial” o acusatorio, sino más bien a debilidades del sistema, ya que progresan tanto más cuanto más fracasa la Justicia penal, cuanto ésta es incapaz de proporcionar un juicio a cada delito cometido, así lo demuestran⁵³. La segunda es que el sistema “adversarial” norteamericano y su proceso penal no se entienden sin el Jurado, de manera que la posición en él del juez (mero espectador) y de las partes (dueñas del proceso) es tal porque el juicio, y más en concreto la práctica de la prueba, va a tener lugar ante el Jurado, quien decide de verdad⁵⁴, lo que revela una profunda diferencia con el sistema europeo continental.

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

⁵³ Véase SCHÜNEMANN, B. / HAUER, J., *Absprachen im Strafverfahren. Zentrale Probleme einer zukünftigen gesetzlichen Regelung*, Anwaltsblatt 2006, núm. 7, págs. 439 y ss.; y, sobre todo, de SCHÜNEMANN, B., como autor único, *¿Crisis del procedimiento penal? (¿Marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?)*, en "Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial. Jornadas sobre la Reforma del Derecho Penal en Alemania", Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1991, págs. 49 y ss., también publicado con el mismo título en SCHÜNEMANN, B., „Temas actuales y permanentes del Derecho Penal después del milenio“, Ed. Tecnos, Madrid 2002, págs. 288 y ss.; y del mismo autor, *El procedimiento penal norteamericano en sus aspectos críticos*, en prensa, ponencia presentada en el Congreso Internacional de Derecho Procesal Penal, celebrado en México DF del 9 a 13 de octubre de 2006, organizada por el Instituto de Ciencias Penales (INACIPE) de México con ocasión de su XXX Aniversario.

⁵⁴ Véanse una clara explicación sobre ello en FLETCHER, G.P., *Las víctimas ante...*, cit., págs. 281 y ss.

norteamericanas, o cuando se leen artículos de Derecho comparado publicados en revistas jurídicas especializadas de ese gran país⁵⁵.

¿Por qué? Ésa es la cuestión, porque si atendemos a la doctrina y a la jurisprudencia procesales penales españolas sobre el principio acusatorio, parece que éste sirva para todo, en el sentido de ser el remedio de todos los males procesales, tal es el nivel y grado de su aplicación práctica⁵⁶ y de utilización conceptual⁵⁷. Nos hemos

⁵⁵ Véanse, por ejemplo, sobre todo comentando las reformas alemana, francesa e italiana, los tres países, con alguna rara excepción, que más interesan de momento a los norteamericanos en temas de comparación de procesos penales: AMODIO, E. / SELVAGGI, E., *An Accusatorial System in a Civil Law Country: The 1988 Italian Code of Criminal Procedure*, cit., págs. 1217 y ss.; FASSLER, L.J., *The Italian Penal Procedure Code: An Adversarial System of Criminal Procedure in Continental Europe*, 9 Colum. J. Tranatl L. 245 (1991), págs. 251 y ss.; FRASE, R.S., *Comparative Criminal Justice as a Guide to American Law Reform: How the French Do It, How Can We Find Out, and Why Should We Care?*, 78 Cal. L. Rev. 539, 550 (1990), págs. 553 y ss. (disponible en Internet); y HAFETZ, J.L., *Latin America: Views on contemporary issues in the region pretrial detention, human rights, and judicial reform in Latin America*, 26 Fordham Int'l L.J. 1754 (2003), págs. 1756 y ss. (disponible en Internet).

⁵⁶ Véase GUI MORI, T., *Jurisprudencia constitucional, 1981-1995: Estudio y reseña completa de las primeras 3052 sentencias del Tribunal Constitucional*, Ed. Civitas, Madrid 1997; y, en formato electrónico del mismo autor, *Jurisprudencia constitucional íntegra: 1981-2001, con actualización en 2004*, Ed. Bosch, Barcelona 2004. Se verá ahí inmediatamente la enorme cantidad de sentencias sobre el principio acusatorio dictadas hasta la fecha para comprender esta afirmación, sin perjuicio de su seguimiento particular en las diferentes colecciones jurisprudenciales.

⁵⁷ En cuanto a la doctrina procesal española, véanse ARMENTA DEU, T., *Principio acusatorio y Derecho Penal*, Ed. J.M. Bosch e Instituto de Criminología, Barcelona 1994, págs. 39 y ss.; ASENSIO MELLADO, J.M., *Principio acusatorio y derecho de defensa en el proceso penal*, Ed. Trivium, Madrid 1991, págs. 14 y ss.; Idem, *Principio acusatorio: Realidad y utilización (lo que es y lo que no es)*, Revista de Derecho Procesal 1996, vol. 2, págs. 265 y ss.; BARDAJÍ GÓMEZ, L., *El Recurso de Casación por quebrantamiento de forma de los arts. 850 y 851 de la LECR. Examen de los diversos supuestos. El principio acusatorio*, Estudios jurídicos del Ministerio Fiscal 2003, núm. 1, págs. 469 y ss.; CORDÓN MORENO, F., *Las garantías constitucionales del proceso penal*, Ed. Aranzadi, Pamplona 1999, págs. 113 y ss.; CUCARELLA GALIANA, L., *La correlación de la sentencia con la acusación y la defensa*, Ed. Thomson-Aranzadi, Pamplona 2003, págs. 44 y ss.; DE DIEGO DÍEZ, L.A., *El principio "el que instruye no debe juzgar" como garantía de imparcialidad en el enjuiciamiento penal*, Revista Poder Judicial 1987, núm. 8, págs. 9 y ss.; Idem, *El derecho a la tutela judicial efectiva en la sentencia penal. Los principios acusatorio y de contradicción*, Revista Justicia 88, vol. I, págs. 103 y ss.; DE LA OLIVA SANTOS, A., *Disponibilidad del objeto, conformidad del imputado y vinculación del Tribunal a las pretensiones en el proceso penal*, Revista General del Derecho 1992, págs. 9853 y ss.; DE VEGA RUIZ, J.A., *Proceso penal y derechos fundamentales desde la perspectiva jurisprudencial*, Ed. Colex, Madrid 1994, págs. 131 y ss.; DELGADO MARTÍN, J., *Principio acusatorio y juicio de faltas*, Revista Actualidad Penal 1995, vol. I, apartado VI; DÍAZ CABIALE, J.A., *Principios de aportación de parte y acusatorio: La imparcialidad del Juez*, Ed. Comares, Granada 1996, págs. 191 y ss.; DOLZ LAGO, M.J., *De nuevo, sobre el principio acusatorio y pena legal: comentario al Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2007*, Diario La Ley 2008, núm. 6917; DOLZ LAGO, M.J., *Principio acusatorio y pena: nueva jurisprudencia. ¿Hacia un reforzamiento del «poder de acusar» y del Ministerio Fiscal?*, La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía 2007, núm. 4, págs. 1578 y ss.; GALDANA PÉREZ, M., *Correlación entre acusación y sentencia en el proceso ordinario: Doctrina y jurisprudencia*, Ed. Comares, Granada 2002, págs. 4 y ss.; GELSI BIDART, A., *Del*

principio "acusatorio", en GIMENO SENDRA (Coord.), "Estudios de derecho procesal en honor de Víctor Fairén Guillén", Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 1990, págs. 225 y ss.; GIMENO SENDRA, J.V., *El juez imparcial en la doctrina del Tribunal Constitucional*, Revista Poder Judicial, núm. esp. VI, págs. 267 y ss.; GÓMEZ COLOMER, J.L., *La procédure pénale face au principe accusatoire: La position adoptée par la Ministère Public en Espagne et dans les principaux pays Latino-Américains. Influences Européennes et Nord Américaines*, Revue Internationale de Droit Pénal 1997, vol. 68, págs. 61 y ss.; Idem, *Adversarial System, proceso acusatorio y principio acusatorio: una reflexión sobre el modelo de enjuiciamiento criminal aplicado en los Estados Unidos de Norteamérica*, Revista del poder judicial 2006, núm. Extra 19 (dedicado a "Propuestas para una ley de enjuiciamiento criminal"), págs. 25 y ss.; GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Ed. Colex, Madrid 1990, págs. 67 y ss.; GONZÁLEZ NAVARRO, A., *Correlación entre acusación y sentencia penal*, Universidad de La Laguna 2001; GUERRERO PALOMARES, S., *El principio acusatorio*, Ed. Thomson-Aranzadi, Pamplona 2005, págs. 51 y ss.; GUILLÉN ALBACETE, J. M., *El principio acusatorio en el procedimiento penal: límites constitucionales a la modificación de la calificación provisional por las conclusiones definitivas (art. 24.2 CE)*, en MARTÍNEZ-SIMANCAS SÁNCHEZ/ARAGÓN REYES (Coords.), "La Constitución y la práctica del derecho", (vol. 2), Ed. Sopec, Madrid 1998, págs. 1519 y ss.; HERNÁNDEZ GARCÍA, J., *Determinación judicial de la pena puntual y principio acusatorio*, Diario La Ley 2009, núm. 7229; MARCHENA GÓMEZ, M., *Prisión provisional y principio acusatorio: cuestiones procesales*, en Dorrego de Carlos, A. (coord.), "Régimen jurídico de la prisión provisional", Ed. Sepín, Madrid 2004, págs. 169 y ss.; MARTÍNEZ ARRIETA, A., *La nueva concepción jurisprudencial del principio acusatorio*, Ed. Comares, Granada 1994, págs. 24 y ss.; Idem, *Principio acusatorio: Teoría general y aplicación práctica*, en "Cuadernos de Derecho Judicial: Los principios del proceso penal", Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1992, págs. 51 y ss.; MARTÍNEZ GALINDO, G., *Vigencia del principio acusatorio: Informe de jurisprudencia*, La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario 2004, núm. 1, págs. 83 y ss.; MENDIZÁBAL ALLENDE, R., *La posición procesal del Ministerio Fiscal en la fase de investigación del proceso penal: de órgano inspector de la formación del sumario a órgano de investigación*, en "Estudios Jurídicos - Ministerio Fiscal" 1999 - IV, págs. 35 y ss.; MONTAÑÉS PARDO, M.A., *Las garantías constitucionales del proceso penal: el principio acusatorio*, Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional 2002, núm. 1, págs. 1965 y ss.; MONTERO AROCA, J., *Principios del proceso penal. Una explicación basada en la razón*, cit., págs. 16 y ss.; Idem, *Sobre la imparcialidad del Juez y la incompatibilidad de funciones procesales*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 1999, págs. 39 y ss.; ORTEGO PÉREZ, F., *El juicio de acusación*, Ed. Atelier, Madrid 2007; ORTELLS RAMOS, M., *Correlación entre acusación y sentencia: Antiguas y nuevas orientaciones jurisprudenciales*, Revista Justicia 91, págs. 529 y ss.; Idem, *Principio acusatorio, poderes oficiales del Juzgador y principio de contradicción. Una crítica de cambio jurisprudencial sobre correlación entre acusación y sentencia*, Revista Justicia 91, págs. 775 y ss.; PÉREZ MORALES, M.G., *Correlación entre acusación y sentencia en el proceso ordinario. Doctrina y Jurisprudencia*, Ed. Comares, Granada 2002; PICÓ I JUNOY, J., *Las garantías constitucionales del proceso*, Ed. Bosch., Barcelona 1997, págs. 111 y ss.; Idem, *La iniciativa probatoria del juez penal y el principio acusatorio*, en ROMERO SEGUEL (Coord.), "Estudios de derecho en homenaje a Raúl Tavolari Oliveros", Ed. Lexis Nexis, Santiago de Chile 2007, págs. 335 y ss.; PLANCHADELL GARGALLO, A., *El derecho fundamental a ser informado de la acusación*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 1999, págs. 59 y ss.; POLO RODRÍGUEZ, J.J., *El Fiscal investigador e instructor*, "Estudios Jurídicos - Ministerio Fiscal" 1997 - VI, págs. 11 y ss.; RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, R., *La contaminación procesal: El derecho a un juez imparcial*, Ed. Comares, Granada 2000, págs. 11 y ss.; RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, R., *Extensión del principio acusatorio y vinculación del Tribunal sentenciador: A propósito de la STC Pleno 155/2009*, de 25 de junio, Diario La Ley 2009, núm. 7272; ROMERO COLOMA, A.M., *Alcance de los principios del proceso penal español a la luz del ordenamiento constitucional*, Revista Actualidad Penal 1995, vol. I, apartado XXI; RUIZ VADILLO, E., *Algunas desviaciones del sistema acusatorio y la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Revista General del Derecho 1957, núm. 150, págs. 207 y ss.; Idem, *Algunas breves consideraciones sobre el sistema acusatorio y la interdicción constitucional de toda indefensión en el proceso penal*, Revista La Ley 1987, núm. 4, págs. 873 y ss.; Idem, *El principio acusatorio y su proyección en la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo*, Actualidad

propuesto por ello, ante esta sorpresa, o mejor, contradicción aparente, investigar esta cuestión y, dado el caso, pretender modestamente influir, y ahora hacemos sólo una consideración general a enlazar con la intuición a que hacía referencia *supra*, en que se corrija en el futuro por quien corresponda esa doctrina de la jurisprudencia constitucional y ordinaria españolas, que parece que esté convirtiendo al principio acusatorio en el único principio del proceso penal imaginable, siendo todos los demás meros “infraprincipios” devaluados que le acompañarían a modo de comparsa, de manera tal que el principio acusatorio sería el instrumento que sirviera para explicar y corregir todos los vicios procesales importantes y dar sentido a numerosas máximas, principios o garantías que poco o nada tienen que ver con él, doctrina que pienso que no puede ser buena científicamente hablando, porque en esencia lo que afirma es que algo tan complejo como es el proceso penal se sustenta en un único punto de apoyo. Es lamentable, en este sentido y por vía de ejemplo, comprobar la densa confusión que existe entre principio acusatorio y principio de contradicción o derecho de defensa en varias sentencias del Tribunal

Editorial, Madrid 1994, págs. 139 y ss.; Idem, *El principio acusatorio*, Revista del Ministerio Fiscal 1995, núm. 1, págs. 89 y ss.; Idem, *Estudios de Derecho Procesal Penal*, cit., págs. 57 y ss.; SAAVEDRA RUIZ, J., *La iniciativa del Tribunal en el acto del juicio oral. Alcance de los artículos 729 y 733 LECRIM*, en "Cuadernos de Derecho Judicial: Cuestiones de Derecho Procesal Penal", Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1994, págs. 13 y ss.; SÁINZ RUIZ, J.A., *Principio acusatorio en la fase de investigación: ¿hacia un Fiscal instructor?*, Revista General de Derecho 2000, núm. 667, págs. 3791 y ss.; SALAS CALERO, L., *Aspectos materiales y procesales del principio acusatorio: problemas probatorios, prueba ilícita y procesos penales socialmente relevantes. La exclusión de pruebas ilícitamente obtenidas en el Derecho Procesal de los Estados Unidos*, Revista del poder judicial 2002, núm. 66, págs. 367 y ss.; SERRANO HOYO, G., *La prohibición de indefensión y su incidencia en el proceso*, Ed. Comares, Granada 1997, págs. 115 y ss.; SOTO NIETO, F., *Principio acusatorio. Condena por delito homogéneo de igual o menor gravedad*, La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía 2002, núm. 7, págs. 1794 y ss.; Idem, *El principio acusatorio en el proceso penal y sus singularidades*, La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía 2006, núm. 4, págs. 1491 y ss.; VÁZQUEZ SOTELO, J.L., *El principio acusatorio y su reflejo en el proceso penal español*, Revista Jurídica de Cataluña 1984, núm. 2, págs. 93 y ss.; VERGER GRAU, J., *La defensa del imputado y el principio acusatorio*, Ed. J.M. Bosch, Barcelona 1994, págs. 15 y ss.; y las opiniones del constitucionalista, que fue Ministro de Justicia del Reino de España, LÓPEZ AGUILAR, J.F., *La Justicia y sus problemas en la Constitución*, Ed. Tecnos, Madrid 1996, págs. 220 y 221. Pero sigue siendo válido el pensamiento sobre la acción penal de GÓMEZ ORBANEJA, E., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, cit., t. II, págs. 447 y ss.; v. también FAIRÉN GUILLÉN, V., *La disponibilidad del derecho a la defensa en el sistema acusatorio español*, en "Temas del Ordenamiento Procesal", Ed. Tecnos, Madrid 1987, t. II, págs. 1205 y 1206.

Constitucional español⁵⁸, o con otros derechos o principios fundamentales⁵⁹, tema éste que sin duda merece una investigación propia a fondo en la que ahora no podemos entrar. Y la causa reside en mi opinión en la notabilísima influencia en este alto tribunal de un pretendido concepto norteamericano de principio acusatorio, pero que en realidad ni define, ni aclara, o lo hace incorrectamente porque no acierta a dar con él, por la sencilla razón de que no existe, apunto de momento ahora. Y sin embargo, bajo una perspectiva histórico-tradicional nuestra, lo que todos aprendimos respecto a principio acusatorio, bien es verdad que calificado como de “mixto”, desde el rompimiento con el pasado que realizaron los franceses en 1789 es, en sentido estricto y clásico, que dentro de los términos “principio acusatorio” se esconde un concepto que opera jurídicamente en forma decisiva para explicar dos cosas y sólo éstas dos: Que acusador y decisor no pueden ser la misma persona, y que para que exista condena es necesaria una previa acusación.

Pero, qué casualidad otra vez, esto en los Estados Unidos de América no es principio acusatorio, sino proceso legalmente debido (*Due Process of Law*), con lo cual intuitivamente nos atrevimos a pensar en una de estas dos posibilidades: Primera, que en realidad en España se estaría confundiendo principio acusatorio con principio del “proceso legalmente debido” o, como se le conoce más abreviadamente, con “proceso debido” a secas, con lo cual la esencia del proceso no debería ser el principio acusatorio, sino el principio del derecho al proceso con todas las garantías o derecho al proceso debido, y no sólo del proceso penal; o segunda, la razón por la que en los Estados Unidos de América no se hable de principio acusatorio podría ser porque no hace falta, porque no es necesario, porque es obvio que hablar de acusatorio es hablar de proceso debido, es decir, sería porque es evidente que el término “acusatorio” referido a principio cabe

⁵⁸ Véanse, por ejemplo, las SS TC 53/1987, de 7 de mayo; 135/1989, de 19 de julio; 186/1990, de 15 de noviembre; 128/1993, de 19 de abril; 230/1997, de 16 de diciembre; 33/2003, de 13 de febrero; 35/2004, de 8 de marzo; y 197/2004, de 15 de noviembre; entre otras muchas.

⁵⁹ Por ejemplo, con el principio de contradicción: SS TC 36/1996, de 11 de marzo; 225/1997, de 15 de diciembre; 75/2003, de 23 de abril; 189/2003, de 27 de octubre, con rectificaciones y vaivenes, como por ejemplo en la S TC 167/2002, de 18 de septiembre. También hay confusiones con el principio de la presunción de inocencia: SS TC 38/2003, de 27 de febrero; 197/2004, de 15 de noviembre; y 170/2006, de 5 de junio. O, finalmente, con el mismo derecho a la tutela judicial efectiva: SS TC 205/1989, de 11 de diciembre; y 11/1992, de 27 de enero; en todos los casos entre otras muchas sentencias, pues se trata sólo de una información meramente orientativa.

dentro e integra el concepto “principio de proceso debido”, de manera que no añade nada ni al concepto ni al contenido, con lo cual sería un término superfluo, innecesario.

Pero con ello los problemas sólo harían que agrandarse, pues pensando en la práctica española, si lo anterior fuera cierto, intentar variar el rumbo jurisprudencial con la primera posibilidad de manera inmediata y efectiva sería impensable, porque no se va a cambiar tan rápido por la jurisprudencia este concepto, hoy esencial para la mayoría, del proceso penal frente a tan larga tradición, aunque esté equivocada. La segunda sería mucho más útil si consiguiera demostrar a su vez: Primero, que el término “acusatorio” referido a un principio procesal penal, no añade en España nada a la cualidad de proceso, porque lo que importa es que sea garantista, es decir, un verdadero proceso, el “debido”, para contrarrestar el poder del Estado, siendo estrictamente un término pedagógico, es decir, un concepto que sirve para explicar una situación histórica y en consecuencia para impedir la vuelta al pasado, teniendo que basarme para ello en explicar y justificar en profundidad por qué los Estados Unidos no necesitan de él y nunca lo ha necesitado, porque proceso acusatorio y “Due Process of Law” es lo mismo; y segundo, y más importante, que el entendimiento del concepto, puesto que en España no sería conveniente prescindir de él de forma abrupta hoy por hoy, tiene que circunscribirse estrictamente, una vez demostrado lo anterior, a que por principio acusatorio debemos entender en la actualidad sólo los sentidos a que antes aludía MONTERO AROCA, recordemos, que acusador y juzgador no pueden ser la misma persona, algo obvio hoy por otra parte, y que los hechos y las pruebas sólo son aportadas por las partes (Ministerio Fiscal y defensa), que es donde está verdaderamente el problema en España, pues aquí se da la confusión⁶⁰, con el fin último a lograr a través de este principio de reforzar la posición del tercero imparcial, es decir, la imparcialidad del juez, pues en definitiva estaríamos ante un principio de configuración judicial (orgánica) y no procesal.

⁶⁰ Me refiero básicamente a dos problemas: A si es necesario que la acusación esté de acuerdo para que se pueda practicar una prueba que el tribunal quiere introducir de oficio, y a si la acusación debe estar de acuerdo también para que se admita la tesis de desvinculación expuesta por el tribunal. Véase en general MONTERO ROCA, J. / GÓMEZ COLOMER, J.L., / BARONA VILAR, S. / ESPARZA LEIBAR, I. / ETXEBERRIA GURIDI, J.F., *Derecho Jurisdiccional*, vol. III *Proceso Penal* (19ª ed.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2019, págs. 43 y ss.

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

El problema es entonces, y por eso la necesidad de estudiar el tema en los Estados Unidos, que si nuestra intuición es correcta, es decir, que *Due Process of Law*⁶¹, entendido éste en su variante procesal penal, y principio acusatorio reflejan el mismo contenido, porque se refieren básicamente a lo mismo, ¿por qué se exporta como bandera principal que el modelo se funda en el principio acusatorio, cuando éste no es ni mencionado en USA? Dicho con otras palabras: ¿Cómo se puede basar un cambio en la manera de enjuiciar criminalmente, en algo que no se puede definir porque el concepto no existe en el país de donde se quiere tomar el modelo para ese cambio?

Hasta aquí mis reflexiones. En un resumen muy apretado podría decir para concluir este modesto homenaje al Dr. Daniel González:

1º) Que los fundamentos constitucionales del proceso penal federal de los Estados Unidos de América son sólidos y, muchos de ellos, ejemplares para el mundo democrático por su carácter garantista; y

2º) Que estoy a favor de la reforma integral del proceso penal en aquellos países cuyo sistema sea o inquisitivo o haya quedado totalmente desfasado y no resuelva en la práctica los problemas, más bien que contribuya a crearlos, pero no copiando un modelo extranjero sino aprovechando las instituciones internas válidas y mejorando las que no hayan funcionado. Lo cual no es posicionarse en contra de adoptar del modelo del sistema de enjuiciamiento criminal federal de los Estados Unidos de América lo que

⁶¹ Véase GÓMEZ COLOMER, J.L. (Coord.), *Introducción al proceso penal federal de los Estados Unidos de Norteamérica*, cit., págs. 109 a 126.

mejor tenga, que para mí es la oralidad, la simplificación procedimental y el pragmatismo. Es apostar por una evolución propia con intenciones armonizadoras.

3º) Que la esencia de la reforma no puede ser el principio acusatorio, porque éste es obvio, ya que un país, en cuyo sistema de enjuiciamiento criminal el juez y el acusador sean lo mismo, no tiene proceso penal, tiene una dictadura. Democracia y, en el proceso penal, principio acusatorio, es lo mismo; y

4º) Que la clave, por ello, está en el principio de contradicción, es decir, en lo adversarial, única manera de desarrollar un proceso en condiciones de igualdad, respetando el derecho de defensa y garantizando que todos tienen las mismas armas frente a la ley. Que a ello se le llame, *Due Process*, juicio equitativo, juicio justo o proceso con todas las garantías, es completamente indiferente. Lo relevante es que el debido proceso legal se establezca constitucionalmente, se desarrolle ordinariamente y se cumpla en la práctica.