

TERESA ARMENTA DEU

SISTEMAS PROCESALES PENALES

**La justicia penal en Europa y América
¿Un camino de ida y vuelta?**

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES

2012

ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
PRESENTACIÓN	9
ABREVIATURAS MÁS UTILIZADAS	17

CAPÍTULO I

LOS DOS PRINCIPALES SISTEMAS, SUS PARES Y DERIVACIONES: ACUSATORIO/ ADVERSATIVO E INQUISITIVO/MIXTO

LOS PRINCIPALES SISTEMAS PROCESALES PENALES	19
I. LA INICIAL DICOTOMÍA: INQUISITIVO-ACUSATORIO: ESENCIA DE AMBAS CONFIGURACIONES Y UNA BRE- VE MIRADA HISTÓRICA	21
II. DESARROLLO HACIA EL SISTEMA INQUISITIVO Y APA- RICIÓN DE LOS SISTEMAS MIXTOS	23
III. SISTEMA ACUSATORIO/ADVERSATIVO	26
1. Modelo anglosajón	26
2. Modelo norteamericano.....	29
3. Notas comunes del sistema adversativo: paridad y contra- dicción como parámetros	33
IV. SISTEMA ACUSATORIO/MIXTO	33
1. Elementos esenciales del sistema acusatorio.....	34
2. Principio acusatorio, principio de contradicción y prohibi- ción de indefensión.....	37

	<u>Pág.</u>
3. El principio de contradicción contenido en España y otros ordenamientos europeos	37
A) El Derecho a conocer de la acusación formulada	37
B) Principio acusatorio, principio de contradicción y congruencia	38
C) La garantía de la contradicción en los ordenamientos procesales penales, alemán, portugués e italiano	40
V. UNA ACLARACIÓN NECESARIA: ADVERSATIVO Y ACUSATORIO, EQUIPARACIÓN IMPRECISA Y CUESTIÓN SEMÁNTICA.....	41
VI. ELEMENTOS DEFINITORIOS Y CRÍTICA DEL SISTEMA ADVERSATIVO.....	44
VII. CRÍTICA Y PRECISIONES EN TORNO A LOS ERRÓNEAMENTE DENOMINADOS SISTEMAS INQUISITIVOS. RECHAZO DE DESCALIFICACIONES APRIORÍSTICAS.....	49
VIII. CONFLUENCIA DE LOS DOS SISTEMAS, ASPECTOS ESENCIALES MÁS ALLÁ DE LOS RÓTULOS	54
1. No existe un sistema puro y la convergencia es inevitable ..	54
2. Un ejemplo de convergencia: los tribunales supranacionales...	56

CAPÍTULO II

CUESTIONES DISCUTIDAS: ELEMENTOS CONVERGENTES Y DIVERGENTES

I. LA FASE PREVIA DEL PROCESO: ALGUNAS CUESTIONES DISCUTIDAS.....	60
1. La fase investigadora hasta el juicio de acusación en los sistemas del <i>common law</i>	61
2. La fase investigadora hasta el juicio de acusación en los sistemas continentales europeos.....	65
3. La instrucción del MF, el juez de garantías y el ejercicio de la acusación.....	72
A) La instrucción del MF y el juez de garantías	72
B) La instrucción del MF y la imparcialidad en el ejercicio de la acusación	75
C) Mecanismo de control del ejercicio de la acusación en los procesos continentales	76
4. Dos ejemplos de Derecho internacional: la Unión Europea y la Corte Penal Internacional.....	77

	Pág.
A) Del <i>Corpus Iuris</i> al Tratado de Lisboa. Las dudas sobre el juez de las libertades	77
B) La Corte Penal Internacional y el ejercicio tutelado de la acción penal.....	80
II. ALGUNAS CUESTIONES EN TORNO A LA PRUEBA	82
1. Prueba anticipada, prueba preconstituida y valor de las diligencias de investigación	82
2. El acusado como fuente de prueba: la confesión del imputado	87
3. Finalidad de la prueba e iniciativa probatoria como elementos diferenciadores de los sistemas	89
A) En general	89
B) Sistema adversativo: la verdad como consecuencia de una pugna entre partes.....	91
C) Sistema mixto: búsqueda de la verdad y posición del juez .	95
D) La incidencia del jurado y sus consecuencias en materia probatoria	99
E) Búsqueda de la verdad y negociación	100
III. LA VÍCTIMA: DEL OLVIDO Y SU REIVINDICACIÓN A LA CRÍTICA COMO OBSTÁCULO PARA LA PERSECUCIÓN	100
1. Resurgir de la víctima, como parte adherida o sujeto de indemnización	101
2. La víctima como parte en la legislación española	105
3. La Unión Europea y la doctrina del TEDH.....	107
A) La Unión Europea: derechos y protecciones	107
B) Doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la víctima	108
C) La víctima en la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la víctima.....	109
4. La polémica: críticas hacia la utilización de la víctima	110
IV. LA ACCIÓN POPULAR Y EL MONOPOLIO OFICIAL EN EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL.....	115
1. La acción popular en el ordenamiento procesal penal español	115
A) Origen y desarrollo	116
B) Acción popular y sistema acusatorio	119
C) Críticas e intentos de redefinir la figura	120
D) Acción popular y principio de oportunidad	122
2. El monopolio oficial en el ejercicio de la acción penal en Europa y el « <i>managerial judging</i> » en EEUU: dos situaciones diferentes y una tendencia común.....	123

	Pág.
A) El ejercicio de la acción penal en la historia y el interés público en el proceso penal.....	124
B) La aparición del « <i>managerial judging</i> » en EEUU ¿manifestación inquisitiva?.....	126
V. LA JUSTICIA NEGOCIADA: DONDE TODOS LOS SISTEMAS CONFLUYEN	128
1. Negociación y sistemas: breve aproximación a su origen	128
2. Argumentos a favor	133
3. Argumentos en contra	135
A) En los países de tradición mixta-continental	135
B) En los Estados Unidos de América	137
4. Situación actual en síntesis	138
5. Algunas cuestiones a ponderar en torno a las fórmulas negociadoras	139
A) La obligatoriedad de ejercer la acción penal y la realización del Derecho penal	140
B) La búsqueda de la verdad	140
C) ¿Es inevitable la negociación?	141
VI. A LA BÚSQUEDA DE LA ACELERACIÓN	142
1. Supresión o limitación de la fase investigadora por flagrancia, por disposición inmediata sobre el sujeto o por la previsible eficacia de las fuentes de prueba	143
A) La flagrancia y la comparecencia inmediata en Francia ..	143
B) El juicio rápido en España	143
C) El proceso sumarísimo y el proceso abreviado en Portugal.....	145
D) El <i>gudizio direttísimo</i> y el <i>gudizio immediato</i> italianos..	147
E) El « <i>beschleunigtes Verfahren</i> » alemán.....	148
F) La instrucción sumarísima, la instrucción sumarísima por conformidad y el proceso sumario en México	148
2. Supresión de la necesidad de enjuiciamiento.....	149
A) El « <i>Strafbefehlsverfahren</i> » alemán	149
B) El procedimiento por decreto italiano	150
C) El proceso sumarísimo portugués	150
D) La omisión de debate en algunos CPP argentinos	151
VII. LA COMPLEMENTARIEDAD DE OTROS MÉTODOS (ADR) Y EL « <i>VANISHING TRIAL</i> »	152

	Pág.
1. Los ADR en EEUU y su propagación universal	152
2. <i>Restaurative justice</i> (unas notas)	156
3. La mediación y la reparación: algunas cuestiones	157
A) Mediación (una breve aproximación)	157
B) La reparación: algunas cuestiones	160
4. <i>The vanishing trial</i> en los Estados Unidos de América	164

CAPÍTULO III

REFORMAS EN EUROPA Y AMÉRICA: EJEMPLOS SIGNIFICATIVOS

INTRODUCCIÓN	167
I. EUROPA: LÍNEAS GENERALES DE LAS REFORMAS	168
1. La opción reformadora más radical: El CPP italiano de 1988 .	170
A) El Ministerio Público en el organigrama de la justicia.....	171
B) Investigación y ejercicio de la acción. La obligatoriedad de la acción penal y la Audiencia Preliminar. La investigación de la defensa	172
C) La posición de la defensa y el ejercicio del derecho de defensa	173
D) Prueba	174
E) Principio de oportunidad	176
F) Tribunal del Jurado	177
2. Ordenamientos reformados parcialmente (1): Generalidades ..	177
3. Ordenamientos reformados parcialmente (2): CPP francés	178
A) El Ministerio Público en el organigrama de la justicia.....	178
B) La instrucción y el ejercicio de la acción penal	179
C) La posición de la defensa y el derecho de defensa	181
D) Prueba	181
E) Principio de oportunidad	183
F) Tribunal del Jurado	184
4. Ordenamientos reformados parcialmente (3): Ley de Enjuiciamiento Criminal española	184
A) El Ministerio Público en el organigrama de la justicia.....	184
B) La instrucción y el ejercicio de la acción penal	185
C) La posición de la defensa y el derecho de defensa	186
D) Prueba	187
E) Principio de oportunidad	190
F) Tribunal del Jurado	192

	Pág.
II. IBEROAMÉRICA: LÍNEAS GENERALES DE LAS REFORMAS	193
1. Ordenamientos reformados recientemente (1): Código Procesal Penal chileno	195
A) El Ministerio Público en el organigrama de la justicia.....	196
B) Investigación y ejercicio de la acción penal	196
C) La posición de la defensa y el derecho de defensa	197
D) Prueba	198
E) Principio de oportunidad.....	200
F) Tribunal del jurado	203
2. Ordenamientos reformados recientemente (2): Código Procesal Penal colombiano	203
A) El Ministerio Fiscal en el organigrama de la justicia	204
B) La instrucción, el juez de garantías y el ejercicio de la acción penal	205
C) La posición de la defensa y el derecho de defensa	207
D) Prueba	208
E) Principio de oportunidad.....	209
F) Tribunal del jurado	211
3. Ordenamientos con reformas en curso (1): Generalidades.....	211
4. Ordenamientos con reformas en curso (2): Argentina.....	212
A) El Ministerio Fiscal en el organigrama de la justicia	212
B) La instrucción, el Juez de Garantías y el ejercicio de la acción penal	213
C) La posición de la defensa y el derecho de defensa	215
D) Prueba	216
E) Principio de oportunidad.....	218
F) Tribunal del jurado	220
5. Ordenamientos con reforma en curso (3): México.....	220
A) El Ministerio Público en el organigrama de la justicia.....	221
B) La investigación y su dirección por el MP o la policía. El juez de control y el ejercicio de la acción penal	221
C) La posición de la defensa y el derecho de defensa	224
D) Prueba	225
E) Principio de oportunidad.....	226
F) Tribunal del jurado	227
6. Ordenamientos con reforma en curso (4): Brasil	227
A) El Ministerio Público y la investigación a cargo de la policía	227

	Pág.
B) La investigación y su dirección por el MP o la policía. El juez de control y el ejercicio de la acción penal	228
C) La posición de la defensa y el derecho de defensa	229
D) Prueba	229
E) Principio de oportunidad	230
F) El Tribunal del jurado	231

CAPÍTULO IV

**LA BÚSQUEDA DE ELEMENTOS
COMUNES: DERECHOS FUNDAMENTALES
Y DOCTRINA DE LOS TRIBUNALES
SUPRANACIONALES**

I. NECESIDAD DE NORMAS COMUNES O COMÚNMENTE RESPETADAS	233
II. LOS DERECHOS HUMANOS Y LA VINCULACIÓN A LAS NORMAS INTERNACIONALES	235
1. En general	235
2. Efecto de su inclusión en las respectivas Constituciones	238
III. LOS DERECHOS HUMANOS FUNDAMENTALES COMO GUÍA EN LA EUROPEIZACIÓN: DERECHOS FUNDAMENTALES Y DERECHO COMUNITARIO	241
IV. TRIBUNALES SUPRANACIONALES: EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y LA INCIDENCIA DE SU DOCTRINA (ALGUNAS CUESTIONES)	247
V. LA JURISDICCIÓN DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD EUROPEA Y DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES NACIONALES (UNA COLISIÓN PREVISIBLE)	251
1. La carencia de una normativa común como justificación	252
2. El papel otorgado al TJ en el marco de la tutela de las garantías fundamentales y el futuro de éstas	253
3. Conflicto entre el TJ y los Tribunales Constitucionales	255
4. Otras colisiones en el marco comunitario	258
VI. EL TRATADO DE LISBOA Y LA NUEVA ARTICULACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL ÁMBITO COMUNITARIO Y NACIONAL: ALGUNAS INCÓGNITAS	261
VII. LOS DERECHOS HUMANOS EN LA CARTA AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y SU INCORPORACIÓN A LOS TEXTOS CONSTITUCIONALES AMERICANOS	263

	<u>Pág.</u>
VIII. LOS PRONUNCIAMIENTOS DE LA CORTE INTERAMERICANA Y SU INCIDENCIA EN LOS TRIBUNALES INTERNOS, ESPECIALMENTE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES (UNA CUESTIÓN DISCUTIDA)	270
IX. DE LA INCIDENCIA DE LA DOCTRINA DE LOS TRIBUNALES INTERNACIONALES Y LA DESCONFIANZA, A LA MAYOR PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS. DERECHOS QUE DEBERÍAN CONTEMPLARSE Y PROBLEMAS QUE HABRÍA QUE SUPERAR	275
REFLEXIÓN FINAL	283
BIBLIOGRAFÍA	291

PRESENTACIÓN¹

Las postrimerías del siglo xx han sido testigo de una auténtica convulsión en el ámbito de la justicia penal. Desde finales de los ochenta en Europa y principios de los noventa en Iberoamérica, la gran mayoría de los códigos procesales penales han sido objeto de reformas totales que han supuesto mayoritariamente un cambio de paradigma en la orientación del modelo procesal. Las razones son múltiples y van desde la legítima búsqueda de un modelo mejor, hasta la innegable influencia de países con mayor peso cultural y/o económico que han ido componiendo un cuerpo de intelectuales formados en sus aulas y una decidida política de agencias internacionales, mayoritariamente norteamericanas, que han efectuado durante décadas inversiones millonarias en países de su ámbito de influencia. Hasta la actualidad, la presión sobre aquellos ordenamientos que tanto en Europa como en Iberoamérica no habían acometido tales reformas actuó como detonante de otras de carácter parcial, tanto en los códigos procesales de España y Francia, como en Argentina y México, en sus diferentes provincias o estados, sin que se haya renunciado a una modificación total en las legislaciones nacionales, como acontece actualmente en Brasil o Uruguay. En todos los códigos reformados, la apelación al «*nomen*» de los sistemas se ha convertido en un clásico, de manera que, con independencia de su carácter parcial o más amplio, todos repiten la consabida apelación a las bondades indiscutibles del sistema acusatorio o adversativo, a

¹ Este trabajo ha sido realizado disfrutando de diversas ayudas a la investigación: I+D «El proceso penal entre Europa y América ¿un camino de ida y vuelta?» SEJ 2007-62248/JURI, Grupo de investigación consolidado: «Cuestiones actuales de Derecho procesal» 2009 (SGR 762), I+D «Las reformas procesales: un análisis comparado de la armonización como convergencia y remisión de los procesos civil y penal» (DER2010-15919, subprograma JURI).

modo de invocación que, sin más explicaciones, cierra cualquier juicio desfavorable en torno a su necesidad, o a sus posibles desventajas. Así, en muchas ocasiones, no sólo se incurre en errores de significado graves sino, lo que es peor, se impide, consciente o inconscientemente, todo juicio crítico sobre la incidencia de la reforma en el conjunto del sistema de justicia, obviando, tanto lo acaecido en otros ordenamientos donde se ha venido aplicando desde hace tiempo, como el conjunto de circunstancias sociales, políticas e institucionales al que se han ido incorporado reformas asimilables, ignorando en definitiva la atinada advertencia que distingue entre «adaptaciones transformativas» y otras que no lo son, y con las primeras, los efectos que en términos propios se describen así: «(...) algunas reformas que incluyen las transferencias de instituciones “adversariales” o “acusatorias” pueden ser asimiladas por los procedimientos del tipo europeo continental sin provocar cambios mayores en la vida del Derecho (...) hay otras reformas que son más bien rebeldes (...) tienen el potencial de producir reacciones en cadena que amenazan los cimientos mismos de la justicia penal que se fundamenta en la imagen de la investigación oficial. (...) Antes de instituirlos (*sic*: los cambios transformadores) los reformadores deben adquirir un grado razonable de confianza sobre si la maquinaria de la justicia está preparada (...). (...) Si éste no es el caso, y aun así los cambios se hacen (...) deben estar preparados para pasar un período de transtornos, aceptarlo como costo necesario del cambio y pensar en medidas para aliviar y superar el dolor resultante»².

En el marco del panorama descrito, este ensayo ofrece un análisis que permite valorar el resultado de los sistemas vigentes y de algunos proyectos existentes, centrándose en los puntos discutidos, las tendencias detectadas y los efectos que puedan acarrear. Un análisis comparado de los aspectos más destacables y que en todo caso deberán ponderarse conjuntamente, oponiéndolos, para alcanzar una valoración global que favorezca la reflexión frente a futuras reformas, sin buscar dirigirlas en una dirección u otra y menos aún ofrecer «recetas», propiciando más bien un panorama contrastado de aquellos temas que han de ser evaluados y equilibrados (*check and balance*). Vaya por delante que no se ha profundizado en cada uno de los múltiples aspectos que se acometen, se deja éste y otros desafíos a la iniciativa y juicio que pueda suscitar en quienes lean las siguientes páginas. Bastaría que al final de las mismas se hubieran alcanzado dos objetivos: «desfacer algunos entuertos» o cuando menos proporcionar datos para concepciones más acuradas en torno a la definición de los sistemas, subsanando algunos errores tan comunes como faltos de fundamento científico y ofrecer una visión clarificadora de las cuestiones objeto de discusión más frecuente,

² M. DAMÁSKA, «Aspectos globales de la reforma del proceso penal», en *Reformas de la Justicia Penal en las Américas*, Fundación para el Debido Proceso Legal, 1999.

para de este modo, alentar el juicio ponderado del conjunto de cuestiones que más allá de los rótulos conforman las líneas definitorias de toda opción. Sin rechazar el ir sentando diferentes tesis, lo que resulta casi inevitable por el número de instituciones y por ser generalmente objeto de posiciones encontradas, no es ésta, sin embargo, su meta principal, y aunque indudablemente abundan las posiciones personales a lo largo del mismo, su desarrollo ha ido pergeñando más bien un núcleo de temas en torno a los sistemas procesales penales y las reformas de modelos, que van desde los más antiguos (no necesariamente los más tradicionales) a los más recientes a un lado y otro del Atlántico o más allá por la eventual proyección directa o indirecta que pudiera tener. En definitiva, se ha querido reunir en un solo ensayo aquellos aspectos que a juicio de quien escribe necesitan ser utilizados con mayor rigor conceptual y perspectiva más global, como la tan manida atribución de carácter acusatorio o inquisitivo al sistema o a concretas instituciones procesales, rechazando utilizaciones maniqueas, tan ineficaces como ocasionalmente interesadas, sin renunciar y, simultáneamente, esclarecer o quizás simplemente recordar un aspecto frecuentemente omitido, cual es, que ningún sistema reúne las esencias de una concepción ortodoxa y que todos son objeto de frecuentes y fundadas diatribas, incluso en torno a una misma institución como es el caso de las soluciones negociadas. Contribuir en definitiva a la discusión, a partir de la selección e ilustración de cuestiones que naturalmente contienen en sí mismas un ámbito de análisis limitado y podrían considerarse insuficientemente tratadas, al suponer un poco de mucho, pero que a cambio ofrecen al lector una visión panorámica y poco transitada, cuando menos con carácter monográfico y desde una sola autoría. Como en un mosaico, la definición de la pieza concreta puede resultar parcial e incluso pequeña, pero la visión general resultante debe o se espera que ofrezca un contraste suficientemente enriquecedor e ilustrativo, que deberá completarse claro está con otras perspectivas, como las relativas a diferentes aspectos orgánicos, el sistema de selección y nombramiento de jueces y fiscales, la ubicación institucional de estos últimos, o el modelo de fuentes, normativas o jurisprudenciales, para cuyo análisis remito al lector a otros trabajos que los acometen con acreditada solvencia.

Sin querer adelantar conclusiones cuyo alcance se justificará a lo largo de la exposición, sí cabe aventurar desde el inicio, que no existen modelos que salvaguarden la ortodoxia de ningún sistema, ni ninguno de los vigentes satisfaría hoy en día por completo las exigencias del «proceso debido». Aseveración que no debe conducir al desánimo y menos aún a una huida del proceso, cuyo altísimo precio es la renuncia a derechos superiores, constitucionales y supranacionales, que constituyen hitos en la lucha por la paz y la justicia a lo largo de toda la historia. Fenómenos como el llamado gráficamente «*vanishing trial*»

son manifestaciones preocupantes de un conjunto de problemas sobre cuyas raíces y consecuencias debe profundizarse urgentemente, en relación precisamente con los conocidos como ADR, que no debieran configurarse como métodos alternativos, en una fácil traducción literal, sino como complementarios del proceso. Al igual que sucede, asimismo, y no en menor medida, con la frecuente invocación al colapso de la justicia y a la necesidad de eficacia, o con la percepción de que donde hay ley pero que no resuelve no hay ley alguna, apelaciones que exigen articular una política criminal coherente y homogénea hacia la adopción de mecanismos aceleradores, pero que no deben conducir a un sistema de justicia penal que deje sin protección a la víctima del delito o no procure los instrumentos necesarios para salvaguardar y restaurar el orden social o la reinserción, pongamos por caso, so pena de originar reacciones y consecuencias más graves que las que pretende resolver. No cabe olvidar que las reformas afectan y deben encajarse en un cuerpo cultural social y culturalmente complejo, heredero de una tradición histórica que incide, y no poco, en el resultado final, como se infiere claramente si se piensa con un poco de detenimiento en la tremenda diferencia que acarrea la arraigada creencia en la legitimación democrática, que fundamenta toda institución en los países del «*common law*», en relación con la figura y función del fiscal en el proceso, por ejemplo, en contraste con la confianza en la legalidad y la seguridad jurídica, que empapa el sentimiento continental europeo, en relación con la negociación, pongamos por caso. En este orden de cuestiones, por citar dos ejemplos españoles que ilustran perfectamente esta idea, los vaivenes en la Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores y la intervención de las víctimas y sus familiares o el largo debate en torno a las restricciones de la acción popular deberían constituir un aviso para el legislador del futuro, al igual que, por acudir a otros ejemplos, consideraciones semejantes podrían derivarse de las anunciadas reformas de la fiscalía propuestas en Italia por el gobierno Berlusconi o las ya alcanzadas en Ecuador, previo *referendum*, restringiendo la independencia judicial.

Con el objetivo señalado y atendiendo ahora a un perspectiva metodológica, he dividido este ensayo en cuatro grandes apartados claramente conectados entre sí, cuyo desarrollo sigue una línea que se inicia con una serie de reflexiones sobre términos habitualmente utilizados de manera mimética, ofreciendo el relato del devenir de cada sistema, su situación actual y las críticas de las que son acreedores, tanto en sus propios países de origen, como desde el exterior, en una auténtica «*cross examination*», y cuyo resultado ofrece un marco favorable para la valoración ecuaníme de los objetivos y resultados, así como de la necesidad de aceptar un marco común de derechos irrenunciables, más allá de los sustantivos. El segundo capítulo se adentra en un análisis de quizás no todos, pero sí una parte significativa de temas que presentan

en común la perspectiva de ser relacionados con la mayor o menor acusatoriedad del sistema y cuyo resultado, puede adelantarse ya, se aleja de eslóganes y posiciones radicales, destacando unos derechos mayoritariamente presentes y otros aspectos más discutibles o rechazables, en atención esencialmente a la valoración que merezca el juego de equilibrios entre eficacia y garantía, cuando no de algunas de las opciones de política legislativa adoptadas: se trata de la fase instructora, su dirección y objetivos, algunas cuestiones relacionadas con la prueba, el papel de la víctima en el proceso, la creciente monopolización del ejercicio de la acción penal, la justicia negociada y los diversos mecanismos aceleradores. Estas cuestiones se repiten parcialmente en el tercer capítulo, desde otro punto de vista, aquél relativo a los países que en Europa y América han actuado como mascarón de proa de las reformas hacia modelos acusatorio/adversativos, a los que se oponen otros que en los mismos continentes han acometido reformas parciales o los que aún se encuentran pendientes de las mismas, con el objetivo en este caso de visualizar líneas de actuación parcialmente semejantes, como son la atribución de la dirección de la investigación al Ministerio Público, la incorporación de la figura del juez de garantías o el máximo desarrollo del principio de oportunidad, y que aun respondiendo a una misma orientación, permiten detectar variaciones y adecuaciones singularizadas en Europa y América, pero también en el seno de los diferentes países de uno y otro continente, sin poder concluir una vez más la consecución de un modelo ni ortodoxo ni homogéneo, ni un éxito incuestionable. Finalmente, con el quinto y último capítulo se busca un postrero punto de vista que facilite la convergencia de los diversos ordenamientos a partir del denominador comúnmente aceptado de los derechos contenidos en las declaraciones internacionales de derechos humanos, en sí mismas, y a través de la doctrina de los tribunales supranacionales que las interpretan, sin dejar de mencionar, para finalizar, los obstáculos que pueden producirse en esta línea de actuación a tenor de la experiencia de los últimos años, fundamentalmente en torno a los conflictos que han protagonizados los tribunales supranacionales y nacionales en su función hermenéutica de los citados derechos. Al final de esta larga exposición, y más allá de superar las divergencias de fondo entre ordenamientos y países —que no es poco— se ofrece un abanico de derechos sobre los que cabe asentar un patrimonio jurídico común, que constituye el fundamento mínimo para toda reforma, y al que deberá adicionarse siempre tener en cuenta las necesarias adaptaciones que provengan del sistema importado y las requeridas por las peculiaridades del ordenamiento receptor o las exigidas para alcanzar las nuevas necesidades de equilibrio surgidas de la citada incorporación. Dos etapas que debe asumir el legislador que quiera incorporar un sistema acusatorio o adversativo, como parece la tendencia general: una primera que explore las ramificaciones que se

originan por importar un sistema ajeno y otra posterior que evalúe lo deseable de los cambios contemplados en términos de las políticas y los valores de los reformadores.

Una breve referencia al subtítulo de este ensayo. A partir del constante flujo de influencias entre América y Europa que ha conformado un auténtico triángulo entre EEUU, Europa e Iberoamérica, cabe destacar que los EEUU han absorbido bien poco de los otros dos focos, suscitando únicamente la atención de algunos comparatistas, y en función preponderante de la condena de algún tribunal supranacional, circunstancia que sirve para reconocer, de un lado, el escaso conocimiento que se tiene de los sistemas mixtos, y de otro lado, que aun tras un análisis más serio de aquéllos, se desaconseje la incorporación de institutos procesales propios del sistema mixto, por el desajuste que comportarían en un sistema tan esencialmente diverso, pese a las constatadas necesidades de armonización derivadas de la justicia supranacional y de la globalización. Por su parte, en las otras direcciones, aunque en un primer momento pareciera que el efecto es justo el contrario, acogiendo con entusiasmo y casi acriticamente el modelo de EEUU, esta impresión tampoco es exacta, por dos motivos. En primer lugar, porque ningún país ha importado el modelo adversativo norteamericano *in totum*, si es que puede hablarse realmente de un «modelo» desde el punto de vista de su aplicación práctica. Y en segundo lugar, porque los diferentes países han ido desarrollando las necesarias adaptaciones transformativas configurando muchas modalidades, en las que si bien se perciben líneas maestras comunes no configuran perfiles realmente homogéneos, ni en Iberoamérica donde se habla más de fragmentación que de «americanización» o «adversativización», y menos aún en Europa, como ponen de relieve los ejemplos italiano y portugués.

No quiero concluir esta presentación sin abrir un amplio apartado de agradecimientos a las muchas personas de cuya valiosísima colaboración personal me siento tributaria. En primer lugar a quienes fueron decisivos para mi formación inicial en España, profesores Carreras y de la Oliva y en Alemania, profesor Roxin. También a otros que con el paso de los años han compartido seminarios, congresos y otros foros de debate o grupos de investigación y con cuyo intercambio, éste ensayo y yo misma se han enriquecido notablemente, profesores: Damaska (Yale University), Robert Bennet, Robert P Burns y Ronald J. Allen (Northwestern University, Chicago), Alejandro M. Garro (Columbia University, NYC), Janet Walker (Osgoode University, Toronto), Edgardo Donna, Julio Maier y Ángela Ledesma (Universidad de Buenos Aires), Carlos Ernst (Procuraduría Nacional, Argentina), Eduardo Oteiza (Universidad de la Plata), Sabinne Gless (Juristische Fakultät der Universität Basel) B.Schünemann y Klaus Volk (Universität München), Richard Vogler (University of Sussex), Paolo Tonini

(Università Firenze), Michele Taruffo (Universidad de Pavia), Oscar G. Chase (New York University), Luca Marafioti, (Roma III), Dardo Preza (Tribunal Superior Montevideo), Ada Pellegrini y Antonio Magalhães, Universidad de S.Paolo, Petronio Calmon y Luis Lanfredi (Magistrados, Brasil), Ramiro García (Ecuador), Anibal Quiroga (Universidad Católica, Lima), J. Montero Aroca y Pía Calderón (Universidad de Valencia), Fernando Gascón, Ignacio Diez-Picazo, Julio Banacloche, Lorena Bachmaier, Marien Aguilera, Pilar Peiteado y M^a Luisa Villamarin, (Universidad Complutense), Victoria Berzosa (Universidad de Barcelona), Jaime Vegas (Universidad Juan Carlos I), Fernando Jimenez Conde (Universidad de Murcia), Julio Muerza (Universidad Navarra), Eduardo Torres-Dulce y Jesús Tirado (Fiscals ante el Tribunal Constitucional español), Luis María Diez-Picazo (Tribunal Supremo), Ángel Juanes (Audiencia Nacional), Sergio García Ramirez (CPI) y José Ovalle (investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM), Jairo Parra (profesor de la Universidad Externado, Colombia), Raul Tavorari (Chile), María Ines Holrvitz (Universidad de Chile), Maria Felix Tena (Magistrada, Cáceres), Anna María Mengual (Tribunal Europeo de Derechos Humanos), María Conceçao Valdagua (Universidad Lisboa), Jorge Costa (Tribunal Constitucional, Portugal) y otros imposibles de citar aquí pero que figuran en mi memoria con idéntico sentido de gratitud. Es de justicia, además, expresar mi reconocimiento a los profesores Antonio Scarance (Universidade de São Paulo), Daniel Pastor (Universidad de Buenos Aires), Eugenio Sarrabayrouse (UCES-UTN), Cecilia Incardona (Fiscalía Tierra del Fuego) Raúl Núñez (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso) Diana Ramírez (Universidad de Medellín), Luca Luparia (Università Degli Studi di Milano) y Raphaële Parizot (Université de Poitier) por responder a un cuestionario que constituyó la base fundamental para redactar los contenidos de los correspondientes países que se incluyen en el capítulo III. Y, finalmente, a quienes en primera línea han colaborado conmigo, en temas concretos de este ensayo o mediante otros apoyos de diversa índole, mi magnífico equipo del «Centro de estudios avanzados del proceso y de la justicia» (ceapj) de la Universidad de Girona, los profesores Guillermo Ormazabal, Cristina Salas, Susana Oromí, y Silvia Pereira.

Cerrada la edición se ha presentado sorpresivamente un Proyecto de Ley para la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española, que no será tramitado, pero que se une en todo caso a otras iniciativas uruguaya, brasileña, mexicana y argentina, añadiendo, por si fuera necesario, más razones para publicar esta llamada a la reflexión ponderada que debe preceder a una reforma de tan honda repercusión jurídica y social.

Barcelona-Girona. Octubre de 2011

Teresa ARMENTA DEU

CAPÍTULO I

LOS DOS PRINCIPALES SISTEMAS, SUS PARES Y DERIVACIONES: ACUSATORIO/ADVERSATIVO E INQUISITIVO/MIXTO

El capítulo que se inicia pretende fijar los límites y con ellos la auténtica naturaleza de los llamados sistemas acusatorio e inquisitivo, pero también adversativo y mixto, para determinar lo que son y lo que no son a partir del contraste entre unos y otros. No tanto por una mera cuestión terminológica o un afán pedagógico, cuanto por impedir un uso distorsionado y descalificador de los mismos, o simplemente su mera apelación indistinta, irreflexiva y sin mayor argumento que su supuesto significado. El itinerario que se sugiere parte de un breve pero aleccionador recorrido de sus respectivos orígenes históricos y de su evolución, ofreciendo asimismo voz a quienes en la actualidad mejor conocen sus efectos en diversos países.

LOS PRINCIPALES SISTEMAS PROCESALES PENALES

Comparto inicialmente las atinadas palabras de algún comparatista cuando destaca la asombrosa diversidad de sistemas en las diferentes combinaciones de sus elementos más o menos comúnmente aceptados¹.

¹ M. DAMÁSKA, *Las caras de la justicia y el poder del Estado (Análisis comparado del proceso legal)*, jurídica de Chile, 2000, p. 13. Sólo el significado básico de la oposición permanece razonablemente cierto. El *modelo procesal adversativo* surge a partir de una contienda o disputa: se desarrolla como el compromiso de dos adversarios ante un juez relativamente pasivo, cuyo de-

Y lo que es más determinante, el alto número de reflexiones existentes al respecto, en las que curiosamente las conclusiones difieren o incluso se oponen frontalmente al menos con arreglo a los parámetros utilizados con mayor frecuencia, singularmente, mediante la oposición de los pares: sistemas adversativo/inquisitivo y sistemas acusatorio/inquisitivo. La confusión reinante proviene de factores como la escasa claridad de los criterios utilizados para incluir rasgos específicos de uno u otro, cuando no de su inestabilidad o de la falta de acuerdo sobre el significado de las categorías utilizadas. La incidencia de variables como la actitud hacia la autoridad del estado y otros agentes políticos, sociales, históricos, culturales o teleológicos conduce inexorablemente a abandonar valoraciones radicales, como enseña la perspectiva histórica, que pese a ser la más trabajada, justifica ampliamente la siguiente referencia por su alto valor aleccionador.

Es muy probable que la inicial dicotomía inquisitivo-acusatorio haya agotado su utilidad y que las categorías implicadas deban ser objeto de un necesario acuerdo en cuanto a su significado. Es asimismo posible que cuando se habla de «proceso inquisitivo» se está traicionando el término «proceso» en su acepción más simple². Y no resulta desdeñable que el uso de muchas de estas categorías, singularmente, *principio, sistema o modelo acusatorio* (que todos se usan indistintamente) hayan sido manipulados consciente o inconscientemente con ánimo interesado o simplemente con falta de rigor suficiente. Pero no es menos cierto que muchas de las características atribuidas generalmente al sistema acusatorio son reconocibles en todos los procesos de las sociedades democráticas actuales, así como que con las variaciones que procedan de unas u otras opciones debe admitirse un patrimonio común que se asienta en los respectivos códigos procesales penales, más aún a partir de los convenios internacionales sobre derechos humanos y la proclamación universal de las garantías mínimas del ciudadano frente a la administración de justicia penal. Ambos constituyen un acervo común que comprendería la publicidad del juicio oral, la contradicción en las alegaciones y en la práctica de la prueba, el derecho inviolable a la defensa, la imparcialidad del juez y la presunción de inocencia, cuyo respeto constreñiría notablemente las posibles divergencias entre sistemas. Un elenco de principios y derechos, en definitiva, cuya salva-

ber primordial es dictar un veredicto. El *modelo procesal no-adversativo* está estructurado como investigación oficial. En el primero los dos adversarios se hacen cargo de la acción judicial. En el segundo la mayor parte de las acciones son llevadas a cabo por los funcionarios encargados de administrar justicia. Mas allá de este significado esencial, comienzan las incertidumbres.

² MONTERO, el sistema inquisitivo ha significado en rigor una pura persecución penal disfrazada bajo la vestidura del proceso. E. GÓMEZ-ORBANEJA, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, II, Bosch, 1947, p. 165.

guarda sería el mínimo común denominador para un «proceso justo»³. Difícilmente encontraremos hoy en día un modelo acusatorio, adversativo o inquisitivo puro, como tampoco un modelo mixto realmente homologable. El importante número de derechos y garantías y por ende de combinaciones posibles dibuja un abanico tan amplio de sistemas resultantes que hay que referirse a los citados mínimos propios de un proceso justo, partiendo inexorablemente de una conclusión previa: salvado el repetido elenco de mínimos, la valoración del resultado dependerá esencialmente del juego de pesos y contrapesos, del equilibrio, en resumen, de los principios y derechos elegidos. Principios, que ya se adelanta, generalmente se reconocen como referencia en las declaraciones internacionales de derechos humanos y la jurisprudencia de sus órganos interpretativos, al constituir un ejemplo recurrente de consenso internacional a la hora de fijar el reiterado elenco. En esa dirección, una última cuestión debe ser evitada a toda costa, que el cúmulo de distorsiones derivado del error, la ignorancia o el análisis interesado acarree la pérdida de significado de unas categorías que han servido a lo largo de la historia de faro de las garantías procesales. Consecuencia, que conviene no olvidar, también puede originarse por el hecho de atribuirles más de lo que significan, diluyendo sus notas definitorias y dejando de resultar reconocibles, despertando demasiadas esperanzas lo que suele conducir a la frustración. Contribuir a que no suceda es una de las finalidades de este primer capítulo, y, en general, de este ensayo en su totalidad.

I. LA INICIAL DICOTOMÍA: INQUISITIVO-ACUSATORIO: ESENCIA DE AMBAS CONFIGURACIONES Y UNA BREVE MIRADA HISTÓRICA

Se ha escrito mucho sobre el devenir histórico de los sistemas procesales. Tanto que las siguientes líneas se ceñirán a sentar las bases de aquellas cuestiones cuyo significado es fundamental para constituir el soporte comúnmente aceptado de un proceso justo, como presupuesto básico para un razonamiento válido y eficaz. En una primera aproximación, cuando menos útil, se admite la existencia de dos grandes sistemas a la hora de «diseñar» o «construir» el proceso penal: el sistema acusatorio y el sistema inquisitivo, cuyas notas más significativas pueden resumirse como sigue. El sistema acusatorio se caracteriza por exigir una configuración tripartita del proceso, con un acusador, un acusado y un tribunal imparcial que juzga y cuyo objetivo es garantizar la

³ G. ILLUMINATI, «El sistema acusatorio en Italia», en AAVV, *Proceso penal y sistemas acusatorios*, Marcial Pons, 2008, p. 146. T. ARMENTA DEU, «La reforma del proceso penal: principios irrenunciables y opciones de política criminal», en *Poder Judicial*, núm. 58, 2000, pp. 261 a 297.

imparcialidad aunque pueda peligrar la persecución o al menos quedar sometida a variaciones por efecto del ejercicio de la discrecionalidad. El sistema inquisitivo, por su parte, permite aunar la función acusadora y enjuiciadora en un solo sujeto, eliminando la necesidad de que exista un acusador para poder juzgar, quedando tal función asumida por el órgano enjuiciador. El objetivo, en este último caso, es garantizar la persecución de los delitos aun a costa de sacrificar en esa configuración primigenia la imparcialidad. El llamado «sistema acusatorio formal o sistema mixto», combina elementos característicos de los dos anteriores mediante la incorporación del fiscal al proceso, que se justifica, no obstante, de manera plena en atención a asegurar la persecución penal y con ello la realización del Derecho penal, por una parte, y por otra, a garantizar la separación de las funciones acusadora y juzgadora. En tal dirección el sistema de monopolio permite un mayor control del ejercicio de la acusación, es cierto, pero abre serias dudas sobre la imparcialidad en el ejercicio de la acusación. Por su parte, mediante una aleccionadora vista atrás, el *sistema acusatorio*, muestra cómo en su concepción originaria, obedecía a una casi total asimilación entre el Derecho penal y el Derecho civil, en el que la *compositio* ocupaba el lugar de la pena y constituía un derecho subjetivo atribuido al particular, imagen que es importante retener pues no resultaría extraña hoy en día si la comparamos con el sistema adversativo⁴. Destacan en este modelo las siguientes notas características: el juez no puede proceder *ex officio*, ya que para iniciar el proceso, necesita de una acusación, el acusador investiga, determina el hecho y el sujeto, aporta el material y consecuentemente marca los límites de enjuiciamiento del juzgador (congruencia), el proceso está informado por los principios de dualidad, contradicción e igualdad, la valoración de la prueba es libre sin que aspire a establecer un concepto objetivo de verdad y, finalmente, el sistema se sustenta en la justicia popular y por ende impera la instancia única. La vigencia del sistema descrito puso de manifiesto ya en su configuración originaria algunos defectos, como no garantizar la igualdad cuando los sujetos pertenecían a estamentos diferentes social y económicamente, pero sobre todo, de forma paralela al distanciamiento entre el Derecho penal y el Derecho civil, una quiebra fundamental al abocar irremediablemente a la falta de realización de un Derecho penal creciente que iba asumiendo el Estado. Situación paradójicamente similar a la que se deduce del actual dominio de las tendencias adversativas y que pudiera derivarse también a consecuencia de la mayor o menor

⁴ Tanto en Grecia, donde el sistema era realmente acusatorio ya que los ciudadanos ejercitaban la acción y arrostraban las cargas de la investigación y ejercicio, cuanto en Roma, especialmente en la época de la República y posteriormente como se deduce de la mención de Tácito en el capítulo 21 de su obra *Germania*, «de la *compositio*» (multa en calidad de pena o indemnización). K. AMBOS, en AAVV, *Proceso penal y sistemas acusatorios*, BACHMAIER (coord.), pp. 50 y ss.

convergencia entre el proceso civil y el proceso penal, como fácilmente puede entrecerse a partir del notable incremento de los mecanismos compositivos en el proceso penal, pese a que al final resulten asumidos como mal menor⁵. Frente a esta situación y a medida que el Derecho penal pasa del terreno privado al público, el propio Estado a través de la figura del juez va asumiendo la función acusadora, incorporando así una de las principales características del *sistema inquisitivo*⁶. Otras pueden enumerarse como sigue: el Estado procede de oficio a la hora de abrir el proceso penal, sin necesidad de que deba solicitárselo un particular, siendo el mismo órgano quien desarrolla la doble función de acusar y de juzgar (desapareciendo la figura del ciudadano-acusador), el propio juez investiga, delimita el ámbito de lo que ha de ser enjuiciado y marca los límites de su propia congruencia, el proceso que se configura no es dual, ni contradictorio, lo que debilita las posibilidades de defensa cuando no las elimina, en tanto la valoración de la prueba se establece por ley y se dirige rectamente a buscar la verdad, y, finalmente, desaparecen los tribunales populares, especializándose la función de juzgar e instaurándose una segunda instancia. Sin perjuicio de que la configuración resultante no se corresponda con la tradicional de proceso como *actus trium personarum*, sí lo hace con un modo de entender la justicia penal en su conjunto, orgánico, material y procesal, y de este modo con un *sistema procesal*⁷. Ocurre que como veremos, quizás el *par* correcto para el contraste no sería acusatorio-inquisitivo, sino adversarial-inquisitivo⁸.

II. DESARROLLO HACIA EL SISTEMA INQUISITIVO Y APARICIÓN DE LOS SISTEMAS MIXTOS

Al ir apareciendo los delitos públicos y paralelamente al desarrollo de las ciudades, el Derecho penal se va separando del civil y se refuerza progresivamente el poder público. La sociedad no se desentiende de la persecución, pero ésta no existe si no hay acusador, quien con

⁵ D. SKALANSKY, «Anti-inquisitorialism», *Harvard Law Review*, 122, 1684, 2008, p. 1688.

⁶ Ya en Roma en la época del Imperio, el proceso puede iniciarse de oficio (*cognitio*) en los casos de delitos graves (incendios, robos, etc.). Pero significativamente en el proceso germánico y en el canónico a partir del siglo XII, en el que ya no es imprescindible la querrela de un particular, sino que basta la mera presentación de una denuncia o un rumor extendido, servía para abrir la *inquisitio* al objeto de averiguar la verdad material. W. TRUSEN, «Der Inquisitionprozess», en *Gelehrtes Recht in Mittelalter und in der frühen Neuzeit*, 1997, pp. 81, 87 y ss y 142.

⁷ J. MONTERO AROCA, *Principios del proceso penal (Una explicación basada en la razón)*, Tirant lo Blanch (Alternativa), 1997, p. 29.

⁸ Así lo opone M. DAMÁSKA, *Las caras de la justicia y el poder del estado (Análisis comparado del proceso legal)*, Jurídica de Chile, 2000, pp. 12 y ss., refiriendo que en el siglo XII se usaba esta dicotomía para distinguir un proceso que requería el impulso de una parte para ponerse en marcha (*processus per accusationem*), de un proceso que podía iniciarse en su ausencia (*processus per inquisitionem*).

la iniciativa acepta la responsabilidad, lo que conduce a la aparición del *Fiskalat*, un funcionario especial directamente sometido al señor feudal⁹. Al tomar para sí el derecho de penar, el Estado debía destacar el deber implícito en ese derecho, sintiendo como una carga la función de infligir la pena y tendiendo a reforzar en su propio interés la exigencia del proceso, establecida originariamente en favor del delincuente. Se abría paso una nueva configuración de la pena, cuya finalidad pasaba de satisfacción del derecho de venganza a disuadir y en su caso rehabilitar al delincuente¹⁰. En cuanto a la configuración del proceso, la posición del Estado como juez que dirime imparcialmente una contienda entre partes, tuvo que adaptarse, de un tiempo en el que el juicio tenía como objeto una relación en que el propio Estado no estaba implicado, a una construcción artificial, en virtud de la cual, la incorporación de un órgano como el Ministerio Fiscal permitió salvaguardar la imparcialidad judicial encomendando la acusación y el enjuiciamiento a sujetos diferentes y preservando de este modo el sistema acusatorio¹¹. El proceso de la Edad Media transita hacia un modelo más oficialista, informado por la convicción de que sólo quien hubiese cometido un delito debía ser juzgado, fuera cual fuera la intención y voluntad de la víctima y en el que las dificultades probatorias orientadas a la búsqueda de la verdad no eluden la tortura, procurando la confesión como *prueba reina* en un régimen de prueba tasada, sin que ello signifique, empero, que la tortura resulte consustancial a un modelo inquisitivo¹². Este proceso inquisitivo basado en la oficialidad se implanta en las constituciones de Melfi (proyecto de codificación del Derecho público y penal en Sicilia) y posteriormente en la *Constitutio Criminalis Carolina (CCC)* de 1532, si bien también ahí se recogía el clásico proceso acusatorio privado¹³. Resumiendo, el proceso inquisitivo se desarrolla unido a la aparición del Estado y a la necesidad de fortalecer la seguridad jurídica y la eficacia de la justicia penal, donde la pena no satisfará intereses particulares de venganza sino disuasorios o en su caso de rehabilitación, resultando determinante en todo caso no dejar a la discrecionalidad privada el ejercicio de la querrela y con ella de la persecución de los delitos¹⁴. Más allá de otras

⁹ SCHDMIDT, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtsplege*, 3.ª ed, 1965, p. 180.

¹⁰ E. SCHDMIDT, *op. cit.*, p. 207.

¹¹ E. GÓMEZ-ORBANEJA, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, II, Bosch, 1947, pp. 163-165.

¹² G. ILLUMINATI, «El sistema acusatorio en Italia», en AAVV, *Proceso penal y sistemas acusatorios*, Marcial Pons, 2008, pp. 138 y ss.

¹³ K. AMBOS, «El principio acusatorio y el proceso acusatorio: un intento de comprender su significado actual desde la perspectiva histórica», en AAVV, L. BACHMAIER WINTER (COORD.), *Proceso penal y sistemas acusatorios*, *op. cit.*, p. 59.

¹⁴ E. SCHDMIDT, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtsplege*, 3.ª ed., 1965, p. 207.

consideraciones que se recogen seguidamente, el proceso inquisitivo puso de relieve un alto grado de eficacia de lo que hoy calificaríamos como prevención general¹⁵, sin olvidar que los procesos inquisitivo y acusatorio existieron simultáneamente e incluso se confundieron acogiéndose instituciones de uno y otro hasta configurar una suerte de sistema mixto, que se corresponde con el tránsito político de los sistemas, en la medida en que un Estado intervencionista se acomoda mejor a una configuración oficialista, en tanto otra liberal encaja perfectamente en un modelo adversativo¹⁶. En efecto, el avance del *sistema mixto*, también llamado *acusatorio formal*, corre paralelo a la influencia de las ideas de la Ilustración sobre los Códigos napoleónicos, persiguiendo aunar las ventajas de los dos sistemas anteriores y desechar sus defectos. Tras la Revolución francesa, donde se adoptó un modelo basado en una amplia participación ciudadana a través del jurado popular (1789 y 1792), el Código de 1795 restablece la instrucción escrita y secreta, eliminando el carácter electivo del acusador público¹⁷, hasta el *Code d'Instruction criminelle* de 1808, que figura como el arquetipo de los códigos procesales penales continentales de los siglos XVIII y XIX. Abolido el jurado de acusación, la instrucción se encomienda al juez instructor mediante un procedimiento escrito y secreto, de cuyo resultado, cuando permite deducir fundamento para acusar, se da traslado al procurador general, quien dirige su requisitoria a la *chambre d'accusation*, donde se decide cuándo someter al imputado al tribunal del jurado (*Cour d'Assises*). Es en este punto donde aparece el contradictorio, designando abogado y permitiendo su acceso al *dossier*, y con ello a la publicidad y la oralidad¹⁸. A partir de ahí, la creación o incorporación de un órgano público acusador diferencia las funciones acusadoras y enjuiciadoras y asume la idea, característica del sistema inquisitivo, conforme a la cual, la investigación y la persecución de los delitos representa una función pública no abandonada a la iniciativa de los particulares, pero, al mismo tiempo, acoge aquella otra, propia del sistema acusatorio, con arreglo a la cual, la función de acusar no puede ser un cometido atribuido al juez ya que éste no puede tener facultades legislativas directas o indirectas. Evolución paralela, ahora desde el otro punto de vista, correspondiente a la libre valoración de la prueba, que al eliminar las reglas de valoración tasadas iba conduciendo a la

¹⁵ Tanto la acusación como los actos de inquisición son escritos, la declaración de los testigos ante el juez es secreta y el acusado sólo puede estar presente en el momento del juramento. Los autos de instrucción son hechos públicos, trasladándose a la defensa que dispone de un breve plazo para excepcionar. Finalmente el juez, sin juicio público, pronuncia su decisión. G. ILLUMINATI, «El sistema acusatorio en Italia», en AAVV, *Proceso penal y sistemas acusatorios*, Marcial Pons, 2008, p. 140.

¹⁶ M. DAMÁSKA, *Las caras de la justicia y el poder del Estado (Análisis comparado del proceso legal)*, Jurídica de Chile, 2000, pp. 311 y ss.

¹⁷ M. NOBILI, *Il principio del libero convincimento del giudice*, Milano, 1974, p. 147.

¹⁸ F. CORDERO, *Procedura penale*, 7.^a ed., Milano, 2003, pp. 66 y ss.

inutilidad —al menos desde esta perspectiva— de la tortura, aunque deba reconocerse que el sistema incorporado en el *Code d’Instruction criminelle* de 1808, pese a no permitir la lectura de las diligencias de instrucción, no las sancionaba con la nulidad, circunstancia, que unido a que el juez conocía el contenido del *dossier* y podía informar del mismo a los miembros del jurado, contribuía inexorablemente al valor determinante de lo actuado en la instrucción. Todo sumado, no obstante, y en una primera valoración de urgencia, debe recordarse que frente a las críticas hacia el sistema, centradas en el secreto de la instrucción, la utilización de la tortura y los poderes omnímodos del juez, los logros y avances del sistema no fueron pocos, entre ellos destacadamente: la igualdad en la persecución penal, la búsqueda de la verdad fáctica y la identificación del autor de los hechos, así como la protección del acusado a través de la reglamentación del proceso¹⁹.

III. SISTEMA ACUSATORIO/ADVERSATIVO

1. MODELO ANGLOSAJÓN

Abanderado del modelo adversativo se estructura como una disputa entre partes, acusador y acusado, desarrollada ante un tercero, donde el juez actúa de manera pasiva. Un proceso penal en el que las partes son dueñas de la contienda y deben impulsar el proceso con su actividad²⁰. El modelo anglosajón hunde sus raíces en el jurado convocado por los jueces reales para expresar la voz rural. Esta primitiva configuración anglosajona conjugó la investigación informal de funcionarios legos temporales y la resolución por un jurado popular²¹. La jurisdicción de los jueces de paz, por su parte, constituye en Inglaterra una manera de justicia penal con amplio poder investigador y nula revisión de su actividad. De hecho, revelaban lo que se ha calificado como un estilo *inquisitivo* «*paritario*» que se vio reproducido a través del «Gran Jurado»²². El jurado compuesto por legos, investigaba y denunciaba ante el juez real, quien periódicamente visitaba las provincias²³, y llevaba a cabo investigaciones amplias que debían conducir a la existencia de una acusación, en tanto el juicio estaba sometido a la precondition

¹⁹ K. AMBOS, *op. cit.*, p. 64.

²⁰ Esa es la esencia a juicio de un buen conocedor, quien advierte que la etiqueta adversarial-inquisitivo sólo tiene sentido actualmente en éste su significado básico. Vid. M. DAMÁSKA, *Las caras de la justicia y el poder del estado (Análisis comparado del proceso legal)*, Jurídica de Chile, 2000, *op. cit.*, p. 13.

²¹ S. WEBB y B. WEBB, *English local government: The parish and the county*, vol. I, 1906, pp. 294-304 y 319-446.

²² Así se expresa el juez Scalia del TS en *mcNeill vs. Wisconsin* [501, US 717, 181 (1991)].

²³ J. P. DAWSON, *A History of Lay Judges*, Cambridge Mass, 1960, p. 121.

de la declaración de inocencia²⁴. Abolidos la *Star Chamber* y la *High Commission* y condenados sus jueces por haber obligado a autoincriminarse antes de que existiera una sospecha o indicios concretos, hasta comienzos del siglo XIX no se crea en Inglaterra una figura semejante —aunque no igual— al fiscal, lo que supone que hasta entonces la víctima se enfrentaba al acusado en un plano de igualdad. Como el acusado no era testigo y no podía ser examinado bajo juramento, era utilizado como recurso testimonial y sometido a interrogatorio judicial. Ni la averiguación de los hechos ni la obtención de la prueba se atribuía a un órgano estatal, ni existía un proceso secreto, ni un órgano acusador a quien se encomendara el ejercicio de la acción penal²⁵. Actualmente en Gran Bretaña la policía lleva todo el peso de la investigación, lo que permite cernir dudas sobre la efectiva separación entre investigación y acusación²⁶. Organizada localmente, goza de independencia funcional y disfruta de un amplio margen de libertad de criterio acerca de cuando y como iniciar el proceso penal, reforzado por la «*caution*» y el «*guilty plea*»²⁷. La acusación es en nombre de la Corona, generalmente de la policía, y también, si así lo requiere, del *Attorney General*, del *Director of Public Prosecutions* o de la *Crown Prosecution Service*²⁸. El control para verificar la admisibilidad de la acción penal se realiza a partir de la intervención del propio *Crown Prosecution Service*, correspondiendo al juez comprobar la existencia de elementos suficientes para proceder, así como que la actividad policial ha sido legal²⁹. El juicio de acusa-

²⁴ Pese a la investigación somera y poco profesional sobre los hechos, el sistema estaba preparado para imponer —sin juicio— los castigos más serios tolerados, salvo que por contestación a los cargos, el acusado insistiera en explicar las razones de la acusación supuestamente equivocada, J. LANGBEIN, «Shaping the eighteenth-century criminal trial: A view from the Ryder sources», *U.Chi.L.Rev.*, 1, 123, 133, 1983, citado por DAMÁSKA, *Las caras de la justicia...*, *op. cit.*, p. 394.

²⁵ J. H. LANGBEIN, *The Origins of Adversary Criminal*, Oxford, 2003, pp. 11-15.

²⁶ Como se cuestiona L. M. DIEZ-PICAZO, aunque, cuando un agente de policía se constituye en acusador debe recurrir a los servicios de un abogado para postular, y tal hecho atempera la falta de imparcialidad, no puede negarse que el letrado seguirá las instrucciones de su mandante. Cfr. *El poder de acusar*, Ariel, Barcelona, 2000, p. 41.

²⁷ La *caution* (amonestación formal sin consecuencias jurídicas) opera como alternativa para el ejercicio de la acción penal, cuya aplicación usa discrecionalmente la policía. El «*guilty plea*» (admisión de los cargos formulados) permite que la policía no tenga que llevar a juicio un importantísimo porcentaje de casos.

²⁸ Aunque el Departamento de Fiscalía de la Corona trabaja estrechamente con la policía, tiene carácter independiente. El director de Fiscales Públicos es responsable de la elaboración de un «Código para los Fiscales de la Corona» conforme a las disposiciones de la sección 10 de la Ley de Procesamiento de Ofensas de 1985, ofreciendo además asesoramiento sobre los principios generales que debe aplicarse cuando se tomen decisiones sobre los procesamientos. Este «Código para Fiscales de la Corona» informa de las decisiones sobre el procesamiento, tanto al el Departamento de Fiscalía de la Corona, cuanto a la policía. Puede obtenerse en la CPS Website: www.cps.gov.uk.

²⁹ *The Crown Prosecution Service* es un servicio público para Inglaterra y Gales encabezado por el director de Fiscales Públicos. Responde directamente ante el Parlamento a través del procurador del Estado.

ción en Inglaterra, originariamente discrecional y atribuido a la policía, encuentra, desde la creación del *Crown Prosecution Service*, algunas limitaciones, ya que este último puede instar a la policía a adquirir más elementos de prueba o incluso puede desistir del ejercicio de la acción sin el consentimiento de aquélla, ocupándose de la dirección técnica de la acusación obligatoriamente³⁰. No cabe hablar, empero, de una auténtica garantía jurisdiccional en este aspecto, como por otra parte se explica, tanto por el hecho de la configuración administrativa de la investigación penal, cuanto por el de la ausencia de control jurisdiccional sobre el ejercicio de las facultades discrecionales, algo que se reitera en Francia con la *garde au vue*. Sí existe, no obstante, un control político sobre los criterios de discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal³¹, vertiendo el juicio de acusación sobre su fundamento, tanto desde la perspectiva de sus posibilidades de éxito, cuanto de su eventual frustración por las actividades desarrolladas por la policía, si éstas son consideradas ilícitas. En resumen, Inglaterra ha adoptado un «modelo de proceso *pre-trial*», caracterizado por la creciente participación de los abogados, la profesionalización de la fiscalía (creación de la *Crown Prosecution Service*, 1986)³² y el reconocimiento de una serie de derechos procesales mediante la *PACE*³³ y la *Human Rights Act* (1998) que persigue incorporar con eficacia directa la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH). Tales garantías se han aminorado sin embargo, mediante la *Police and Criminal Act* (1984), cuyo art. 34 permite extraer consecuencias adversas de la negativa del acusado a mencionar circunstancias favorables para su defensa, y la *Criminal Procedure and Investigation* (1996), cuyo art. 5 exige que el acusado realice una declaración formal expresa poniendo de relieve las líneas generales de la defensa³⁴. El resultado final, no obstante, ha suscitado valoraciones dispares³⁵.

³⁰ A. F. WILCOX, *The Decision to Prosecute*, London, Butterworths, 1972.

³¹ J. L. J. EDWARDS, *The Attorney-General, Politics and the Public Interest*, London, Sweet & Maxwell, 1984. L. M. DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, *El poder de acusar*, Barcelona, Ariel, 2000.

³² El *Director of Public Prosecutions*, de quien depende directamente el *Crown Prosecution Service*, es un cargo de libre designación política y está sujeto, eventualmente, a las directrices del *Attorney-General* (principal asesor jurídico del Gobierno, aunque no forma parte del Gabinete).

³³ *Police and Criminal Evidence Act*, 1984. En ella se establecen límites temporales para la detención y la investigación, regulación y presupuestos de los registros domiciliarios, información al sospechoso o imputado de sus derechos (a guardar silencio, a la asistencia letrada gratuita...). A ello se añadió el control de las actuaciones y que éstas deban constar en acta detallada. De hecho, en el interrogatorio debe estar presente el abogado y grabarse (el sonido y también preferiblemente la visión).

³⁴ R. VOGLER, «El sistema acusatorio en los procesos penales en España», en AAVV, BACHMAIER (coord.), *op. cit.*, pp. 190 y ss. Según este autor el modelo constituye una «tercera fase de la adversarialidad».

³⁵ Aún así, en opinión de R. VOGLER, el impacto de los cambios es insignificante y no daña el amplio consenso alcanzado tras la guerra sobre la *adversarialidad* [«El sistema acusatorio