



Hacia una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal acusatoria pura española: pros y contras del modelo¹

Juan Luis Gómez Colomer

*Catedrático de Derecho Procesal
Universidad Jaume I de Castellón*

Revista Penal, n.º 20.—Julio 2007

RESUMEN: Es una necesidad sentida por todos los especialistas que España tenga una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal que sustituya a la vetusta de 1882, todavía vigente. En un momento en el que parece que por fin puede acometerse tal iniciativa políticamente parece intención común avanzar hacia un modelo más acusatorio, más anglosajón, siendo el considerado el proceso penal federal de los Estados Unidos de Norteamérica, pero no todo son ventajas, hay muchos riesgos. Una pura copia sería un desastre, un abandono de nuestras propias instituciones que han funcionado bien sería un fracaso. Este artículo advierte de ello, partiendo del modelo.

PALABRAS CLAVE: Derecho Procesal Penal, Proceso Penal Estados Unidos, Sistema Acusatorio, Reforma Proceso Penal en España.

SUMMARY: Spanish specialists are of the opinion that Spain needs a new Criminal Procedural Code to replace the old-fashioned one, dating back to 1882, still in force today. At a time when it seems politically possible to move towards a more accusatorial model, the federal criminal process of the United States has been chosen. But it is not all advantages, there are also many risks. A straight copy would be a disaster, a desertion of our own legal institutions which have, up to now, worked well would be a failure. This article warns us about these dangers, starting from the model.

KEYWORDS: Criminal Procedural Law, Criminal Process in the United States, Adversarial System, Reform of Criminal Procedure in Spain

SUMARIO: 1. Consideraciones generales sobre el modelo de la posible reforma: el proceso penal federal norteamericano. 2. El concepto de «Adversarial System» y las consecuencias más importantes que se derivan. 3. La fuerza del principio básico, el «Due Process of Law». 4. «Fairness», imparcialidad y juicio justo. 5. Concreciones particulares sobre la reforma: advertencia general sobre los riesgos de posibles copias.

1. Este artículo constituye un apretado resumen de mi publicación «*Adversarial System*», *proceso acusatorio y principio acusatorio: Una reflexión sobre el modelo de enjuiciamiento criminal aplicado en los Estados Unidos de Norteamérica*, Poder Judicial, número especial sobre «Propuestas para una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal», a cargo de Faustino Gutiérrez-Alviz y Conradi, Madrid 2007, en prensa. Texto elaborado gracias a la concesión del proyecto de investigación «El principio acusatorio como eje de la reforma procesal penal: Su verdadero significado y su omnipresente aplicación práctica», subvencionado por el Ministerio de Ciencia y Tecnología (núm. BJU2002-01151), dentro del Programa Nacional de Promoción General del Conocimiento, y complementado por la Fundación Caixa Castelló-Bancaixa y la Universitat Jaume I de Castellón (núm. P1 1B2002-03), de los que soy investigador principal.

1. Consideraciones generales sobre el modelo de la posible reforma: el proceso penal federal norteamericano

Se habla últimamente mucho, no sólo entre los juristas españoles, de principio acusatorio y sobre todo de potenciarlo al máximo como eje de una futura y totalmente nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal en mi país². 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. 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, es hoy la moda, 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 Alemania³ e Italia⁴], o en América Latina⁵.

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»⁶. Lo importante para esa doctrina deduzco que es el sistema o el proceso, no el principio. Por eso dos reputadísimos y clásicos autores norteamericanos, LAFAVE e ISRAEL, contraponen claramente al sistema inquisitivo europeo el sistema «adversarial» (*Adversary* o *Adversarial System*) norteamericano,

afirmando que el proceso penal de los Estados Unidos es acusatorio, jugando con los conceptos de sistema «adversarial» y proceso acusatorio (aunque no siempre lo consiguen, pues a veces hablan también de *Accusatory* o *Accusatorial System*), del siguiente modo: El sistema de proceder criminalmente es «adversarial», y el proceso que dentro de ese sistema sirve para imponer las penas es acusatorio. Ambos términos, «adversarial» y acusatorio, se complementan respectivamente, pero no significan lo mismo. En el entender de estos autores, «adversarial» significa que son las partes la que tienen la responsabilidad de aportar los hechos y sus pruebas al proceso, de ahí que sean ellas quienes deban investigar los hechos, así como la responsabilidad de desarrollar los aspectos legales que los fundamenten interpretándolos de la manera más favorable a los intereses del Estado/Gobierno (Ministerio Público) o del acusado (abogado defensor); mientras que acusatorio significa que son las partes las que tienen la responsabilidad de convencer al juzgador sobre la culpabilidad o inocencia del acusado, principalmente el Ministerio Fiscal tiene la carga de la prueba de la culpabilidad del acusado. 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

2. Véase por todos MONTERO AROCA, J., *El principio acusatorio. Un intento de aclaración conceptual*, en Revista Justicia 92, núm. IV, págs. 775 y ss.; *Principios del proceso penal. Una explicación basada en la razón*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 1997, págs. 187 y ss.; y *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; entre otras muchas publicaciones del autor sobre este tema.

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

4. 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* (2.ª 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.

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

6. De hecho sólo lo he visto citado, salvo omisión involuntaria mía, con ocasión de traducir al inglés términos europeos, v. GOLDSSTEIN, 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).

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 palabra⁷.

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, 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 estándares 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 jurisdicción. Pero nadie encuentra el principio acusatorio cuando lee la jurisprudencia o la doctrina procesal penal norteamericanas, o cuando se leen arts. de Derecho comparado publicados en revistas jurídicas especializadas de ese gran país⁸.

Expresar en unas pocas páginas las características principales de un sistema de enjuiciamiento criminal extranjero es tarea muy complicada. Por ello, lo que pretendo a continuación es realizar una aproximación que nos permita ubicar con relativa facilidad la problemática que se pretende estudiar aquí. Para que ese intento sea metodológicamente correcto y nos lleve con seguridad a lo esencial del sistema procesal penal de USA⁹, es sin duda necesario

conocer algo más que su Derecho, es necesario conocer su historia y sus antecedentes, sus instituciones políticas y la evolución económica de la actual primera potencia mundial. Pero no voy a entrar en esta tarea como es obvio, limitándome a llamar la atención sobre ello.

Pues bien, de la lectura de la jurisprudencia y de la doctrina USA se desprende con toda claridad que los conceptos básicos a tener en cuenta para entender el sistema de enjuiciamiento criminal norteamericano y su proceso penal son tres: *Adversary* o *Adversarial System*, *Due Process of Law* y *Fairness*, es decir, «sistema adversarial» en el sentido anteriormente explicado, «debido proceso legal», y «equidad», respectivamente¹⁰.

2. El concepto de «Adversarial System» y las consecuencias más importantes que se derivan

El enjuiciamiento criminal federal en los Estados Unidos de Norteamérica se sustenta todo él en un sistema «adversarial» o de partes. También se emplea la expresión «Prosecutorial System» que en el fondo es decir lo mismo que «Adversarial System». La variante consiste en que con la expresión *prosecutorial* se incide en la función principal del Gobierno en el proceso penal, perseguir el delito a través de su órgano *ad hoc*, el Ministerio Público o Fiscal¹¹, y acusar de su comisión a una persona.

Este sistema es de origen inglés, habiendo formado parte del *English common law*¹², con matices lógicamente¹³. La doctrina y jurisprudencia norteamericanas defienden este sistema de enjuiciamiento criminal por encima de

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

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

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

10. 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.

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

12. Véase sobre el sistema «adversarial» en Inglaterra el excelente libro de VOGLER, R., *A World View of Criminal Justice*, Ed. Ashgate, Aldershot 2005, págs. 131 y ss.

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

cualquier otro, básicamente frente al llamado inapropiadamente inquisitivo, aunque no todos, pues los hay bastante críticos¹⁴, 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 la existencia del Jurado juega un papel decisivo en estas afirmaciones, con base en los dos siguientes razonamientos: 1.º) Las partes están en mejores condiciones en un sistema «adversarial» de aportar hechos e información que un investigador oficial en un sistema inquisitivo y, por tanto, con toda seguridad dado su propio interés aportarán todas las pruebas relevantes que funden su acusación o defensa y sirvan para determinar la condena o absolución, es decir, para convencer al Jurado de la culpabilidad o inocencia del acusado; y 2.º) 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 norteamericana¹⁵, sobre todo considerando que quien está encargada de descubrir las pruebas es la Policía, una institución pública, en posición superior al abogado del defensor, desarrollada en Estados Unidos de manera muy distinta a los países de América Latina¹⁶, lo cierto es que la jurisprudencia ha intentado corregir los defectos del sistema adversarial que su práctica constante ha ido poniendo de manifiesto paulatinamente¹⁷, problemas reales del actual proceso penal norteamericano que no conviene dejar de lado a la hora de fijarnos en este modelo¹⁸, por ejemplo, en una breve enumeración: El inmenso poder de la Policía, la amplísima discrecional-

idad del Fiscal a la hora de decidir la acusación, el papel pasivo del Juez, el poder de las partes para conformar el proceso, la negociación sobre la culpabilidad y la sanción a aplicar, la no fundamentación del veredicto del Jurado o las limitaciones del recurso de apelación especialmente frente a una absolución del acusado, temas que irán saliendo oportunamente en este escrito.

El sistema «adversarial» representa además un valor superior a cualquier otro por su consideración de la dignidad de las personas, lo que conlleva que atacante y atacado, Ministerio Público y acusado, sean tratados en el proceso como iguales. Por eso el papel del abogado en la defensa de su cliente acusado, puede ser y de hecho es mucho más activo en este sistema que en cualquier otro, por eso el acusado puede defenderse a sí mismo sin que se le pueda imponer un abogado, por eso puede declararse culpable si lo desea. Como ha dicho el TSF USA, el sistema «adversarial» no hace sino reconocer el «inestimable valor de la libre elección»¹⁹.

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

14. 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.

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

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

17. Véanse LAFAVE, W.R. / ISRAEL, J.H., *Criminal Procedure*, cit., vol. 1, págs. 40 y 41.

18. Véanse críticamente los excelentes escritos de DAMAŠKA, M.R., *The Faces of Justice and State Authority. A Comparative Approach to the Legal Process*, Ed. Yale University Press, New Haven and London 1986, págs. 3 y ss.; y PIZZI, W.T., *Trials without Truth. Why Our System of Criminal Trials Has Become an Expensive Failure and What We Need to Do to Rebuild It*, Ed. New York University Press, New York and London 1999, págs. 221 y ss.

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

covery²⁰, o la propia investigación policial²¹. Pero es difícil negar que en los procesos penales europeos el juicio oral no sea también la piedra angular del sistema de enjuiciamiento criminal, luego esos principios también deben regir entre nosotros por las mismas razones que allende el océano.

Para los comparatistas, el *discovery* representa precisamente una de los temas básicos para el acercamiento entre los sistemas «adversarial» norteamericano y el que ellos denominan inquisitivo (en realidad acusatorio formal) europeo, pues cada vez hay más instituciones convergentes en ambos sistemas, aquél menos «adversarial» que antaño y éste mucho más acusatorio puro que mixto²². Pero, por muy deslumbrante que parezca el *discovery*, la función de nuestra acusación provisional, las clásicas calificaciones provisionales del art. 650 en relación con el art. 656 de nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal, salvadas las distancias formales, ¿no cumplirían la misma función, avisar de la prueba que se tiene y dar tiempo a que la otra parte se prepare para ello? Me temo que en buena manera sí.

Por tanto, y visto el tema desde nuestra perspectiva continental europea, USA sólo admite un sistema de enjuiciamiento criminal, que es precisamente el «adversarial». Cualquier otra posibilidad no sería asumible ni por su Constitución, ni por su jurisprudencia, porque no podría integrar la esencia del enjuiciamiento criminal USA, que es el propio de un país democrático, tal y como ha sido anteriormente definido. Podrían admitirse claro que sí desarrollos y perfeccionamientos, pero nunca su sustitución. Para que se pueda hablar por tanto de sistema de enjuiciamiento criminal en USA, éste o es «adversarial» o acusatorio, o es nada, es decir, no existe²³, siendo cualquier otra cosa distinta todo lo que se quiera menos enjuiciamiento criminal y, por tanto y como consecuencia, tampoco proceso penal²⁴.

Este sistema «adversarial» implica, dicho sea con toda concisión, dos aspectos jurídicos de singular trascendencia, el primero de tipo institucional, el segundo, de tipo procesal²⁵:

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

1.º) 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 Estados²⁶.

2.º) El Juez no instruye el proceso, limitándose a dirigir de manera absolutamente neutral el debate entre las partes frente al Jurado²⁷;

3.º) 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 de 1981. 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 goce del monopolio de la acción penal y dirija formalmente la investigación del delito, lo que significa entre otras cosas que en USA la víctima no puede ser parte del proceso penal; y

4.º) El abogado defensor defiende al acusado en un papel muy activo desde que sea legalmente posible²⁸, bien con cargo al Estado o al Gobierno Federal (defensor público), bien designado privadamente por el acusado y pagado por él, *rol* que caracteriza de manera muy clara el proceso penal norteamericano como proceso penal de partes, con claras diferencias en este punto respecto a los procesos penales de la Europa continental.

20. Véase CHIESA APONTE, E.L., *Derecho Procesal Penal de Puerto Rico y Estados Unidos*, cit., vol. III, pág. 227.

21. Véanse LAFAVE, W.R. / ISRAEL, J.H., *Criminal Procedure*, cit., vol. 1, pág. 42.

22. 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).

23. BURNHAM, W., *Introduction to the Law and Legal System of the United States* (3.ª ed.), Ed. West Group, St. Paul MINN 2002, pág. 275.

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

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

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

27. Consúltase FLETCHER, G.P., *En defensa propia*, cit., pág. 33.

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

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

Si esto es así, y creo que lo es, y si estoy pensando en idéntico discurso respecto a mi país, estoy imaginando un sistema «adversarial», esto es, un sistema acusatorio, el único admisible para que insertado en él su proceso penal pueda ser calificado como tal, con el fin en definitiva que sea el propio de un Estado de Derecho. Por tanto, «Adversarial System» en USA es para mí también lo mismo que debe entenderse por «sistema acusatorio» en España.

Pero esto no quiere decir que USA homologue a los sistemas de enjuiciamiento criminal europeos como acusatorios porque se den todas o la mayor parte de las características anteriores, ya que si observamos las diferencias entre el sistema norteamericano y el español, por ejemplo, ni el papel institucional del juez ni el papel institucional del fiscal coinciden. En otros sistemas europeos sólo no coincide el papel del juez. Pues bien esto basta en USA para calificar a nuestros sistemas como inquisitivos, ni siquiera como acusatorios formales o mixtos, y en verdad sólo porque o instruye el juez (que sería el caso español), o, si no instruye, porque el juez no ocupa una posición neutral [que sería por ejemplo el caso alemán dados los poderes probatorios del tribunal²⁹]. Sólo es acusatorio para ellos si instruye (investiga el crimen) 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 actoras³⁰.

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 proceso³¹.

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 desa-

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

3. La fuerza del principio básico, el «Due Process of Law»

El concepto articulador nuclear de ese sistema es el principio del proceso legalmente debido («Due Process of Law»)³². 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*.

El proceso debido se reconoce en dos Enmiendas de la Constitución, en la V y en la XIV. La primera forma parte del «Bill of Rights», incorporado a la misma dos años y medio después de su entrada en vigor; la segunda se incorporó en 1868. ¿Qué se pretendió al introducir este concepto en la Constitución? La respuesta es la firme convicción de los Estados de que la Constitución reconociera a todos los ciudadanos de la incipiente nación un principio, no sólo procesal como veremos, sino más bien general del Derecho, que limitara los campos de actuación de las administraciones, tanto las federales como las estatales, en sus intervenciones cuando estuviera en juego su vida, su libertad o su propiedad.

El principio del proceso debido se dice que tiene su origen en la Carta Magna inglesa de 15 de junio de 1215, apartado 39, de donde surge por derivación la expresión norteamericana de proceso debido³³. Esto es importante porque lo que se está diciendo es que en realidad la insti-

29. Vide GÓMEZ COLOMER, *El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas*, cit., págs. 165 y 171 a 174.

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

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

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

33. Véase ESPARZA LEIBAR, I., *El principio del proceso debido*, cit., pág. 71 y nota 12.

tución es de origen anglosajón y que sólo en un país anglosajón fue desarrollada desde el siglo XIII hasta el XVIII (Inglaterra), iniciando a partir de entonces otro país anglosajón (USA) una evolución de ese principio adaptado a sus propias peculiaridades³⁴.

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

1.— En primer lugar, se cuestionó si el proceso debido se podía considerar sólo cuando se estaba aplicando una ley federal o discutiendo un caso federal, o también si era una ley o un caso estatal³⁵. La doctrina de que la Enmienda XIV se aplica en su integridad tanto en el proceso penal federal, como en los procesos penales de los diferentes Estados, incorporándose principios y garantías en él contenidos, empieza a aclararse sólo a partir de finales de los años 30 y curiosamente a través de casos que negaron la incorporación, en concreto desde *Palco v. Connecticut*, sentencia de la que fue ponente el ilustre Juez CARDONZO³⁶, 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 no³⁷; y sobre todo desde *Adamson v. California*, con voto concurrente del Juez FRANKFURTER y voto discrepante del Juez BLACK, muy importantes³⁸, en un caso en que se extrajeron consecuencias probatorias negativas para la defensa por el hecho de que el acusado, bajo las leyes californianas, se negó a declarar, sentenciando el TSF USA que la protección federal contra la autoincriminación de la Enmienda V no se extiende a los Estados, ni la ley de California vulnera en este caso el principio del proceso debido. Sólo *Duncan v. Louisiana*³⁹, sentencia de finales de los 60, siendo ponente el Juez WHITE, representó un caso positivo de incorporación selectiva, el derecho del ciu-

dadano a un juicio con Jurado de la Enmienda VI, admitido en lo federal pero negado por un Estado a un ciudadano acusado y condenado por un delito menos grave, haciendo aplicable la Enmienda XIV por considerar el Jurado como núcleo esencial del proceso debido en USA, aunque fuese posible construir en abstracto un proceso justo sin Jurado, consagrándose desde entonces esta teoría, hoy claramente mayoritaria.

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

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

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

34. 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.

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

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

37. Véase CHIESA APONTE, E. L., *Derecho Procesal Penal de Puerto Rico y Estados Unidos*, cit., vol. I, pág. 3.

38. Se puede consultar en 332 U.S. 46 (1947).

39. Se puede consultar en 391 U.S. 145 (1968).

2.^a) 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 TSF USA. Por eso el principio del *due process of law* debería y debe ser equivalente al principio europeo continental del derecho al proceso con todas las garantías, porque en él se concentran todos, y todas ellas se tienen que cumplir para que el proceso se desarrolle correctamente.

A la vista de lo expuesto, creo firmemente que el derecho del imputado y del acusado a que se celebre un proceso penal en su contra, en el que se respeten todos sus derechos fundamentales y todas las garantías y principios establecidos por la Constitución, es la versión española del principio norteamericano del «Due Process of Law», al consagrarse expresamente en el art. 24.2 de nuestra Constitución el derecho al proceso «con todas las garantías». Observo ahora que nuestra Constitución tampoco hace referencia expresa a principio acusatorio, aunque regule en ese mismo precepto el derecho a ser informado de la acusación. Ha sido el Tribunal Constitucional español⁴⁰, el que ha incorporado a las garantías del proceso penal el principio acusatorio⁴¹.

De esta manera se puede decir que el principio del proceso debido es el principio clave del sistema «adversarial», el único principio de verdad en realidad, de ahí que más que principio sea el todo, el único principio del sistema, el que lo determina, porque decide estructuralmente la manera de enjuiciar criminalmente en Estados Unidos y en consecuencia el proceso penal acusatorio norteamericano, compuesto de diversos principios y garantías que le dan sentido, no todos ni todas obviamente de igual valor, que la Jurisprudencia va desarrollando poco a poco en su interpretación integradora. Estos casos y supuestos, con su doctrina correspondiente, son muy numerosos⁴², 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 me permite un ejemplo anatómico para mayor claridad, el «Adversarial System» sería el cuerpo humano en su integridad; el «Due Process of Law» sería la columna vertebral que permite el movimiento de ese cuerpo, movimiento que únicamente se podría articular en una dirección o camino, a saber, el proceso penal acusatorio; y los principios y garantías derivadas de él serían los demás huesos del esqueleto humano, en donde unos ciertamente (el esternón y las costillas, por ejemplo) serían más importantes que otros (que la rótula por poner un caso evidente).

Lo verdaderamente decisivo 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 tiene un gran calado 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.

4. «Fairness», imparcialidad y juicio justo

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

En efecto y en esta línea, la exigencia básica del proceso legalmente debido es la equidad procesal («Fairness»). Como dice con acierto uno de los pocos catedráticos norteamericanos que conoce bien el sistema europeo continental de enjuiciamiento criminal, los anglosajones tienen obsesión por la *fairness*, siendo quienes han acuñado las expresiones «*fair play*» y «*fair trial*», que el mundo ha

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

41. 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.

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

adoptado sin problemas y sin traducir la mayor parte de las veces⁴³. Y ahí está el problema, porque es obvio que para nuestra cultura «limpieza» procesal es un término inicialmente poco apropiado para dar nombre a una regla básica del proceso, muy curado a estas alturas terminológicamente y poco dado a lo coloquial.

Pero es preciso entrar en ello, siquiera sea para entendernos mínimamente. De entrada diré que ni la Constitución USA, ni el *Bill of Rights* se refieren a *fairness*. A la vista de las traducciones legales del término en francés por «équitable» o «juste», en italiano «giusto»⁴⁴, o en español «justo» o «limpio» (los alemanes no han traducido el término, sólo lo han germanizado, *fairen Verfahren* ⁴⁵), se ve claro que no cohonestan muy directamente con la clásica terminología procesal de la Europa continental. Por eso me atrevo a pensar que la mejor traducción acaso no tenga que ver con proceso, sino con equidad, sólo que aplicada al proceso tengamos que decir «justo», y aplicada al tribunal, tengamos que decir «imparcial», sin captar en ningún caso todo el sentido del término original, pero acercándonos bastante.

Voy a explicarme mejor y para ello debo partir del TSF USA, quien ha dicho con toda claridad que la exigencia básica de un *due process of law* es un juicio *fair*, ante un tribunal *fair*⁴⁶. ¿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.

Si observamos además su aplicación concreta⁴⁷, esta propuesta puede resultar reforzada, ya que la *fairness* se desdobra en un complejo contenido, que podemos agrupar en dos grandes temas:

a) El derecho de las partes a un juicio justo (*Fair Trial*), sobre todo del acusado, lo que implica como características sustanciales del mismo según la jurisprudencia y doctrina norteamericanas los siguientes derechos y garantías: El reconocimiento del principio de igualdad, dar a conocer en la acusación todos los hechos criminales imputados, no ocultar pruebas, no poner obstáculos a la defensa, cumplir con las normas y con las instrucciones que dé el Juez, desarrollar el procedimiento conforme a reglas equilibradas, derecho al Gran Jurado (con matices), cosa juzgada y prohibición de la doble incriminación, prohibición

de la autoincriminación, derecho al juicio público y sin dilaciones, derecho a ser juzgado en el lugar del hecho, derecho a ser informado de la acusación, derecho a interrogar a los testigos de cargo, derecho a obtener testigos de descargo, derecho a ser defendido por abogado, etc., etc.⁴⁸ Es decir, obsérvese, los derechos reconocidos en las Enmiendas V y VI⁴⁹, 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 porque obliga 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 Central (al Ministerio Fiscal), que como entes públicos o administraciones no gozan de ningún derecho procesal de naturaleza constitucional en el proceso penal norteamericano, ni federal, ni estatal. Por eso la doctrina dice que el proceso penal norteamericano no ofrece las mismas posibilidades a la acusación que a la defensa, ya que la presunción de inocencia favorece la absolución, lo que no deja de ser una paradoja⁵⁰.

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

43. FLETCHER, G.P., *Las víctimas ante el Jurado*, cit., pág. 207.

44. 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.

45. Véase ESPARZA LEIBAR, I., *El principio del proceso debido*, cit., págs. 125 y ss.

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

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

48. Véase FLETCHER, G.P., *Las víctimas ante el Jurado*, cit., págs. 215 y ss.

49. Véase un amplio estudio en ALLEN, R.J. / KUHN, 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*.

50. Véase FLETCHER, G.P., *Las víctimas ante el Jurado*, cit., pág. 211.

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 cuestión⁵¹. 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 parcialidad⁵². 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 el complejo contenido de la regla de *fairness*, llegaremos a la conclusión que la mayor parte de los derechos, garantías y principios en que se traduce en USA están reconocidos también en nuestra Constitución, en los arts. 14 a 29, principalmente en los arts. 14, 17 y 24. Por eso, *due process of law* y *fairness* no son en realidad conceptos extraños a la realidad jurídica teórica y práctica del proceso penal en España. Sólo hay que perfilar su contenido de manera adecuada en USA, lo que reconozco que no es fácil en ocasiones, y luego encontrar su correspondencia en España, lo que sí es más sencillo al estar todos ellos prácticamente constitucionalizados. Pero obsérvese que el principio acusatorio tampoco es considerado en Estados Unidos una consecuencia de la regla de equidad.

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

5. Concreciones particulares sobre la reforma: advertencia general sobre los riesgos de posibles copias

De acuerdo con lo expuesto y en resumen, en Estados Unidos el sistema de enjuiciamiento criminal es llamado

con carácter general «Adversarial System», preferiblemente a «Accusatorial System», que también lo usan de vez en cuando, términos aquéllos que en la terminología procesal continental europea equivaldrían a «sistema acusatorio», el sistema pergeñado para la aplicación del Derecho Penal.

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

Que en USA el fin principal del proceso penal no sea averiguar la verdad material, sino celebrar un juicio justo, mientras que en Europa todavía siga siendo objetivo primordial hallar y castigar al verdadero culpable, no empece para una sólida comparación conceptual. Esto puede tener una explicación bastante lógica, porque para la jurisprudencia y doctrina norteamericanas averiguar la verdad material tiene un amargo sabor inquisitivo pues rezuma claramente investigación, de ahí que coherentes con su sistema se fijen más en garantizar las garantías del proceso penal y en lograr un juicio justo como fines del proceso penal.

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

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

51. Véanse MONTERO AROCA, J., *Sobre la imparcialidad del Juez y la incompatibilidad de funciones procesales*, cit., págs. 283 y ss.

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

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

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

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

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

La maquinaria, el coche, el motor, necesita un combustible determinado para funcionar, porque como todo el mundo sabe sin gasolina no hay motor que arranque y ruede. Esa gasolina o exigencia básica es la *Fairness* o limpieza, es decir, en impecable lenguaje jurídico, es la equidad. Significa que el proceso en donde tiene lugar la dialéctica «adversarial» entre quien acusa y quien se defiende de la acusación se produzca sin trampas, oscurantismos o indefensiones, de manera justa, equilibrada, equitativa e imparcial. Si consideramos la fortaleza y poder del Estado, por no hablar de sus inacabables recursos, frente al particular, tenemos que llegar necesariamente a la importancia de su reconocimiento y efectividad prácti-

ca. Por ello se desdobra a su vez en dos requisitos que deben concurrir:

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

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

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

De esa maquinaria perfectamente engrasada que hace funcionar el magnífico coche que tenemos a la vista, se derivan las dos características principales del proceso penal norteamericano:

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

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

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

Con ello llego a dos conclusiones, siempre provisionales, que me resultan clarísimas, aunque alguna es muy curiosa:

a) En Estados Unidos no se habla del principio acusatorio, no es necesario. Se habla de sistema, y a veces de proceso acusatorio, pero no de principio. En España sí que se habla de principio acusatorio, y bastante, aunque muchas veces sin saberse muy bien lo que se dice. Pero afirmar hoy entre nosotros que el principio acusatorio no de-

be existir, porque es una vaguedad, un término conceptualmente irrelevante, sería un paso creo que todavía demasiado arriesgado, porque no se entendería, sobre todo por quienes no han comprendido lo que es el sistema acusatorio.

Por eso una propuesta razonable sería, primero enmarcarlo correctamente dentro del sistema (decir qué parte del coche sería), y segundo darle un contenido muy estricto para que no hubiera ya más confusiones. La propuesta de MONTERO AROCA en este sentido, mientras no se aclaran definitivamente las cosas, es perfectamente válida por ese rigor y carácter reducido y estricto que se pretende⁵³. Por tanto, el principio acusatorio sólo sería un principio judicial, o de conformación orgánica, y no procesal o procedimental, puesto que contribuye a garantizar la imparcialidad del juzgador.

Pero el coche en Estados Unidos no necesita de este principio para funcionar, porque lo ha sustituido por otros principios o máximas, o sencillamente, reglas implícitas de actuación *fair*. Esto debe significar claramente que no es una parte esencial del coche, porque igual va, y muy bien, sin él, de modo que si hiciéramos un *restyling* del coche lo mantendríamos, pero si creáramos un modelo totalmente nuevo y evolucionado a partir de ese coche, nos desharíamos de él. Es decir y como consecuencia, el principio acusatorio no es un elemento imprescindible del sis-

tema «adversarial». Puede estar de momento, pero si no está, tampoco pasa nada, sus labores son hechas por el sistema y por el proceso, o por otros principios o máximas distintas o de menor entidad.

Esa propuesta ayudaría mucho además a corregir cierta jurisprudencia de los más altos tribunales españoles, sobre todo de nuestro Tribunal Constitucional⁵⁴, que ha confundido lamentablemente sistema acusatorio con principio acusatorio y, más en concreto, principio acusatorio con principio de contradicción, con principio de defensa, e incluso con principio de igualdad, entre otros⁵⁵, lo que ha llevado, sobre todo al Tribunal Supremo, a sostener y fundar determinadas decisiones en el principio acusatorio que realmente lo que hacen es atacar directamente al sistema, como ocurre con la nueva visión de la tesis de desvinculación o de la introducción de pruebas de oficio, antes apuntados, la primera absolutamente inadmisibles desde el punto de vista dogmático, la segunda cuanto menos muy discutible sin estar «todo lo demás» claro.

b) Las garantías esenciales del proceso penal norteamericano las tenemos todas en España ya, no nos hace falta copiar ninguna más. Sin negar el valor de la comparación aquí, ni mucho menos, puesto que si algo podemos comparar de verdad entre los procesos penales español y federal norteamericano son precisamente las garantías

53. Formulada en numerosos textos. Vide 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, págs. 14 y ss. Estos libros están hoy el *Derecho Jurisdiccional* en la 14.ª ed. de 2005 y las *Contestaciones* en la 4.ª ed. de 2003); *Principios del proceso penal. Una explicación basada en la razón*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 1997, págs. 187 y ss.; *Sobre la imparcialidad del Juez y la incompatibilidad de funciones procesales (El sentido de las reglas de que quien instruye no puede luego juzgar y de que quien ha resuelto en la instancia no puede luego conocer del recurso)*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 1999, págs. 246 y ss.; *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., (co-ord.), «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.

54. Véanse, por ejemplo, las SSTC 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.

55. Por ejemplo, con el principio de contradicción: SSTC 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 STC 167/2002, de 18 de septiembre. También hay confusiones con el principio de la presunción de inocencia: SSTC 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: SSTC 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.

constitucionales⁵⁶, yo creo que nuestra posición es jurídicamente más favorable, porque incluso tenemos más que ellos o mejor desarrolladas, como el derecho constitucional a la defensa técnica, garantizado en España desde la detención policial hasta el final de la ejecución de condena en su caso, sin fisuras o quiebras intermedias. Entre los arts. 14, 17 y 24 CE nos bastamos y sobramos, aunque a veces tengamos que echar mano de alguno más. Pero es que no podría ser de otra manera. Si estamos de acuerdo en que el sistema que debe ser el único posible en una democracia es el sistema acusatorio, no es imaginable una articulación concreta en cada país del proceso penal que difiera tanto como para que no coincidan sus principios y garantías esenciales. Si el sistema es el mismo, las garantías tienen que ser las mismas, se recojan donde se recojan, se estructuren como se estructuren y de desarrollen como se desarrollen. Por tanto, una futura LECrim. española no sería sustancialmente distinta al actual proceso penal federal USA en lo que a principios constitucionales y garantías esenciales del proceso se refiere. No hace falta, pues, copiar nada en este punto concreto en mi modesta opinión.

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

1.— En Estados Unidos no existe el Juez instructor, por tanto no instruye el proceso penal, ni ordena o realiza actos de investigación, salvo que estén en juego derechos fundamentales del acusado, ningún Juez, sino el Ministerio Fiscal, ayudado funcionalmente por la Policía, que es quien realiza materialmente la investigación; y

2.— En Estados Unidos el Ministerio Fiscal Federal y sus representantes en cada proceso penal, los Fiscales federales, son un brazo extendido del ejecutivo, son el Gobierno, y por eso tienen el monopolio de la acción penal, sobre cuyo ejercicio disponen de manera claramente discrecional (v. inmediatamente), lo cual no quiere decir que estén autorizados para actuar arbitrariamente (por ejemplo, no puede prescindir totalmente de la opinión de la víctima, o no actuar por motivos de raza o sexo, o acusar con base en falsos testimonios, etc.)⁵⁷, a diferencia del Fiscal europeo continental, muy sujeto al principio de legalidad y controlado de manera clara por ese principio.

Hace unos años cabía hablar también de grandes diferencias estructurales en la defensa, el abogado defensor, pero hoy estas disimilitudes son muchas menos de las que eran (sólo la existencia de la institución de la Defensoría Pública para llevar los casos de oficio, que nosotros tenemos organizado de otra manera, pero con los mismos efectos prácticos en los respectivos procesos), porque en cuanto al contenido del derecho y como principio son prácticamente iguales⁵⁸.

Nuestra futura Ley de Enjuiciamiento Criminal va a tener que decidir, por tanto, muchas cuestiones de gran trascendencia práctica a la hora de perfeccionar nuestro actual proceso penal, dentro del sistema acusatorio en que se incardina. Si se basa en el proceso penal federal de los Estados Unidos, que como acabamos de ver, debo insistir en ello, no considera que lo acusatorio sea un principio, sino todo el sistema, al que llama «adversarial», cuya columna vertebral es el proceso debido, determinadas estructuras esenciales del sistema se deberían abordar, modificándolas o innovándolas, aunque recuerdo que cada vez hay menos diferencias entre ambos sistemas⁵⁹.

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

En segundo lugar, ha de tomar una decisión respecto a la espinosa cuestión de otorgar la dirección de la investigación del crimen al Ministerio Fiscal, algo indiscutible en USA desde sus orígenes como dije, en donde recordemos que el Ministerio Fiscal goza del más amplio poder discrecional posible, de manera tal que, con los matices indicados, diríamos que más que regir allá el principio de legalidad en el ejercicio de la acción penal, lo que en realidad se aplica en la práctica es el principio de oportunidad, puesto que aunque tiene que actuar siempre conforme a la ley, goza de una gran discreción, porque no está obligado a proceder siempre frente al delito⁶⁰, pero que tendríamos que adoptar rompiendo nuestra tradición de siglos, opción a la

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

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

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

59. Véase BRADLEY, C.M., *The Convergence of the Continental and the Common Law Model of Criminal Procedure*, 7 Crim. L.F. 471 (1996) (disponible en Internet), publicado también en FERNELL, Ph. et al. (ed.), «Criminal Justice in Europe: A Comparative Study», Ed. Clarendon Press, Oxford 1995, págs. 404 y ss.

60. Este punto, la excesiva discrecionalidad del fiscal norteamericano preocupa mucho a la doctrina: véanse AMODIO, E./SELVAGGI, E., *An Accusatorial System in a Civil Law Country: The 1988 Italian Code of Criminal Procedure*, cit., págs. 1222 y ss.; CO-

que es sabido que soy contrario mientras se mantenga nuestro actual modelo de Ministerio Público⁶¹.

En tercer lugar, debe afrontar un problema que tiene una gran influencia en el proceso penal federal norteamericano, a saber, la enorme extensión y posibilidades del principio de oportunidad, entendido en la faceta de negociación entre defensa y acusación sobre la culpabilidad y, en su caso, pena a imponer, la cuestión práctica probablemente de mayor trascendencia hoy en este proceso⁶², al contrario que en el nuestro, todavía bajo una gran influencia del principio de legalidad sustantivo, que para mí encubre una privatización del proceso penal incompatible con los principios que han regido secularmente el proceso penal español, además de, en el fondo, con el propio principio de legalidad penal⁶³. Pero no olvidemos que en muchos Estados de USA el principio del proceso sin dilaciones indebidas (*right to speedy trial*) ejerce una influencia muy importante, porque el juicio debe tener lugar dentro de los 180 días siguientes a la detención si el acusado está en libertad provisional, y dentro de los 90 días si está en prisión provisional, lo que fuerza muchísimas veces llegar a acuerdos tras las pertinentes negociaciones, a efectos de no colapsar el sistema. Nosotros, que no tenemos estos plazos, aunque si los tuviéramos, lo que no me parecería nada mal, probablemente nos veríamos abocados a adoptar idéntica solución.

Finalmente, ha de abordar instituciones o actos procesales concretos que tienen una importancia capital en el

desarrollo del modelo norteamericano. Aunque en otro lugar he tratado este tema con mayor detalle⁶⁴, estoy hablando del papel del juez en el nuevo o reformado proceso, de las comparecencias judiciales con imputado detenido o sin él, de la acusación por el Gran Jurado o por el Fiscal al inicio del proceso penal, de las declaraciones del acusado y sus garantías, del ofrecimiento probatorio o *discovery*, de las reglas de exclusión de la prueba o prueba prohibida, de nuevos hechos y posible modificación de la acusación, y de la intervención del Jurado hasta que pronuncia su veredicto. Todo ello articulado en audiencias públicas correctamente ordenadas, bajo la solemne presencia del principio de oralidad.

Pero no todo nos sirve, como también es lógico, por otra parte. Piénsese que estaríamos fijándonos en un proceso penal cuya práctica actual lleva a una marcadísima tendencia a evitar el juicio a toda costa, es decir, a que no tenga lugar, pues apenas llegan a juicio el 5% de los delitos graves cometidos en USA⁶⁵. Por ello volver nuestras miradas hacia un puro proceso de partes tiene sus riesgos. Dejando de lado instituciones concretas que sería una locura adoptar entre nosotros, como el Gran Jurado, debo poner como ejemplo claro de lo que quiero decir que el papel de la víctima es casi irrelevante en Estados Unidos comparado con España, pues es excluida como parte; o que el sistema de recursos de allí sería en España inconstitucional por vulneración del art. 24.1 CE, ya que niega al Fiscal, en una interpretación para no

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

61. Véanse, por todos mis escritos sobre el tema, GÓMEZ COLOMER, J.L., *La instrucción del proceso penal por el Ministerio Fiscal: Aspectos estructurales a la luz del Derecho comparado*, en Gómez Colomer / González Cussac (coordinadores), "La reforma de la Justicia Penal (Estudios en homenaje al Prof. Klaus Tiedemann)", Ed. Universitat Jaume I, Castellón 1997, págs. 459 y ss.; y un extracto en *El Fiscal instructor*, Revista Justicia 1996, núm. 2, págs. 259 y ss.

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

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

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

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

...
sotros inadmisibles del principio de prohibición de la doble incriminación, la posibilidad de recurrir si el acusado resulta absuelto, lo que implicaría que se lo negaría a cualquier otro acusador también. Sería una involución, pues, intentar traernos estas normas o instituciones, mu-

cho más atrasadas y peores que las nuestras, como demuestran los resultados favorables obtenidos con nuestra tradición, proclive desde siempre a favorecer todo lo que se pueda a la víctima y a no negar a ninguna parte el derecho al recurso.