

COMENTARIOS
AL CÓDIGO NACIONAL
DE PROCEDIMIENTOS PENALES

COORDINADOS POR
MOISÉS MORENO HERNÁNDEZ
Y
MIGUEL ONTIVEROS ALONSO

COMENTARIOS AL CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES

COORDINADOS POR
MOISÉS MORENO HERNÁNDEZ
Y
MIGUEL ONTIVEROS ALONSO

Prólogo

PROF. DR. DR.H.C. JUAN-LUIS GÓMEZ COLOMER



© Moisés Moreno Hernández
Miguel Ontiveros Alonso

© Ubijus, Editorial S.A. de C.V.
Begonias 6-A, Col. Clavería, C.P. 02080
Del. Azcapotzalco, México, D.F.
www.ubijus.com
ubijus@gmail.com
(55) 44304427

ISBN: 978-607-9389-15-4

Reservados todos los derechos. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico ni mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación, sin permiso expreso del editor.

© UBIJUS Editorial

Contenido

<i>Prólogo</i>	13
<i>Presentación</i>	39
<i>Fortalezas y debilidades del Código Nacional de Procedimientos Penales (La lucha poco fructífera por un modelo procesal penal para México)</i>	
MOISÉS MORENO HERNÁNDEZ	45
La importancia de la legislación procesal penal única	45
Los avatares de la legislación procesal penal única	45
Alcances de la unificación de la legislación procesal penal	48
La lucha por un modelo procesal penal para México y los intereses detrás de ello	51
<i>Los modelos procesales en pugna</i>	51
Los intereses externos e internos en la reforma procesal penal	60
El producto final (CNPP) no satisface las expectativas	65
Algunos puntos cuestionables del nuevo CNPP	69
A manera de introducción	69
Algunos puntos cuestionables del CNPP	72
Conclusión respecto a estos primeros temas	101

El “neogarantismo” del Código Nacional de Procedimientos Penales
(Hacia un redimensionamiento teórico-práctico
del ius puniendi y los derechos humanos)

JUAN MORENO SÁNCHEZ..... 105

I. Introducción 105

II. La unificación de la legislación penal adjetiva mexicana..... 106

III. Los principios y derechos reconocidos en el CNPP..... 110

IV. El Contexto neogarantista del CNPP y las primeras
tensiones constitucionales y convencionales
del modelo acusatorio mexicano 114

V. Conclusiones 119

La víctima en el proceso penal

JOSÉ HÉCTOR CARREÓN HERRERA 121

Introducción 121

Fortalecimiento de las prerrogativas
de las víctimas en el proceso penal..... 122

Conceptos de víctima y ofendido..... 128

Reparación del daño a la víctima del delito..... 133

Participación activa de la víctima en el proceso penal
más allá de la coadyuvancia 137

Conclusión 142

*Las salidas alternas al juicio en el Código Nacional
de Procedimientos Penales*

ALICIA AZZOLINI 145

Introducción 145

Las transformaciones en el modelo procesal penal 146

Salidas alternas al juicio en el Código Nacional
de Procedimientos Penales 151

a) Salida de carácter no adversarial
o autocompositiva: los acuerdos reparatorios 153

Contenido

b) Salidas de carácter adversarial o heterocompositivas: la suspensión condicional del proceso; el procedimiento abreviado y los criterios de oportunidad	158
Reflexiones finales	172
<i>Justicia alternativa y el Código Nacional de Procedimientos Penales</i>	
ELIAS HUERTA PSIHAS	175
Introducción	175
Justicia restaurativa	180
Acuerdos reparatorios.....	182
Suspensión condicional del proceso	184
Procedimiento abreviado.....	185
Ley de medios alternos de solución de conflictos.....	187
Centro nacional de justicia alternativa	187
Conclusiones	189
 <i>“Y la justicia restaurativa: ¿para cuándo?”</i>	
SERGIO JOSÉ CORREA GARCÍA.....	191
Contexto	191
Delincuencia y expropiación de conflictos	191
Premisas para construir políticas en materia de seguridad humana.....	195
Retos macro estructurales del Estado mexicano en materia de Seguridad Pública.....	196
Recepción en México de los mecanismos alternos de solución de controversias [MASC] y de la justicia restaurativa [JR].....	198
Los retos para controlar la criminalidad convencional	198
Reforma penal constitucional en México e incorporación de los mecanismos alternos de solución de controversias [MASC]	200
Sigue pendiente en México la justicia restaurativa	201
Contenidos y alcances de la justicia restaurativa [JR]	202
Definición de JR y sus diferencias con la justicia penal (JP).....	202
Antecedentes en el mundo anglo-sajón.....	204

Naciones Unidas	207
Países latinoamericanos	208
Organización de un sistema nacional de JR.....	211
Conclusiones	212
 <i>Entre el Derecho penal sustantivo y el Derecho procesal penal en el Código Nacional de Procedimientos Penales</i>	
GUADALUPE A. VALDÉS OSORIO	215
La oralidad en la reforma	215
La sustantividad del derecho penal	216
Las facultades de legislar.....	220
a) El artículo 30 del Código Nacional de Procedimientos Penales	221
b) El artículo 141 del Código Nacional de Procedimientos Penales	221
c) El artículo 405 del Código Nacional de Procedimientos Penales	226
d) El artículo 406 del Código Nacional de Procedimientos Penales	233
Consideraciones generales	235
 <i>Las impugnaciones en el Código Nacional de Procedimientos Penales y en la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada</i>	
JULIO ANTONIO HERNÁNDEZ PLIEGO.....	237
Introducción	237
Recursos ordinarios en el Código Nacional de Procedimientos Penales	239
Revocación.....	240
Apelación	241
Delincuencia organizada	244
Revocación en la ley federal contra la delincuencia organizada .	252
Apelación en la ley federal contra la delincuencia organizada ...	255
Apelación ortodoxa	258
Apelación heterodoxa	262

Contenido

“Breves reflexiones sobre el Código Nacional de Procedimientos Penales y el juicio de amparo”

MARÍA ELENA LEGUÍZAMO FERRER	267
Génesis del Código de Procedimientos Penales Único	267
El Código Nacional de Procedimientos Penales y sus implicaciones en la materia del amparo	279
Las reformas en materia de derechos humanos y amparo y su vinculación con la reforma penal	285
Relación entre el sistema procesal acusatorio y el juicio de amparo: ¿Tiene algún impacto el juicio de amparo en la funcionalidad de los procesos acusatorios?	289
A manera de conclusiones	302

La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas en el Código Nacional de Procedimientos Penales

MIGUEL ONTIVEROS ALONSO	305
Apunte preliminar	305
Los problemas del Código Nacional de Procedimientos Penales en relación con la responsabilidad penal de las personas jurídicas	307
Perspectivas	315

Los procedimientos especiales del Código Nacional de Procedimientos Penales

JESÚS CORRALES HERNÁNDEZ	317
Consideración general	317
Acercamiento a una definición de los procedimientos especiales	320
Los procedimientos especiales en particular del código nacional de procedimientos penales	323
Análisis de los procedimientos especiales desde la perspectiva de las iniciativas de reforma constitucional	323
Los procedimientos especiales contemplados en el CNPP	325

El papel del juez ante los procedimientos especiales contemplados en el CNPP	339
Conclusiones	341
<i>Las neurociencias y el Procedimiento Penal</i>	
AUGUSTO SÁNCHEZ SANDOVAL Y ALICIA GONZÁLEZ VIDAURR.....	343
Introducción	343
Las neurociencias: Diez mandamientos que debemos aprender los estudiosos y los operadores de las ciencias jurídicas	344
De las emociones también nacen las decisiones en el procedimiento penal.....	353
Las decisiones humanas, ministeriales y judiciales son expresiones de poder, que nacen a partir de sus emociones y que se conectan por medio de tautologías y alegorías.....	353
La imposibilidad de que exista correspondencia entre el mundo concreto de los “hechos” y el mundo del “lenguaje” de la interpretación-argumentación, en el Derecho penal mexicano	355
Conclusiones	361

Prólogo

Prof. Dr. Dr.h.c. Juan-Luis Gómez Colomer
Catedrático de Derecho Procesal
Universidad Jaime I de Castellón, España.
Presidente de la Asociación Alexander von Humboldt de España.
Miembro del *Scientific Advdsory Board* del Max-Planck-Institut
für ausländisches und internationale Strafrecht.
Miembro del Comité Científico de la Asociación Internacional
de Derecho Penal.

Faltaba México. La reforma del proceso penal en América Latina ni estaba completa ni se había cerrado aún. Quedaba por sumarse la gran nación mexicana. Ahora, con el nuevo Código Nacional de Procedimientos Penales de los Estados Unidos Mexicanos, de 5 de marzo de 2014, ya podemos hablar de un nuevo mapa jurídico y de un nuevo sistema de justicia penal en la América hispanoparlante.

Es, además, venturosamente, un código procesal único para toda la República, que entrará en vigor a partir de junio de 2016, aunque ya se aplica en Durango y próximamente en otros Estados más.

Mi alegría y satisfacción por la opción legislativa acordada es científico-técnica, no sólo personal, política, cultural o social. Hoy en día las leyes son muy complicadas, excesivamente técnicas y demasiado sectorializadas, incluso las que todavía conservan el tradicional nombre francés de “código”. Un país inteligente, salvo que poderosas razones histórico-culturales no lo aconsejen así, y siempre en uso de su libertad de elección, debe simplificar el número de leyes que tratan la

misma cuestión. Alemania, país federal sólo desde 1949, apostó desde el inicio de su unificación en 1871 con el nacimiento del Imperio Alemán por una *Strafprozeßordnung* (de 1 de febrero de 1877) para todo el país, confirmándolo incluso después de 1949. Suiza, el único país en la Europa más cercana a Francia, Alemania, Italia y España, lo entendió renunciando a sus 26 códigos procesales penales cantonales más uno para toda la confederación helvética, aprobando el nuevo Código de Procedimiento Penal de 5 de octubre de 2007 (entrado en vigor en 2011), válido para toda la República federal suiza. Ahora ha sido México el que ha suprimido 31 códigos procesales penales estatales y el del Distrito Federal, más el federal, a favor de un único código procesal penal federal con vigencia en toda la nación.

Un único código es ante todo mucho más fácil de explicar y de estudiar en la universidad, lo que facilita una mejor aplicación práctica futura y, además, unifica criterios, permite una jurisprudencia homogénea y se convierte en una vía idónea para alcanzar la idílica sentencia penal justa.

Mis más sinceras felicitaciones por ello a quienes lo han logrado.

Una novedad legislativa de esta entidad requiere de instrumentos de estudio inmediatos para que todos los operadores jurídicos estén preparados adecuadamente para su implementación en la realidad jurídica mexicana, especialmente los jueces, los fiscales y los abogados. Los comentarios que tengo el honor de presentar responden a esta imperiosa necesidad y lo hacen con una firmeza intelectual, una consistencia científica y una soltura narrativa que me permiten sin duda afirmar que son y serán los mejores en el panorama científico procesal penal mexicano durante toda la vigencia de este código.

Para tener estos convincentes atributos, hay que tener un poso de ciencia indubitada. La lotería no juega en este campo. En la elaboración del nuevo CNPP mexicano ha tenido una participación destacada mi querida *Asociación Mexicana de Derecho Penal y Criminología (ampec)*, a la mayor parte de cuyos miembros conozco personalmente.

Sus autores, no todos miembros del AMPEC, pero sí la mayoría, son: Moisés Moreno Hernández, Juan Moreno Sánchez, Alicia Azzolini, Elías Huerta Psihas, Sergio Correa García, Guadalupe Valdez Osorio, Julio Hernández Pliego, María Elena Leguízamo Ferrer, Jesús Corrales Hernández, Augusto Sánchez Sandoval y Miguel Ontiveros Alonso.

Con Miguel Ontiveros y Moisés Moreno me une una especial relación de amistad desde hace muchos años.

Estos comentarios no son los primeros que se publican en México sobre el nuevo Código Procesal Penal. Tampoco se acogen al formato clásico de un *Großkommentar* alemán, el mejor para mí de todos los formatos: una introducción muy clara sobre el sistema al principio, relativamente amplia y detallista, y luego un comentario directo, con legislación, bibliografía y jurisprudencia sobre cada artículo del texto legal estudiado. NO, los autores han escogido ciertos temas que consideran muy relevantes y escriben en el formato de artículo científico con notas a pie de página sus opiniones sobre las instituciones del nuevo CNPP que están comentando.

Esos temas son:

1. Principios generales del nuevo procedimiento.
2. Mecanismos alternativos de solución de conflictos.
3. Los procedimientos especiales en el nuevo ordenamiento.
4. Las neurociencias y el sistema penal.
5. La responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Son, como deben ser, unos comentarios críticos positivos, en donde al mismo tiempo que se destaca la importancia de la norma, en su caso también su bondad, se hacen aportaciones de cara al futuro sobre la conveniencia de modificarla o interpretarla en determinado sentido más acorde con los tiempos que corren.

Echo en falta alguna aportación, respetando el formato por ser decisión personal absolutamente aceptable de los autores, relativa por ejemplo a: investigación proactiva y reactiva del crimen; detención y prisión preventivas, mecanismos de control de la Fiscalía, el papel del Juez de Garantías, límites al derecho de defensa, las pruebas científicas, la prueba prohibida en el nuevo sistema, el desarrollo del juicio, el nuevo recurso de apelación o la posición de la víctima en el nuevo proceso penal. Puntos importantes hoy en todos los sistemas que han derogado códigos inquisitivos para acceder al sistema adversarial, sin pasar la mayor parte de ellos por el proceso penal acusatorio formal o mixto de origen francés. Ciertamente muchos de ellos están tratados en los epígrafes enunciados, pero el formato habría sido mucho más moderno si se hubiera abordado desde el punto de vista de la problemática real y no del índice del Código Nacional de Procedimientos Penales.

Y me sorprende un poco que dentro de esta complejidad se dedique un epígrafe a neurociencias y sistema penal, un tema importantísimo, pero no creo que cuadre bien en unos comentarios al nuevo CNPP, más bien, habría que incardinarlo en la prueba.

Este código surge de una Constitución democrática. Es un buen punto de partida, porque el proceso penal que sirve en la actualidad para el enjuiciamiento de un criminal sólo puede ser el propio de un Estado de Derecho, de una democracia. El proceso penal moderno es un proceso penal constitucionalizado. He tenido ocasión de estudiar este tema muy de cerca en los últimos años en relación con el sistema anglosajón y lo he confirmado con dos recientes publicaciones sobre la materia, una traducción y un estudio dogmático,¹ y lo corroboro ahora:

¹ Sobre el proceso penal en los Estados Unidos de América he coordinado recientemente dos libros:

a) El primero es la traducción del Case Book de 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, en español: Juan-Luis Gómez Colomer (coord.), *Proceso Penal y Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica. Casos destacados del Tribunal Supremo y Texto Introductorio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

b) El segundo es Juan-Luis Gómez Colomer (coord.), *Introducción al Proceso Penal Federal de los Estados Unidos de Norteamérica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

Estos dos libros tienen sus antecedentes. El primero fue el artículo publicado por mí en la Revista española *Poder Judicial* número especial XIX dedicado a “Propuestas para una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal”, dirigida por el Prof. Dr. D. Faustino Gutiérrez-Alviz y Conradi, Vocal del CGPJ, Madrid 2006, con el título “*Adversarial System*”, *proceso acusatorio y principio acusatorio: Una reflexión sobre el modelo de enjuiciamiento criminal aplicado en los Estados Unidos de Norteamérica*, pp. 25 a 77. Una versión para Argentina fue publicada en Argentina bajo el título *Sistema de enjuiciamiento criminal adversarial y nuevas tendencias dogmáticas penales*, en Gómez Colomer, J.L. (coord.), “Temas dogmáticos y probatorios de relevancia en el proceso penal del siglo XXI”, Colección Autores de Derecho Penal, dirigida por Edgardo Alberto Donna, Editorial Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires 2010, pp. 69 y ss.

En esas actualizaciones se han corregido todas las erratas que han aparecido en el original publicado en España, que no pude subsanar al no serme ofrecida la oportunidad de corregir pruebas.

Una ampliación posterior de los temas tratados en esos artículos la realicé en mi libro *El sistema de enjuiciamiento criminal propio de un Estado de Derecho*, publicado por INACIPE en México, 2007, *passim* y en 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, pp. 74 y ss. Posteriormente publiqué un libro más breve bajo el título *El proceso penal adversarial. Una crítica constructiva sobre el llamado sistema acusatorio*, UBIJUS Editorial y Félix Cárdenas, México, 2012.

Proceso penal y Constitución están entrelazados para siempre, se quedan entre nosotros indefinidamente. Pero sólo si los destinatarios son las fuerzas vivas de una democracia, principalmente los ciudadanos.

Pero la amada México ha ido afortunadamente más allá de lo que se entendió inicialmente como un desarrollo adecuado de las previsiones constitucionales. Me explicaré: como efecto directo de la reforma constitucional de 2008 en materia de justicia penal (Reforma al sistema de justicia penal y seguridad pública, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* en junio de 2008), nació la idea de abordar un nuevo Código Federal de Procedimientos Penales, lo que implicaba reformar integralmente todos los Códigos de Procedimientos Penales en cada uno de los Estados y en el Distrito Federal, de manera que los objetivos de dicha reforma constitucional quedasen cumplidos.

Esta reforma sentó las bases para la implementación del nuevo sistema de justicia penal en México. La opción fue por el sistema adversarial, conocido en América Latina y en México como sistema acusatorio, siendo sus banderas el juicio oral y público. Por eso se insertaron en la reforma constitucional los principios del sistema acusatorio, dando una gran importancia a la oralidad.

A partir de esta fecha, se generó una ola de reformas a las legislaciones locales de cada Estado de la Federación, mientras que otros simplemente abrogaron sus códigos típicamente inquisitivos y generaron nuevos diseños presumiblemente de corte acusatorio o adversarial.

Lo que se pensaba que sería la gran reforma y fuente de modernización del sistema de justicia, acabó siendo una mezcla de opiniones, principios y prejuicios procesales, de tal forma que cada Estado generó su propia convicción de lo que es acusatorio, adversarial y/o democrático.

El transcurso del tiempo coadyuvó al fracaso de la implementación del sistema adversarial, debido, sobre todo, a la lentitud de los tiempos legislativos para la implementación de la citada reforma, y a los problemas provocados por la dispersión de criterios legislativos acabados de explicar.

Ante el caos al que todas estas cuestiones llevaron a la reforma del proceso penal mexicano, siendo candidato aún D. Enrique Peña Nie-

He publicado además numerosos artículos sobre el tema, en España, Europa y América, que dada la finalidad de este prólogo no puedo reproducir aquí.

to, actual Presidente de la República propuso como buque insignia de su campaña presidencial la „unificación penal“ en México. Ésta se ha logrado a medias, pues apenas se reformó la Constitución para establecer que habrá un solo código procesal penal, una sola ley de ejecución de sanciones y una sola ley de mecanismos alternativos de solución de conflictos. Pero 34 códigos penales subsistirán en el país.

El paso adelante no obstante se ha dado, y es un paso definitivo, porque lo que se planteó en el fondo fue si no sería más conveniente contar con un Código de Procedimientos Penales *único* para toda la República, de manera que se posibilitara una Justicia más igual para todos, con criterios unificados y jurisprudencia válida en todo el territorio de la nación.

Por lo que hace referencia a la legislación procesal penal, la respuesta fue la adecuada: juntar todas las propuestas hasta ahora existentes (el proyecto de *Código Federal de Procedimientos Penales* de 2013, presentado como Iniciativa por algunos senadores de la Comisión de Justicia del Senado de la República; y el proyecto de *Código de Procedimientos Penales de los Estados Unidos Mexicanos* de 2013, convertido en la primera de las tres iniciativas que el Senado de la República para la unificación de la legislación penal), en una sola, que resultó ser el que ahora es Código Nacional de Procedimientos Penales, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 5 de marzo de 2014, que actualmente se encuentra en proceso de implementación en todo el país, con una gran diversidad de implicaciones.

Además, participaron los expertos, lo que siempre es bueno porque ayuda al Gobierno a implicar a todos los sectores jurídicos, sociales y económicos, además de políticos. Colaboraron, entre otros, en su redacción el Centro de Estudios de Política Criminal y Ciencias Penales (CEPOLCRIM), la Asociación Mexicana de Derecho Penal y Criminología (AMPEC), y la Academia Mexicana de Ciencias Penales.

Permítanme unas palabras más concretas sobre el sistema adversarial, al que México se acaba de sumar a él en definitiva. Si se observa, sobre todo, la reforma del proceso penal en América Latina, desde que Guatemala moviera ficha en 1992 hasta esta última reforma integral mexicana de 2014, pero también en Europa, atendido el Código Procesal Penal italiano de 1988, parece como si el modelo de enjuiciamiento criminal de los Estados Unidos de América se hubiera instaurado en un desfile militar y marchara triunfalmente ante los espectadores pre-

sentes arrollando cualquier otra iniciativa². Esta afirmación es incuestionable. España, mi país, está en estos momentos en ello, con muchas dudas, de manera tal que no lo ha logrado todavía.

¿Por qué se ha convertido el proceso penal federal norteamericano en el único modelo posible a la hora de considerar una reforma integral del sistema de enjuiciamiento criminal en nuestros países? Una breve respuesta tras un somero análisis nos lleva a fijar las razones en su sencillez y pragmatismo, así como en la oralidad y la rapidez que conlleva.

Pero lo más importante es su constitucionalización. En efecto, el punto de partida es la base constitucional del sistema adversarial, sostenido por férreos principios procesales penales que sostienen el complicado armazón, a saber: *Due Process* y *Fairness*.

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

Por eso se dice con razón que el proceso penal federal de los Estados Unidos de América es hoy un proceso penal plenamente consti-

² De marcha triunfal ha hablado Schünemann, estupefacto intuyo por cómo se estaban desarrollando las reformas del proceso penal en Europa y en el resto del mundo, que el sistema adversarial anglonorteamericano, aprovechándose de la crisis e incompetencia de los políticos actuales para reformar con imaginación el proceso penal de sus propios países, marchaba por el mundo triunfalmente, imponiéndose a cualquier reflexión de reforma evolutiva interna, convirtiéndose prácticamente en el único modelo a tener en cuenta. Véase Schünemann, B., "*¿Crisis del procedimiento penal? (Marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?)*", en *Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial. Jornadas sobre la Reforma del Derecho Penal en Alemania*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1991, pp. 49 y ss., también publicado con el mismo título en Schünemann, B., "*Temas actuales y permanentes del Derecho Penal después del milenio*", Editorial Tecnos, Madrid, 2002, pp. 288 y ss.; y del mismo autor, *El procedimiento penal norteamericano en sus aspectos críticos*, ponencia presentada en el Congreso Internacional de Derecho Procesal Penal, celebrado en México del 9 a 13 de octubre de 2006, organizada por el Instituto Nacional de Ciencias Penales (INACIPE) de México con ocasión de su XXX Aniversario.

tucionalizado, en permanente evolución desde su puesta en práctica inicial, anterior en el tiempo a la Revolución francesa, revolución recordemos de la que nace el proceso penal acusatorio formal o mixto (el llamado proceso penal reformado para los alemanes), que todavía rige lo esencial del proceso penal de mi país, por ejemplo.

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

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

Dicho catálogo se contiene no en la originaria Constitución, curiosamente, sino en las diez primeras enmiendas a la misma que conforman la llamada *Bill of Rights* aprobada en 1791, cuatro años después de aquélla. Su valor jurídico es el mismo (véase art. 5 de la Constitución), pues al fin y a la postre se trata desde nuestra perspectiva de reformas constitucionales, sólo que con otra técnica legislativa.

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

Por tanto, esos derechos nacen con vocación garantista y se configuran como un instrumento potente para que el ciudadano pueda hacer frente con éxito a excesos, desmanes y actuaciones arbitrarias o incluso delictivas de la poderosa nación que se acaba de crear.

2. Como concreción básica de esa protección se articula, que no se crea, pues ya venía de la vieja Inglaterra, el principio del proceso debido, inicialmente previsto sólo para el Derecho federal en la V Enmienda, que forma parte de la *Bill of Rights*, pero que se ha extendido a

todos los Estados, como las demás garantías, aunque no sin problemas, mediante la llamada “cláusula de la incorporación selectiva” con fundamento en la XIV Enmienda (aprobada en 1868).

Este principio es el motor del sistema, porque configura y determina hasta dónde puede llegar el Estado en la lucha contra el crimen y la averiguación de la verdad, fijando un límite traspasado el cual los derechos de los ciudadanos priman sobre los mismos fines del Estado en el proceso penal. Naturalmente, es mucho más amplio como principio y nunca ha tenido una interpretación unívoca, pero con base en él se han ido desarrollando principios importantísimos del proceso penal, hasta tal punto que se ha convertido en la clave de bóveda del sistema.

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

Esta evolución se alcanzó después de muchos avances y retrocesos, y de muchas luchas internas, hasta que logró la presidencia del Tribunal Supremo Federal el insigne magistrado Earl Warren, en los años 60 del siglo pasado, con quien se inició el llamado garantismo judicial, porque bajo su mandato dicho Tribunal amplió considerablemente el alcance de los principios y garantías procesales penales contenidas en la *Bill of Rights* en el proceso penal.

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

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

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

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

Dejando ahora el Jurado, nos fijaremos en los sujetos procesales mencionados para ofrecer una orientación sobre la realidad de esa constitucionalización del proceso penal, y más en concreto en el verdadero protagonista del proceso penal, el acusado. Sobre él debemos hacer una referencia genérica y breve a los derechos constitucionales que le asisten durante todo el proceso penal, para alcanzar una idea bastante exacta de la concreción de la constitucionalización del proceso penal federal norteamericano.

- a) Destaca en primer lugar el derecho al proceso debido del acusado, que permite equilibrar su posición jurídica frente al gran poder del Estado.
- b) Asiste al acusado, igualmente, el derecho a la presunción de inocencia, que no aparece expresamente recogida en ningún artículo de la carta magna norteamericana, si bien desde ya hace casi dos siglos se considera unánimemente parte básica del juicio justo o *Fair Trial*, y en cuanto tal componente del principio del proceso debido.
- c) Igual que ocurre con la presunción de inocencia, tampoco existe un precepto constitucional que disponga el grado o la intensidad que se requiere en la prueba con el fin de poder considerarla eficaz o válida para, tras destruir la presunción de inocencia del acusado, suponer la condena de éste. Sin embargo, también

es un principio básico del sistema procesal penal norteamericano, tanto del federal como de los estatales, el de “la prueba más allá de cualquier duda razonable” (*Proof Beyond a Reasonable Doubt*).

- d) Otro de los derechos que ampara al acusado durante todo el proceso y también en el acto del juicio o *Trial* es el derecho de defensa, a enmarcar dentro del principio de contradicción (*Right to Present Defense*). Todo acusado tiene derecho a preparar una defensa en igualdad de condiciones que la acusación. Elemento o garantía crucial del *Due Process of Law*, la Enmienda VI de la Constitución federal lo refleja como el derecho a que “se le caree con los testigos que depongan en su contra; de que se obligue a comparecer a los testigos que le favorezcan y de contar con la ayuda de un abogado que lo defienda”.
- e) Un instrumento para garantizar el derecho recién mentado es el derecho a la asistencia letrada (*Right to Counsel*), tanto de confianza como de oficio. Reconocido expresamente en la Enmienda VI de la Constitución federal, el *Right to Counsel* es esencial para garantizar el principio del proceso debido y la aplicación de la Enmienda XIV de la Constitución federal.
- f) Se reconoce al acusado el derecho a estar presente en las actuaciones judiciales. Es lo que los norteamericanos denominan *Confrontation Clause - Right to be Present*. Ya hace muchos años, el Tribunal Supremo Federal calificó el derecho a la confrontación entre el acusado y el acusador como “esencial para un juicio criminal justo”.
- g) El derecho a estar presente en la sala de vistas conlleva el derecho a comparecer con la apariencia y dignidad propias de un hombre libre e inocente.
- h) Para terminar con el compendio de derechos que asisten al acusado en el proceso y también en el acto del juicio tenemos que mencionar el derecho al juicio público y rápido que le reconoce la Enmienda VI.

El proceso penal norteamericano se desarrolla en el marco de un sistema adversarial. 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 inquisiti-

vos, porque destacan el papel que tienen las partes sobre el Juez.³ 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 adversarial, que desde esta perspectiva, además de principios clave, son también elementos importantes y complementarios:

1. El tratamiento como inocente hasta la sentencia de culpabilidad que favorece la máxima de la presunción de inocencia. Esta garantía data del *Common Law*, habiendo sido desarrollado su contenido y alcance por la jurisprudencia, aunque la misma no fue reconocida 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 aquél.
2. 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, es decir, la imparcialidad. 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, ob-

³ LaFave, W.R. / Israel, J. H., *Criminal Procedure...*, *op. cit.*, vol. 1, pp. 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; en 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 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*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, p. 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”; véase también Thaman, S.C., *Europe's new Jury Systems: The cases of Spain and Russia*, Law and Contemporary Problems, Spring, 1999, vol. 62, p. 233.

servando que las partes respeten las normas procesales, en especial, las relativas a la prueba.

3. Finalmente, otro elemento que caracteriza al sistema de enjuiciamiento criminal estadounidense es el Jurado. Se considera la piedra angular en que descansa el sistema acusatorio (adversarial) en ese gran país.⁴

El modelo de justicia penal norteamericano exige esencialmente la contradicción, de ahí su caracterización de adversarial, pero no sólo. 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 decida.
- 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 partes.

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:

1. 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 acción penal al Estado a través de sus fiscales, no pudiendo la víctima (ofendido y perjudicada) del delito ejercitar la acción penal constituyéndose en parte acusadora.
2. En cuanto al principio de contradicción, resaltamos 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, acusado-

⁴ LaFave, W.R. / Israel, J.H. / King, N.J., *Criminal Procedure...*, *op. cit.*, vol. 1, p. 36.

ra y acusada, antes de condenar o absolver (*audiatur et altera pars*). Éste es en realidad el principio más importante porque sin él no existe el debido proceso, característica que permite ser entendida igual que 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 extensión. Con anterioridad a la celebración de la vista oral, el principio 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 la investigaciones que estimen oportunas para poder fundamentar sus distintas posiciones. No obstante, el alcance de dicha obligación, al menos a nivel federal, no abarca a todas las pruebas.

3. 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 disfrutaban 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 defensa.

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 Europa.

El concepto de principio acusatorio es muy poco relevante en los Estados Unidos de América. La primera sorpresa 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” (estos últimos menos

frecuentemente, en verdad), no se refieren en absoluto o casi nunca a “principio acusatorio”. Lo importante para esa doctrina deducimos que es el sistema o el proceso, no el principio. Esa doctrina 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.

Esa 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 estandartes tienen que ser también los suyos. El juicio oral y público no tiene generalmente problema conceptual alguno ni de identificación, ni de comparación con los procesos penales europeos, y tampoco con el español, los problemas son más bien de aplicación práctica en cada país. Pero nadie encuentra el principio acusatorio cuando lee la jurisprudencia o la doctrina procesal penal norteamericanas, o cuando se leen artículos de Derecho comparado publicados en revistas jurídicas especializadas de ese gran país.

La explicación es para mí que *Due Process of Law*, entendido éste en su variante procesal penal, y principio acusatorio reflejan el mismo contenido, porque se refieren básicamente a lo mismo.

La gran pregunta entonces es ¿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?

El sistema adversarial es de origen inglés, habiendo formado parte del *English Common Law*, aunque la doctrina se encarga de advertir

que incluso cuando se produjo la recepción, el sistema inglés no era tan “adversarial” como lo es ahora el sistema norteamericano, pues, entre otras diferencias, existía en Inglaterra en los tiempos de la Revolución americana una inquisición judicial previa, el procedimiento ante el Gran Jurado era netamente inquisitivo y el abogado defensor tenía limitaciones claras en el ejercicio de sus funciones tratándose de delitos graves.

La doctrina y jurisprudencia norteamericanas defienden este sistema de enjuiciamiento criminal por encima de cualquier otro, básicamente frente al llamado impropriamente inquisitivo, aunque no todos, pues los hay bastante críticos, porque según dicen quienes están a favor es el que permite llegar a sentencias más acertadas, más justas en definitiva, teniendo en cuenta siempre que el Jurado desempeña un papel decisivo en estas afirmaciones, con base en los dos siguientes razonamientos:

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

Aunque estas argumentaciones no están exentas de crítica en la propia doctrina norteamericana, sobre todo, considerando que quien está encargada de descubrir las pruebas es la Policía, una institución pública, en posición superior en la realidad al abogado del defensor en punto a ello, desarrollada en Estados Unidos de manera muy distinta a muchos otros países, por ejemplo, los países de América Latina, lo cierto es que la jurisprudencia ha intentado corregir los defectos del sistema adversarial que su práctica constante ha ido poniendo de manifiesto paulatinamente, problemas reales del actual proceso penal norteamericano que no conviene dejar de lado a la hora de fijarnos

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

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

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 la *Bill of Rights*, que tienen aplicación en los procesos penales federales y estatales en USA, y más especialmente en el juicio, la parte más regulada. Por eso el juicio, la vista, el acto procesal en el que se practican las pruebas, en la que 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, sometida a los principios de oralidad y publicidad, los únicos procedimentalmente aptos en el sistema “adversarial”, sin que ello signifique en absoluto que los actos que preparan al juicio escapen del sistema “adversarial”, por ejemplo, el ofrecimiento probatorio o *Discovery*, o la propia investigación policial.⁵ 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.

⁵ Véanse LaFave, W.R. / Israel, J.H., *Criminal Procedure*, op. cit., vol. 1, p. 42.

Para los comparatistas, el *Discovery* representa precisamente uno de los temas básicos para el acercamiento entre los sistemas “adversarial” norteamericano y el que ellos denominan inquisitivo (en realidad acusatorio formal) europeo, pues cada vez hay más instituciones convergentes en ambos sistemas, aquél menos “adversarial” que antaño y éste mucho más acusatorio puro que mixto.

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

Este sistema “adversarial” implica, dicho sea con toda concisión, dos aspectos jurídicos de singular trascendencia, el primero de tipo institucional, el segundo, de tipo procesal:

1. Institucionalmente, el sistema exige que el papel que las instituciones representan en el proceso penal esté definido en los siguientes términos:
 - a) 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 seis meses de prisión, a la vista de las pruebas practicadas ante él en el acto del juicio, veredicto que salvo excepciones muy raras no tiene que motivar. Es la institución clave del proceso penal norteamericano, aquélla sobre la que descansa verdaderamente el sistema de enjuiciamiento criminal USA, tanto el federal como el de los Estados;
 - b) El Juez no instruye el proceso, limitándose a dirigir de manera absolutamente neutral el debate entre las partes frente al Jurado;
 - c) El Fiscal es el representante del Gobierno en el proceso penal. Sin profundizar pero con algún matiz, lo que se quiere

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

- d) El abogado defensor defiende al acusado en un papel muy activo desde que sea legalmente posible, 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.
2. Procesalmente, el proceso debe estar sujeto a principios que se correspondan con los propios de un Estado de Derecho, entre los que destacan el proceso debido, la equidad, la igualdad, el derecho de defensa, la presunción de inocencia y la prohibición de la doble incriminación. Pero esto debe ocurrir hoy en todos los países libres.

Si esto es así, y creemos que lo es, y si estamos pensando en idéntico discurso respecto a México o a mi país, estoy imaginando un sistema “adversarial”, esto es, un sistema acusatorio, el único admisible para que insertado en él su proceso penal pueda ser calificado como tal, para que en definitiva sea el propio de un Estado de Derecho. Por tanto, “Adversarial System” en los Estados Unidos de América es para mí también lo mismo que debe entenderse por “sistema acusatorio” en España (o en México).

Ahora bien, sólo con que profundicemos un poco observaremos que, en verdad, la calificación del sistema es hoy en día menos impor-

tante de lo que fue hasta el desarrollo del garantismo procesal en la era Warren. Lo debería ser también para nosotros ya, aunque realmente todavía sigamos hablando de ello, pero para los norteamericanos es una cuestión claramente superada, o al menos en principio y hablando en términos generales, bastante nimia. El sistema de enjuiciamiento criminal es “adversarial” o acusatorio (“*Adversarial System*”) y con esa afirmación es más que suficiente en USA para entenderlo todo. Lo relevante no es, pues, definir el sistema cuando sólo uno es posible, sino hallar el principio o principios clave en que la Constitución y la jurisprudencia se basan para que sea operativo, para que funcione.

Esos principios clave son dos: el principio del debido proceso legal y el principio de la equidad.

1. *Due Process of Law*:

El concepto articulador nuclear del sistema adversarial es el principio del proceso legalmente debido (*Due Process of Law*). 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*.

Es un principio muy complejo, por el hecho de tratarse de un fundamento jurídico que se ha desarrollado en los ordenamientos anglosajones durante más de siete siglos, a través de la constante interpretación jurisprudencial y de la no menos trascendente elaboración doctrinal.

En general, y respecto del ordenamiento jurídico de los Estados Unidos de América considerado en su globalidad, el principio del *Due Process of Law* es una institución procedente del Derecho medieval inglés, que fue recibida y redefinida por la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica y, posteriormente, incesantemente interpretada por los tribunales, que le confieren la indiscutida consideración de básico. Su vigencia impone directamente el deber de ajustarse a él a todos los sujetos (personas físicas o jurídicas, de naturaleza pública o privada), y en todas las actuaciones que afecten a los derechos a los que la Constitución otorga la máxima consideración, que no son otros que la vida, la libertad y la propiedad. Y ello tanto en manifestaciones de derecho material (*Due Process of Law* sustantivo, *v. gr.* en caso de expropiación) como en manifestaciones jurisdiccionales del derecho (*Due Process of Law* procesal, *v. gr.* derecho a la asistencia letrada), que correlativamente otorga a todos los sujetos determinados derechos

fundamentales que son directamente exigibles con respecto a aquellas materias.

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

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

El principio cumple dos funciones principales: Proteger al ciudadano y servir de acomodo al régimen garantista:

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 los Estados Unidos de América bajo el *Due Process of Law* es proceder criminalmente contra una persona que está protegida por el Estado frente al propio Gobierno, de manera tal que este principio le otorga la tutela más amplia posible, en función de los avances de la Jurisprudencia, frente a excesos o actuaciones indebidas de la Policía o de la Fiscalía, es decir, de las autoridades públicas de persecución, que son en definitiva el Gobierno, en la investigación del crimen y su posterior acusación, a efectos de conseguir un equilibrio procesal, un juicio equitativo, un proceso ajustado a la ley, sin oscurantismos, ni sorpresas, ni pruebas prohibidas, ni 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.

b) 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 concretas, hayan sido formulados o

no expresamente por la Constitución, estén o no desarrollados por una ley ordinaria o por la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal de los Estados Unidos de América.

Por eso, el principio del *Due Process of Law* debería y debe ser equivalente al principio europeo continental del derecho al proceso con todas las garantías, porque en él se concentran todas, y todas ellas se tienen que cumplir para que el proceso se desarrolle correctamente.

2. La regla “Fairness”

El principio del proceso debido tampoco basta para explicar las esencias del sistema, porque es preciso conocer los límites en los que ésta, 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*,⁶ que se compone en su aplicación procesal en la necesidad de proceder y juzgar de manera justa, así como en la necesidad de imparcialidad del juzgador.

En efecto y en esta línea, la exigencia básica del proceso legalmente debido es la equidad procesal (*Fairness*). Si *Due Process of Law* era el motor, la *Fairness* es la gasolina que necesita para funcionar.

Ni la Constitución USA, ni la *Bill of Rights* se refieren a *Fairness*. A la vista de las traducciones legales del término en francés por “equitable” o “juste”, en italiano “giusto”, o en español “justo” o “limpio” (los alemanes no han traducido el término, sólo lo han germanizado, *fairen Verfahren*), 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

⁶ La traducción al español de *Fairness* es de las más difíciles en el mundo del Derecho. Como adjetivo es bastante comprensible dependiendo del contexto (limpio, justo, imparcial, neutral, equitativo), pero como sustantivo, creemos que la que mejor se corresponde con lo que se quiere expresar es “equidad”, pero no es la equidad romana que sirvió en origen para atenuar el rigor de la ley, consiguiendo una interpretación más elástica y comprensiva que la ley vigente, generalmente por ser ésta muy antigua, acabándose por hacer equivalente de alguna manera equidad a justicia en el caso concreto, por hacerla muy similar a proceso justo (véase Torrent Ruiz, A., *Diccionario de Derecho Romano*, Editorial Edisofer, Madrid, 2005, pp. 90 y 91), sino en el sentido de juicio imparcial, habiéndose procedido con trato razonable e igualitario a las partes, en el que se resuelve conforme a un sentido natural de la Justicia al no existir ley positiva.

decir “justo”, y aplicada al Tribunal, tengamos que decir “imparcial”, sin captar en ningún caso todo el sentido del término original, pero acercándonos bastante.

El Tribunal Supremo Federal de los Estados Unidos de América ha dicho con toda claridad que la exigencia básica de un *Due Process of Law* es un juicio *Fair*, ante un Tribunal *Fair*. ¿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 concreta, 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. Es decir, obsérvese, los derechos reconocidos en las Enmiendas V y VI, o sea, el *Fair Trial* es en realidad el concepto que recoge prácticamente todas las garantías y derechos del acusado en los Estados Unidos, porque obliga a proceder respetando el principio de igualdad y digamos también que a proceder con buena fe.

Se trata en suma de conjugar equilibradamente mediante esta regla de equidad los grandes derechos (del Estado y del acusado) aplicables en el proceso penal que aparecen concretados, a veces de manera muy detallista, o en las Enmiendas V y VI, o en las diferentes y sucesivas creaciones jurisprudenciales: el derecho del Estado a perseguir y castigar el delito conformado legalmente (que nosotros llamaríamos *ius perseguendi 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 (Administración) o al Gobierno Central (al Ministerio Fiscal), que como entes públicos o administraciones no gozan de ningún derecho procesal de naturaleza constitucional en el proceso penal norteamericano, ni federal, ni estatal. Por eso, la doctrina dice que el proceso penal norteamericano no ofrece las mismas posibilidades a la acusación que a la defensa, ya que la presunción de inocencia favorece la absolución, lo que no deja de ser una paradoja.

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 tenga ninguna vinculación con las partes, ni tampoco interés alguno con el objeto del proceso.

Dado que el concepto de imparcialidad como garantía de la independencia es el mismo que en Europa, aunque sus manifestaciones concretas puedan diferir, no trataremos más esta cuestión. Pero en América Latina el término imparcialidad es todavía muchas veces el reflejo de un simple deseo, con alguna notable excepción, pues el control político en el nombramiento de los jueces, negando además su inamovilidad, atacan directamente a la independencia, aunque esté consagrada en una ley de carrera judicial, lo que posibilita en definitiva su parcialidad. En estos países por tanto, el principio acusatorio difícilmente puede contribuir a la imparcialidad, si el propio sistema permite tantas y tan graves fallas.

Hasta aquí lo que el sistema tiene de bueno, con las críticas que he formulado. Éste es el sistema en el que se ha fijado México para dar un giro hacia el progreso jurídico. Ha hecho lo mismo que casi todos los demás países de América Latina (no así en Europa), en donde los Estados Unidos de América son menos modelo, prefiriéndose una evolución de las esencias propias, siendo el mejor ejemplo de ello, como

casi siempre, Alemania que ha rechazado ser un país de sistema adversarial, para seguir siendo un país alemán, mejor y más evolucionado, pero con sistema propio.

Yo espero de verdad que en México se hayan salvaguardado las esencias propias nacionales que han funcionado hasta ahora, lo cual no debe entenderse en ningún caso como una lanza a favor de la vuelta al sistema inquisitivo, en absoluto. Lo que deseo es que se haya conservado lo bueno existente para que el resultado final no sea una burda copia de un sistema extranjero.

Para mí, lo más prudente es que, para mejorar, se tomen ciertas partes del modelo mejor, indiscutiblemente hoy el proceso penal federal de los Estados Unidos de América, buscando una evolución propia, interna, acomodada a las raíces históricas mexicanas y a sus antecedentes, 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 México no la tuviera. ¿Por qué? Porque si nos quedáramos en lo que tenemos, aun participando del *Due Process of Law* y de la *Fairness*, no estaríamos todavía a la altura que el calificativo acusatorio (puro) exige conforme al modelo que se ha tomado ya.

Debo por ello llamar la atención, de cara a posibles reformas si ello no se hubiera hecho ya, de quien corresponda para que, sin objetar que se tome como modelo por un país concreto, México en este caso, el sistema acusatorio norteamericano y su proceso penal, si lo ha adoptado al menos, primero, que haya sido una parte y no el todo, y segundo que lo haya “nacionalizado”, que haya mantenido las mejores tradiciones jurídicas mexicanas, las que han funcionado en la práctica correctamente, y si es posible que lo haya aliñado también con aditamentos alemanes, italianos y quizás españoles, las fuentes tradicionales de la excelente doctrina científica mexicana hasta ahora, toda ella formada y doctorada en España, Italia y Alemania.

Finalizo ya. Este código es en mi opinión un paso adelante, no la última palabra. Los comentarios destacan acertadamente sus debilidades y fortalezas, muchas de las cuales son propias del sistema adversarial. Una vez entre el código en vigor completamente, el segundo paso será con esas fundadas opiniones doctrinales y la experiencia práctica que se acumule, reformarlo para que la ciudadanía mexicana progrese y mejore jurídicamente.

Mi mayor agradecimiento a los autores por pensar en este modesto profesor español, que vive en una provincia bastante desconocida en el mundo, pero que por ver el mar todos los días vive en una serena calma, contemplando objetivamente los esfuerzos que se hacen en lo que es su especialidad para mejorar la dignidad de las gentes, la seguridad de sus relaciones y, sobre todo, el castigo del culpable y la absolución del inocente.

Hoy es el Día de la Hispanidad, afortunadamente mejor entendida y con un sentido totalmente distinto al que se pensó cuando se creó la conmemoración hace unos años. No nos une sólo la lengua, nos une algo mucho más valioso, nos une nuestra lucha permanente por la igualdad del ser humano, por la dignidad de las personas y por la práctica de una Justicia verdadera a través del proceso penal. Vale la pena celebrarlo.

Castellón, España, a 12 de octubre de 2014.



*Hasta aquí un fragmento
gratuito de este libro*

Si está interesado en adquirirlo, lo puede comprar en línea
con nuestro distribuidor exclusivo

www.dijuris.com

o bien ponerse en contacto vía telefónica

(0155) 5356 6888

(0155) 5356 6881

(0155) 5356 6891

Para recibir más información
sobre nuestras publicaciones regístrese a
contacto@dijuris.com



www.ubijus.com

Encuentre nuestras publicaciones en:

