

WALTER REIFARTH MUÑOZ

HACIA
LA CONVERGENCIA
DEL PROCESO PENAL
EN EUROPA Y AMÉRICA



UNIVERSIDAD DE COLIMA

HACIA

LA CONVERGENCIA

DEL PROCESO PENAL
EN EUROPA Y AMÉRICA

De
Lectionibus

UNIVERSIDAD DE COLIMA

Dr. Christian Jorge Torres Ortiz Zermeño

Rector

Mtro. Joel Nino Jr.

Secretario General

Mtro. Jorge Martínez Durán

Coordinador General de Comunicación Social

Mtra. Ana Karina Robles Gómez

Directora General de Publicaciones

HACIA

LA CONVERGENCIA

DEL PROCESO PENAL
EN EUROPA Y AMÉRICA

Walter Reifarth Muñoz



UNIVERSIDAD DE COLIMA

© Universidad de Colima, 2023
Avenida Universidad 333
C.P 28040, Colima, Colima, México
Dirección General de Publicaciones
Teléfonos: 312 316 1081 y 312 316 1000, extensión: 35004
Correo electrónico: publicaciones@ucool.mx
<http://www.ucool.mx>

Derechos reservados conforme a la ley
Publicado en México / *Published in Mexico*

ISBN electrónico: 978-607-8814-70-1
DOI: 10.53897/LI.2023.0015.UCOL
5E.1.1/32200/040/2023 Edición de publicación no periódica



Este libro está bajo la licencia de Creative Commons , Atribución – NoComercial – CompartirIgual 4.0 Internacional (CC BY-NC-SA 4.0).

Usted es libre de: Compartir: copiar y redistribuir el material en cualquier medio o formato. Adaptar: remezclar, transformar y construir a partir del material bajo los siguientes términos: Atribución: Usted debe dar crédito de manera adecuada, brindar un enlace a la licencia, e indicar si se han realizado cambios. Puede hacerlo en cualquier forma razonable, pero no de forma tal que sugiera que usted o su uso tienen el apoyo de la licenciante. NoComercial: Usted no puede hacer uso del material con propósitos comerciales. CompartirIgual: Si remezcla, transforma o crea a partir del material, debe distribuir su contribución bajo la misma licencia del original.

This work is licensed under a Creative Commons Attribution – NonCommercial – ShareAlike 4.0 International License.

You are free to: Share: copy and redistribute the material in any medium or format. Adapt: remix, transform, and build upon the material under the following terms: Attribution: You must give appropriate credit, provide a link to the license, and indicate if changes were made. You may do so in any reasonable manner, but not in any way that suggests the licensor endorses you or your use. NonCommercial: You may not use the material for commercial purposes. ShareAlike: If you remix, transform, or build upon the material, you must distribute your contributions under the same license as the original.

Proceso editorial certificado con normas ISO desde 2005
Dictaminación y edición registradas en el Sistema Editorial Electrónico PRED

Registro: LI-037-22
Recibido: Marzo de 2022
Publicado: Agosto de 2023

CONTENIDO

<i>De initium</i>	7
Introducción	15
Breves notas sobre los distintos modelos procesales	21
El sistema acusatorio como piedra de toque de una justicia moderna y universal	31
Algunos síntomas de convergencia del proceso penal en América y Europa	43
Conclusión: hacia un proceso con todas las garantías	63
Referencias bibliográficas	71

DE INITIUM

Sobre o Acerca del Inicio, estimados lectores de la presente *De Lectionibus*. Esta breve presentación posee un campo semántico amplio y polivalente, principalmente, acerca del inicio, a manera de prólogo de la presente obra, como también, sobre el inicio, entendiendo éste, el Acto Académico, tradicional y de cultura jurídica intelectual con que iniciamos todos y cada uno de los semestres en nuestra querida Facultad de Derecho. Desde una vertiente posmoderna, entiéndase como a bien se tenga –nos es lícito–,



y si lo permiten, desde una vertiente contraria, delimitemos el horizonte hermenéutico de esta presentación, al *Initium*, como el Acto Académico inicial en la aludida *Schola Iuris*, mismo que se efectúa a través de la llamada *Lectio Brevis*.

Si la condición de posibilidad fue otorgada (es decir, si nos han concedido la delimitación), la presentación es relativamente sencilla, en los siguientes dos momentos.

Primero, el surgimiento del *Initium* en la realidad histórica, concreta y vivencial de las *Lectioes*, emerge como una respuesta a las inquietudes vertidas en un diálogo implementado en torno a una mesa de café en las inmediaciones del área de Servicios Universitarios del Campus Norte, donde, tres docentes¹ pretendían encontrar una respuesta a una cuasi interrogante, ¿cómo iniciar los cursos en el semestre, cómo enfatizar,

¹ Dr. José Ángel Méndez Rivera, Dr. Enoc Francisco Morán Torres y Dr. Luis Moreno Diego.



motivar y redimensionar nuestra Academia Jurídica desde el principio del semestre?, que, en forma argumentativa, racional y transversal, mediante el abordaje ordenado de un tema jurídico, científico y/o filosófico, pueda dar inicio cada semestre en nuestra Facultad. Es necesario hacer notar que este planteamiento y petición, ya había sido realizado en reunión de docentes, por quien esta redacción realiza, aperturando en aquel momento la reflexión y posibilidad de un inicio semestral diferente, de corte académico, al estilo de las grandes e históricas universidades, moción esta última, secundada, subrayada y enfatizada en su importancia, por la comunidad docente. Bajo la circunstancia temporal y sin afán de una idolatría historiográfica, sino más bien desde una actitud de reconstrucción de nuestra memoria histórica, tendríamos que situar el diálogo de los tres docentes, el planteamiento inicial en sesión de docentes y el planteamiento posterior, aproxi-



madamente en los años de 2007, 2008 y 2009, respectivamente; culminando esta dinámica auto-conformativa el día 2 de febrero del año 2010 con la realización de la primera “*Lectio Brevis*”, a cargo del Mtro. José Guillermo Ruelas Ocampo² y bajo el auspicio de la Dirección del Lic. Carlos de la Madrid Virgen (2009-2014).

Segundo, la conformación estructural, formal e institucional de la *Lectio*. El ser humano es un ser situado en tiempo y espacio, diseña y construye cultura e instituciones y a la manera del mítico Sísifo, en ello se le va la vida, en la pretensión de auto realización en el ejercicio de sus proyecciones, ideales y valores. En este sentido, el fenómeno académico de la *Lectio*, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Colima, toma las vías de formalización, estructuración e institucionalización.

² En efecto, Mtro. José Guillermo en aquel momento, Doctorándose posteriormente, en el año de 2013.



Para ello, la primera expresión de estructuración organizativa de la *Lectio*, enfatizó mayormente la misma como un escenario de comunicación *privilegiante* del docente disertante, definiéndose dos criterios de selección para el uso del Ágora, a saber, el criterio de antigüedad en el ejercicio docente en nuestra Facultad de Derecho, por lo tanto, el otro criterio implícito, lo constituía, ser docente de la Facultad de Derecho (este criterio estuvo abierto a los docentes en activo, como a los docentes en retiro, con esta criteriología inició la experiencia de la *Lectio*, y se mantuvo así durante aproximadamente 3 años (2010-2013). En este primer momento se conforma la comisión de la *Lectio Brevis*, atisbando en torno a las facultades y atribuciones de la propia comisión, así como, iniciando en el ejercicio de la dilucidación y dictaminación del docente disertante en el *Initium*.



En un segundo momento auto-constitutivo, la *Lectio*, experimentó un notable devenir evolutivo, transitando hacia una apertura a la presencia nacional del disertante, constituyendo un destacado escenario de presentación y discusión de las ideas en el inicio del semestre, la naciente experiencia académica inspirada al estilo de las universidades clásicas, donde uno de los docentes de la propia Escuela, disertaba en torno a un tema de actualidad, pasó a ser el espacio de discusión de las ideas jurídicas y filosóficas en el ámbito nacional (período de 2013-2017 aproximadamente).

En un tercer momento, que puede decirse de consolidación de la *Lectio*, como institución del acto académico de inicio en la Facultad de Derecho de la Universidad de Colima, se presenta a partir del año 2018, en donde, en reunión *ex profeso* la comisión, decide realizar una revisión auto-evaluativa del propio caminar y sus aportaciones a la vida jurídica universitaria, de donde



emergen resultados interesantes, como la conformación de la *Lectio Brevis in Iure*, lineamientos generales, donde se definen, en efecto, las facultades y atribuciones de la comisión, el procedimiento, requisitos, y tiempos para la definición del docente disertante, así como, la naturaleza propia de la *Lectio*.

Es en este momento, con base en el camino recorrido y en la proyección de la vida jurídico académica universitaria, se pretende sistematizar, formalizar debidamente la ya institucionalizada *Lectio* y armonizar las distintas vivencias, en torno a la *Lectio*, tomando por un lado, la moción inicial de las *Lectioes classicae* en las Universidades de antaño, así como también, la vivencia propia de la *Lectio* en nuestro propio espacio, con los vaivenes de nuestra existencia y realidad particular, enfatizando notablemente ahora, menos el sujeto disertante y mayormente, el objeto o contenido mismo de la disertación.



Así las cosas, la *Lectio prima* ha representado y seguirá representando el espacio propicio para el diálogo académico inter y transdisciplinar, que escapa a las fronteras de la comunidad jurídica de la Facultad de Derecho para trascender incluso más allá de las propias de la Universidad de Colima. Enhorabuena a la interlocución académica propiciada por la *Lectio Brevis*.

¡Multos annos vivas!

Enoc Francisco Morán Torres

Luis Moreno Diego

José Ángel Méndez Rivera

René Rodríguez Alcaraz

INTRODUCCIÓN

Walter Reifarth Muñoz³

Investigador en Derecho Procesal
Universidad de Salamanca (España)

Puede decirse que el proceso penal es el instrumento por el que se encauza la fuerza coercitiva del Estado que goza, sin duda, del mayor grado de aceptabilidad en una sociedad democrá-

³ Quiero agradecer a la Universidad de Colima y, muy especialmente, a todo el equipo docente y administrativo de su Facultad de Derecho, por la invitación a pronunciar esta *lectio brevis*, ahora adaptada a la estructura de un trabajo académico, así como por el cálido recibimiento y el excepcional trato con que fui acogido durante mi visita, enormemente enriquecedora para mí. Este trabajo tampoco habría sido posible sin la concesión de una ayuda para la recualificación del sistema universitario español para 2021-2023 (modalidad de ayuda Margarita Salas, durante la estancia en el Max Planck Institute Luxembourg), en el marco del Real Decreto 289/2021, de 20 de abril, y de la Orden del Ministerio de Universidades UNI/551/2021, de 26 de mayo.



tica y donde el ejercicio de la potestad de castigar está sujeto a límites inquebrantables. El contexto social y la voluntad política en que se desenvuelve el proceso penal es condicionante no solo de la operatividad del sistema de administración de justicia, sino también de su propia efectividad. Así, las características del marco institucional en que se conforma la construcción del cauce procesal van a tener un claro reflejo en la combinación de facultades entre los sujetos procesales y en el concreto equilibrio que se estime adecuado.

El proceso penal no solo puede conducir a la imposición de una sanción criminal, la más grave en cualquier ordenamiento, sino que también puede llegar a comprometer el derecho a la libertad personal —e, incluso, en algunas sociedades, la vida— del acusado. Por su importancia, los estudiosos del derecho, desde hace ya algún tiempo, han procurado contrastar la mayor o menor perfección técnica del ordenamien-



to procesal a la luz de las garantías de las normas declarativas de los derechos fundamentales. Sin embargo, el estudio de la cuestión no puede quedar anclado en los estrechos vectores domésticos que conducen las normas procesales. La internacionalización del fenómeno jurídico, la consolidación de los derechos humanos como parámetro de enjuiciamiento o la aguda preocupación por encontrar las mejores soluciones a problemas compartidos a través del estudio comparado permiten una aproximación de los sistemas procesales a partir de las garantías que se reclaman en los niveles más elevados de toda la composición normativa.

La metodología que se ha adoptado en el desarrollo de este trabajo es eminentemente descriptiva del estado de la cuestión, si bien su objeto de estudio exige, por una parte, combinar el análisis inductivo y deductivo y, por otra, amalgamar las reflexiones críticas contenidas en los



trabajos doctrinales que se han preocupado por esta cuestión y la jurisprudencia que se ha considerado relevante al respecto. Aunque el trabajo, de forma aparentemente contraria a sus iniciales objetivos, se vertebra con un marcado sesgo nacional, se ha intentado enriquecer su contenido con referencias jurídicas del continente americano al hilo de los temas tratados que puedan demostrar una eventual armonización en materia procesal entre ambos espacios jurídicos.

Es bien conocida, y puede que apócrifa, la anécdota del primer ministro de la República Popular China, Zhou Enlai, cuando se le preguntó, hace solo cinco décadas, por su opinión acerca de la Revolución Francesa, y respondió que todavía era pronto para valorarla. No es mi intención dejarme llevar por esta prudencia oriental, quizá exagerada, pero sí advertir, desde esta introducción, la imposibilidad de agotar el estudio de todas aquellas garantías. El carác-



ter limitado de estas páginas y la altura científica de quien las suscribe desaconsejan perseguir tan loable empeño. Se pretende recordar y reflexionar sobre algunos de los desvelos que despier-
tan, particularmente entre los procesalistas, los ideales de la libertad, la democracia, la estabilidad institucional, la igualdad o la exaltación de la dignidad humana.

BREVES NOTAS SOBRE LOS DISTINTOS MODELOS PROCESALES

Aunque todo empeño clasificatorio, sobre todo cuando se hace en términos netamente dicotómicos, violenta la realidad, no parece exagerado afirmar que la descripción del proceso penal ha discurrido tradicionalmente en torno a varios modelos. En concreto, aunque es común en los tratados y manuales sobre esta materia describir al menos dos sistemas distintos de enjuiciamiento de las infracciones criminales, es di-



fácil determinar de manera pacífica las características elementales de cada uno de ellos si, además, se tiene en cuenta que ninguno rige actualmente en su plenitud, a pesar de críticas y afirmaciones inexactas que ensombrecen todavía más esta, de por sí confusa, cuestión⁴. No se pretende hacer

⁴ Como bien afirma Nieva Fenoll, J.: *Fundamentos de Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: B de F, 2012, p. 2: «Ha existido mucha confusión en cuanto a las características de cada modelo, a consecuencia del maniqueísmo, probablemente necesario, que entre finales del siglo XVIII y el siglo XIX sirvió, fundamentalmente en Francia, para superar el antiguo modelo inquisitivo y volver al quizás más antiguo modelo acusatorio Y decimos quizás, porque lo cierto es que se desconoce completamente qué manera de juzgar existió primero». En el mismo sentido apunta Armenta Deu, T.: *Sistemas procesales penales: la justicia penal en Europa y América*. Madrid: Marcial Pons, 2012, pp. 33-34, que «[n]o es fácil clasificar a los sistemas como “acusatorios” e “inquisitivos”, ni existe una suerte de “test” que pueda aplicarse y provea una respuesta definitiva. La inmensa mayoría de los modelos actuales representan diferentes modalidades de sistemas mixtos, que confluyen paradójicamente en la adopción de un mecanismo cuya nota fundamental es renunciar al derecho al proceso, sea cual sea el sistema que siga su desarrollo. Lo que resulta incuestionable es que ninguno de los procesos penales continentales europeos presenta las características propias de un proceso inquisitivo, modelo éste último por cierto aparentemente desconocido cuando se acometen críticas puntuales». Montero Aroca, J.: *Principios del proceso penal*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 25-30, niega que el proceso inquisitivo pueda tener la naturaleza de proceso y, además, considera que el término “proceso acusatorio” constituye una redundancia viciosa de las palabras.



aquí un estudio pormenorizado de la génesis y desarrollo del proceso penal, pero sí tomar una mínima y sucinta referencia de los principios que informan cada modelo para analizar después el estribo que representa su consagración constitucional en nuestros países.

Por un lado, el sistema inquisitivo se ha conectado siempre con la necesidad de asegurar la concentración del poder y con el control férreo de la actividad de los jueces, especialmente los que ejercen la potestad jurisdiccional en los eslabones más bajos del organigrama judicial. Está caracterizado por la nota fundamental de reunir en la misma persona las funciones de requerir, instruir y juzgar, y tiene ejemplos históricos en el derecho canónico medieval y especialmente en el antiguo régimen absolutista. El actual sistema de garantías procesales fundamentales, en las que se inserta el derecho de defensa, la libre valoración de la prueba, la im-



parcialidad del juzgador o el derecho a un juicio público, hace que el proceso histórico inquisitivo, como nota acertadamente Bachmaier Winter, no sea “en ningún caso una opción válida”⁵. Por otro lado, la diferenciación personal y objetiva entre los sujetos encargados de acusar y juzgar es el rasgo fundamental del sistema acusatorio, al parecer más antiguo⁶, que concibe un

⁵ Bachmaier Winter, L.: «Acusatorio versus inquisitivo: reflexiones acerca del proceso penal», en *Proceso penal y sistemas acusatorios*. Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 12.

⁶ Algunos autores han situado los orígenes más remotos del sistema acusatorio en la Antigüedad Clásica. Así, AMBOS, K.: «El principio acusatorio y el proceso acusatorio: un intento de comprender su significado actual desde la perspectiva histórica», en BACHMAIER WINTER, L. (coord.): *Proceso penal y sistemas...*, op. cit., pp. 50-53. También NUZZO, F.: *L'appello nel processo penale*. Giuffrè, Milán, 2005, pp. 5 y ss. Para una visión panorámica sobre el desarrollo histórico y las notas que definen los sistemas procesales en cada momento, véanse las ya clásicas obras de MANZINI, V.: *Tratado de Derecho Procesal* (t. I). EJEJA, Buenos Aires, 1951, pp. 3-104; VÉLEZ MARICONDE, A.: *Estudios de Derecho Procesal* (t. I). Universidad de Córdoba, Córdoba, 1956, pp. 9-139; VERGÉ GRAU, J.: *La defensa del imputado y el principio acusatorio*. Bosch, Barcelona, 1994, pp. 15-45; MAIER, J. B. J.: *Derecho Procesal Penal. Fundamentos* (2.ª ed.) (t. I). Editores Del Puerto, Buenos Aires, 2004, pp. 259-468; CORDERO, F.: *Procedura Penale* (8.ª ed.). Giuffrè, Milán, 2006, pp. 17-101.



proceso con dicha dualidad de posiciones⁷. Por tanto, es consustancial al principio acusatorio la existencia de una contienda procesal entre acusador y acusado cuya resolución se encomienda

⁷ Por ejemplo, BETTIOL, G.: *Instituciones de derecho penal y procesal*. Bosch, Barcelona, 1977, p. 279, señala como notas fundamentales del proceso acusatorio «la plena publicidad de todo el procedimiento; la libertad personal del acusado hasta la condena definitiva; la igualdad absoluta de los derechos y los poderes entre el acusador y el acusado; la pasividad del juez en la recogida de las pruebas tanto de imputación como en descargo; la continuidad del contexto; la síntesis en todo el procedimiento». ANDRÉS IBÁÑEZ, P.: «Por un Ministerio Público “dentro de la legalidad”», en MAIER, J. B. J.: *Nueva Doctrina Penal*. Editores Del Puerto, Buenos Aires, 1998, pp. 465-466, explica que “[s]lo hay proceso acusatorio en presencia de un juez tercero, llamado a decidir una contienda entre partes, efectivamente regida por el principio de contradicción, materializado este en un juicio oral y público, decidido mediante valoración en conciencia, suficientemente motivada, de —solo— lo que en él resulte probado». Para LETELIER LOYOLA, E.: *El derecho fundamental al recurso en el proceso penal*. Atelier, Barcelona, 2013, pp. 48-49, los caracteres esenciales del principio acusatorio son: la limitación para que los jueces actúen de oficio, la estricta asignación de los roles de investigar, acusar y juzgar a órganos distintos; el respeto a la correlación entre acusación y sentencia; y la vigencia de la prohibición de la *reformatio in peius*. FERRAJOLI, L.: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Trotta, Madrid, 1989, p. 564, defiende que «se puede llamar acusatorio a todo sistema procesal que concibe al juez como un sujeto pasivo rígidamente separado de las partes y al juicio como una contienda entre iguales iniciada por la acusación, a la que compete la carga de la prueba, enfrentada a la defensa en un juicio contradictorio, oral y público y resuelta por el juez según su libre convicción».



a un órgano imparcial y ajeno a la disputa. Ello implica, correlativamente, la neta distinción de las tres funciones procesales fundamentales: la acusación, propuesta y sostenida por persona distinta a la del juez; la defensa, con derechos y facultades iguales al acusador, y el enjuiciamiento por parte de un órgano independiente e imparcial, que no actúa como parte frente al acusado en el proceso contradictorio⁸.

Desde un punto de vista histórico, la diferencia entre ambos sistemas, inquisitivo y acusatorio, responde en última instancia a la cuestión de quién detenta el poder de acusar y cuál es la posibilidad e intensidad de las facultades del juez para actuar de oficio⁹. De hecho, en

⁸ En este sentido, entre otras muchas, véase la Sentencia del Tribunal Constitucional 18/1989, de 30 de enero (FJ 1.º).

⁹ Illuminati, G.: «El sistema acusatorio en Italia», en Bachmaier Winter, L. (coord.): *Proceso penal y sistemas...*, op. cit., pp. 137. Para el jurista italiano, el principio acusatorio se puede definir como aquel según el cual «la prueba se obtiene a través del enfrentamiento contradictorio (*contraddittorio*) entre las partes, ante el juez decisor» (p. 138).



la Francia napoleónica, el *Code d'Instruction Criminelle* de 1808 inauguró un sistema mixto, llamado también acusatorio formal, en el que la instrucción se encomendaba a un juez que, a través de un procedimiento escrito y secreto, debía valorar si existía fundamento para acusar y, en ese caso, dar traslado a un órgano distinto ante el cual el acusado tenía la posibilidad de defenderse en un juicio público. Con estos nuevos aires de reforma, se pretendían superar los excesos del sistema heredado, como los poderes desorbitantes de un único órgano encargado de la instrucción y el enjuiciamiento, o la utilización de la tortura para obtener la confesión del acusado; técnica que dejó de ser útil en este momento en que se sustituyó el sistema de prueba tasada por la libre valoración de la prueba (*intime conviction*)¹⁰. Ejemplo claro de este siste-

¹⁰ Ello se explica porque el sistema de prueba tasada se exigía interrogar a un mínimo de dos testigos sobre su percepción de los hechos, lo que implica-



ma mixto es el modelo introducido por la Ley de Enjuiciamiento Criminal española en 1882 (LECrim, en adelante) y que marcó el camino para superar un sistema procesal, el inquisitivo, y conseguir idealmente un proceso acusatorio con todas las garantías¹¹.

Con todo, se hace oportuno desviarnos de las discusiones genéricas¹², en buena par-

ba una alta exigencia para la convicción judicial. Por ello, la confesión del acusado se convirtió en el principal medio probatorio (*confessio est regina probationum*) y, para obtenerla, se recurría con mucha frecuencia a medios de tortura. Ambos, K.: «El principio acusatorio...», *op. cit.*, pp. 58 y ss.

¹¹ La Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española reza así: «[A] tal punto lleva la nueva Ley su espíritu favorable a los fueros sagrados de la defensa, que proscribe y condena una preocupación hasta ahora muy extendida, que, si pudo ser excusable cuando el procedimiento inquisitivo estaba en su auge, implicaría hoy el desconocimiento de la índole y naturaleza del sistema acusatorio con el cual es incompatible. Alude el infrascrito a la costumbre, tan arraigada de nuestros Jueces y Tribunales, de dar escaso o ningún valor a las pruebas del plenario, buscando principal o casi exclusivamente la verdad en las diligencias sumariales practicadas a espaldas del acusado. No; de hoy más las investigaciones de Juez instructor no serán sino una simple preparación de juicio».

¹² Como destaca Bachmaier Winter, L.: *Proceso penal...*, *op. cit.*, pp. 46-47: «La historia proporciona numerosos ejemplos que atestiguan que no todos los procesos acusatorios merecen ser idealizados. En ocasiones esos procesos convivieron con sistemas irracionales de prueba, e incluso con el uso de la tortura; en otras ocasiones dieron lu-



te estériles, en torno a si es jurídicamente más avanzado un proceso penal adversarial tipo norteamericano o un proceso penal de raigambre europea, sometido a las exigencias constitucionales y supranacionales¹³. Lo cierto es, sin embargo, que el enjuiciamiento penal contemporáneo se ha dotado de los rasgos con que la doctrina ha venido a caracterizar el sistema acu-

gar al “linchamiento” público de un ciudadano a manos de sus vecinos convertidos en miembros de un jurado; el juicio basado en la confrontación oral entre las partes no pocas veces se convierte en una mera puesta en escena en la que los abogados recurren a técnicas propias de la representación teatral o de manipulación psicológica más que a sólidos argumentos jurídicos; por no recordar los fallos abiertamente discriminatorios contra ciudadanos afroamericanos que surgieron de procesos formados por jurados y que se desarrollaron formalmente con respeto a todos los principios que caracterizan el proceso acusatorio en los Estados Unidos». En el mismo sentido, ARMENTA DEU, T.: *Sistemas procesales penales...*, op. cit., esp. pp. 41 y ss. Para FAIRÉN GUILLÉN, V.: *Temas del ordenamiento procesal: proceso civil, proceso penal, arbitraje* (t. II). Tecnos, Madrid, 1969, p. 1208, existe en el proceso español «una combinación con predominio de uno u otro sistema en cada tracto del proceso».

¹³ Vid., en este sentido, Gómez Colomer, J. L.: «*Adversarial System*, proceso acusatorio y principio acusatorio: Una reflexión sobre el modelo de enjuiciamiento criminal aplicado en los Estados Unidos de Norteamérica», *Poder Judicial*, número especial XIX “Propuestas para una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal”, 2006, pp. 25-77.



satorio, por lo que nos dedicaremos a la definición de dichas notas esenciales. Nótese, sin embargo, los sistemas procesales han venido acompañados, en la práctica, de características que, a veces, se han dado a confundir con sus elementos esenciales, pero que podrían perfectamente convivir en otros sistemas que estuvieran organizados en torno a los nodos que muy sintéticamente se han descrito.

EL SISTEMA ACUSATORIO COMO PIEDRA DE TOQUE DE UNA JUSTICIA MODERNA Y UNIVERSAL

El sistema acusatorio se ha entendido como “ineludible sinónimo de modernidad”¹⁴, y seguramente se deba al entendimiento de que las consecuencias prácticas de sus postulados ideales contribuyen de la manera más fiel posible a una recta administración de justicia. Correspon-

¹⁴ Bujosa Vadell, L. M.: «Efectividad del sistema penal acusatorio para la seguridad democrática», *II Congreso Panameño de Derecho Procesal Penal Acusatorio*, Bogotá, 2016, p. 16.



de ahora detenernos en algunos de sus elementos estructurales, sin perjuicio de que puedan ser complementados con otros que ha detallado la doctrina más autorizada, o reconducidos a los derechos que perfilan la completa configuración del proceso penal actual.

*La división de las funciones de instruir,
acusar y juzgar*

En sentido estricto, y como diferencia fundamental respecto del inquisitivo¹⁵, el principio acusatorio determina la necesaria existencia de una parte acusadora, a quien corresponde el ejercicio de la acción penal, distinta e independiente del juzgador. Dado que la actividad instructora comporta una labor esencialmente inquisitiva, debe encomendarse a un órgano —ya sea el juez

¹⁵ Ferrajoli, L.: *Derecho...* *op. cit.*, p. 567, considera que «[l]a separación de juez y acusación es el más importante de todos los elementos constitutivos del modelo teórico acusatorio, como presupuesto estructural y lógico de todos los demás».



de instrucción, ya sea el Ministerio Fiscal— que tendrá vedada la posibilidad de entender de la fase de juicio oral a fin de evitar que el acusado sea juzgado con falta de imparcialidad.

En efecto, quien ha de instruir la causa adquiere un conocimiento de los hechos que le lleva a formarse un juicio previo o una idea preconcebida sobre los mismos, por más que no actúe como parte acusadora. Si la valoración de las pruebas —en un sistema de libre valoración de la prueba y no de prueba tasada como en *processus per inquisitionem* de la Europa continental medieval— viene ya fijada por lo actuado en la fase de instrucción, se quebrantaría inexorablemente el sentido de un juicio oral contradictorio y se vulneraría el derecho de defensa, la igualdad de armas y la garantía de la imparcialidad judicial. El amplio consenso que existe en este punto en el proceso penal de nuestros días limita la necesidad de hacer mayores precisiones sobre él.



*La congruencia entre acusación y fallo.
El derecho a ser informado de la acusación*

El principio acusatorio, como garantía del debido proceso, exige que el acusado pueda informarse de todo lo que en su contra se esgrime y construir así la estrategia de defensa que considere más apropiada¹⁶. Así, se reconoce en favor del acusado el derecho a conocer, temporánea, completa y oportunamente, el contenido y el alcance de la acusación, con objeto de no verse sumido en un proceso inquisitivo y en una situación de indefensión que los textos constitucionales proscriben.

¹⁶ Así se ha identificado el principio acusatorio como el «criterio configurador del proceso penal según el cual se necesita una acusación — la imputación a una o varias personas concretas de unos determinados hechos— para el inicio de la fase de plenario o juicio oral y para una sentencia de condena». De la Oliva Santos, A., *et al.*: *Derecho procesal penal* (8.^a ed.). Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2007, p. 43. Para Armenta Deu, T.: *Principio acusatorio y Derecho penal*. Bosch, Barcelona, 1995, pp. 39 y ss., la esencia del proceso inspirado en el principio acusatorio puede encontrarse «no tanto en la estricta separación entre quien juzga y acusa, sino en la necesidad ineludible de una acusación previa».



Por ello, la resolución judicial no puede sustentarse en hechos que no hayan sido objeto de imputación, de manera que son los hechos asumidos por la calificación definitiva de la acusación los que marcan los límites entre lo permitido y lo prohibido. En consonancia con el célebre aforismo *nemo iudex sine accusatore*, la pretensión punitiva de la parte acusadora constituye el límite material del enjuiciamiento en cuanto a los hechos esenciales y la persona a la que se enjuicia o, dicho de otro modo, no podrá condenarse por hechos esencialmente distintos ni a persona distinta a la acusada. Si no resulta admisible la atribución al juzgador de la posibilidad de sancionar infracciones penales si no existe pretensión acusadora, es necesaria, para la vigencia del sistema acusatorio y del ejercicio del derecho de defensa, la correlación objetiva y subjetiva entre la acusación y la parte dispositiva de la sentencia.

El efectivo disfrute del derecho de defensa



integra el derecho a ser informado de las causas de la acusación, que implica, a su vez, no solo la obligación de dar traslado al escrito de acusación con un tiempo razonable para que el acusado pueda contestarla, sino también otras garantías adicionales, como el derecho del acusado de ser informado de todos los derechos que le asisten en modo que le sea comprensible y, en particular, de los efectos desfavorables que puedan deducirse de su sometimiento voluntario a los concretos actos de investigación¹⁷.

La resolución sobre el fondo del asunto ha de ser congruente con las pretensiones deducidas. La incongruencia omisiva o *ex silentio* tiene trascendencia constitucional y vulnera el derecho a obtener una resolución fundada en dere-

¹⁷ Señala el artículo 2 LECrim que «todas las autoridades y funcionarios que intervengan en el procedimiento penal cuidarán, dentro de los límites de su respectiva competencia, de consignar y apreciar las circunstancias así adversas como favorables al presunto reo, y estarán obligados, a falta de disposición expresa, a instruir a este de sus derechos y de los recursos que pueda ejercitar mientras no se hallare asistido de defensor».



cho cuando el órgano judicial no toma en consideración alguna pretensión autónoma de las partes llevada a juicio en el momento procesal oportuno, pero no cuando se trate de meras alegaciones o argumentaciones aportadas por las partes en defensa de sus pretensiones. En este sentido, el Tribunal Constitucional español ha admitido la desestimación tácita de la pretensión cuando «del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución pueda deducirse razonablemente no solo que el órgano judicial ha valorado la pretensión deducida sino, además, los motivos fundamentadores de la respuesta tácita» (por todas, Sentencia del Tribunal Constitucional 1/2001, de 15 de enero, FJ 4.º).

Por otro lado, la incongruencia por exceso, que emana de un desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes hayan formulado sus pretensiones, es aquella que se produce cuando el órgano judicial concede más de lo pedido



(*ultra petitum*) o algo distinto de lo pedido (*extra petitum*). Esta circunstancia supone una modificación sustancial del objeto procesal, con la consiguiente indefensión y sustracción a las partes del verdadero debate contradictorio, produciéndose así un fallo extraño a las respectivas pretensiones de aquellas. Por esta razón, la incongruencia por exceso «constituye siempre una infracción del principio dispositivo y de aportación de las partes que impide al órgano judicial, en los procesos presididos por estos principios, pronunciarse sobre aquellas pretensiones que no fueron ejercitadas por las partes, al ser estas las que, en su calidad de verdaderos *domini litis*, conforman el objeto del debate o *thema decidendi* y el alcance del pronunciamiento judicial» (Sentencia del Tribunal Constitucional 50/2007, de 12 de marzo). No obstante, el órgano judicial no está vinculado por la literalidad de las concretas pretensiones ejercitadas, tal y como hayan sido



formalmente solicitadas por los litigantes, sino solo por la esencia de lo pedido y discutido en el pleito, de forma que «no existirá la incongruencia *extra petitum* cuando el órgano jurisdiccional decida o se pronuncie sobre una pretensión que, aun cuando no fue formal o expresamente ejercitada, estaba implícita o era consecuencia inescindible o necesaria de los pedimentos articulados o de la cuestión principal debatida en el proceso» (entre otras muchas, Sentencias del Tribunal Constitucional 250/2004, de 20 de diciembre, FJ 3.º; 42/2006, de 13 de febrero, FJ 4.º; y 178/2014, de 3 de noviembre, FJ 6.º).

El derecho a un juicio público y contradictorio

El derecho a la publicidad del proceso (art. 24.2 y 120.1 de la Constitución Española) constituye una garantía de transparencia y regularidad de los procesos, que implica la posibilidad de someterlo a crítica y de asistencia física a las sesiones del



juicio, no solo para el acusado, sino también para cualquier ciudadano que desee presenciar su realización. Frente al procedimiento escrito del Antiguo Régimen, la publicidad se instituye como una garantía contra el arbitrio judicial y del correcto funcionamiento y de la confianza de la comunidad en los tribunales de justicia, y como un derecho que tiende a proteger a las partes frente a una justicia sustraída al conocimiento público.

El ordenamiento procesal español hace distinciones entre el régimen de publicidad de la fase instructora y la del juicio oral. En la primera de ellas, predomina el secreto de las actuaciones (art. 301 LECrim), pero, naturalmente, con publicidad relativa y directa para las partes personadas, quienes, como regla general, podrán acceder a cuanta información soliciten sobre el estado de las actuaciones judiciales (art. 302 LECrim y 234 de la Ley Orgánica del Poder Judicial). Por su parte, la fase del juicio oral está presidida por el principio de publi-



cidad absoluta, de forma que su conculcación supone una causa de nulidad del juicio por infracción de precepto constitucional (art. 5.4 LOPJ).

Tanto la normativa internacional (particularmente, el art. 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos) como la jurisprudencia constitucional española han venido a reconocer limitaciones a la publicidad del proceso, permitiendo la celebración de los juicios a puerta cerrada por razones de «moralidad u orden público, seguridad nacional, la protección a la vida privada de las partes y el propio interés de la justicia», con pleno respeto al principio de proporcionalidad en cada caso concreto. En este sentido, el Tribunal Constitucional tiene declarado que el derecho a un juicio público:

No se trata de un derecho absoluto, y así resulta de lo dispuesto al respecto por la Declaración Universal de Derechos Humanos y por los tratados internacionales sobre esta materia suscritos por España, conforme a los



que deben interpretarse los derechos fundamentales reconocidos en nuestro texto constitucional, por imperativo del art. 10.2 de la propia Constitución española. En efecto, del art. 29, en relación con el artículo 10, ambos de la Declaración Universal, del art. 14.1 del Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos y del art. 6.1 del Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales se deduce que el derecho a un juicio público y, en concreto, el acceso del público y de la prensa a la sala de audiencia durante la celebración del juicio oral puede ser limitado o excluido, entre otras, por razones de orden público justificadas en una sociedad democrática, que estén previstas por las leyes¹⁸.

¹⁸ Entre otras muchas, Sentencias del Tribunal Constitucional 96/1987, de 10 de junio, (FFJJ 2.º y 3.º), 176/1988, de 4 de octubre (FJ 2.º), y 65/1992, de 29 de abril (FJ 2.º).

ALGUNOS SÍNTOMAS DE CONVERGENCIA DEL PROCESO PENAL EN AMÉRICA Y EUROPA

Todas las normas que disciplinan el proceso han sido adoptadas, no por la fuerza de un sistema dominante, sino por un proceso de unificación o, en palabras de Delmas-Marty¹⁹, de hibridación, es decir, de manera pluralista y con una inteligente combinación de lo mejor de cada tradición nacional. La confluencia en

¹⁹ Delmas-Marty, M.: *Le pluralisme ordonné*. Éditions du Seuil, París, 2006, p. 112.



los distintos países de los elementos configuradores del enjuiciamiento criminal se manifiesta con intensidad variable en un número inabarcable de temas, que van desde el órgano que tenga atribuida la investigación del delito hasta los mecanismos alternativos de resolución de las controversias. A algunos ejemplos ilustrativos en un número limitado de aquellos espacios de convergencia dedicaremos las próximas páginas, teniendo presente, una vez más, que la limitada extensión de esta contribución hace imposible agotar todos ellos.

La apuesta por un modelo de rasgos acusatorios

La clara apuesta teórica por un proceso penal de atributos típicamente acusatorios ha provocado que los países europeos y, de manera más reciente, las repúblicas americanas —entre ellas, por supuesto, México— hayan reformado el enjuiciamiento penal para adaptarlo al devenir de los



tiempos. No se pretenden agotar aquí todos los casos que arroja el estudio comparado del proceso penal, sino más bien ofrecer algunos ejemplos de esta renovadora dirección en los continentes europeo y americano²⁰.

Así, Alemania acometió en los años setenta una gran reforma del proceso penal orientada, sobre todo, a adaptar las normas a la realidad de lo que se venía haciendo hasta ese momento, haciendo desaparecer la figura del juez de instrucción y fortalecer la posición del Ministerio Fiscal y de la policía en la investigación de los delitos, bajo la supervisión de un juez de control para las decisiones que puedan restringir o limitar derechos constitucionales. También se reforzó el principio de oralidad, el de libre valoración

²⁰ Nos basamos aquí, sobre todo y en líneas generales, en los completos estudios de Bujosa Vadell, L. M.: «El sistema penal acusatorio en Derecho comparado», en *I Congreso Panameño de Derecho Procesal Penal Acusatorio: nuevo reto para la Administración de Justicia*. Panamá, 2015, pp. 11-36, y también en el de Armenta Deu, T.: *Sistemas procesales penales...*, op. cit., esp. pp. 167 y ss.



de la prueba y la oficialidad procesal, restringiendo la voluntad de las partes en la conducción del proceso penal. Con ello, se implantó un modelo tendencialmente acusatorio, que no renunciaba por ello al principio de investigación oficial.

Un segundo ejemplo es el *Código de processo penal* portugués de 1987²¹. El país luso, en lugar de acometer reformas parciales del sistema que pudieran traducirse en aporías y en una mayor complejidad técnica del entramado procesal, creó un texto *ex novo*, con especial atención en los derechos de las víctimas y en la larga lista de garantías procesales fundamentales que estructuran todo el proceso. Por lo demás, Portugal también instauró la dirección de la investigación criminal por parte del Ministerio Fiscal.

Las sucesivas reformas operadas en el *Codice Penale* italiano buscaron también la implan-

²¹ Decreto-Ley núm. 78/87, de 17 de febrero de 1987, por el que se dicta el Código Procesal Penal.



tación de un proceso penal típicamente acusatorio, bajo los principios de oralidad, publicidad, igualdad de armas y contradicción, y con énfasis, entre otros, en la duración razonable del proceso, la información a la persona acusada sobre la naturaleza y los motivos de acusación en el menor tiempo posible, la contradicción en la formación de la prueba y la prohibición del testimonio de referencia como prueba de cargo²².

²² Sobre este último aspecto, véase especialmente Bujosa Vadell, L. M.: «La prueba de referencia en el sistema penal acusatorio», en *Pensamiento Jurídico*, núm. 21, 2008, pp. 53-82. En la jurisprudencia española, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Segunda), de 27 de febrero de 2017, señala que «la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha establecido que es contrario al artículo 6 del Convenio, la sustitución del testigo directo por el indirecto sin causa legítima que justifique la inasistencia de aquel al juicio oral [...], por lo que, como premisa inicial, la cuestión no se centra realmente en las posibilidades de valorar tal prueba como elemento de cargo, sino en la legitimidad de la causa de su utilización en lugar del testigo directo. La testifical de referencia será, pues, prueba válida cuando sea legítima la sustitución del testigo directo, lo que ocurre en casos de imposibilidad o extrema dificultad de conseguir su presencia en el acto del juicio oral». En el mismo sentido, más recientemente, véase el Auto del Tribunal Supremo (Sala Segunda), de 6 de febrero de 2020 (FJ 1.º): [El testimonio indirecto o de referencia] tiene un valor probatorio disminuido, de manera que, aunque sea un medio probatorio admisible [...] y de valoración consti-



En el continente americano, Costa Rica operó, en 1996, una reforma radical de su proceso penal ante la insuficiencia de instrumentos punitivos que conducían a un inadecuado tratamiento del fenómeno criminal. Aunque la oralidad se había implantado con éxito más de veinte años atrás, la nueva regulación introdujo el principio de oportunidad reglada, que permite una cierta disponibilidad del ejercicio de la acción penal, y, al propio tiempo, dio al Ministerio Público un mayor protagonismo en la investigación penal, con ayuda de la policía judicial y bajo la atenta supervisión y control del juez de garantías.

El ejemplo de Chile es ciertamente paradigmático, pues la promulgación de su Código Procesal Penal en el año 2000 supuso un sal-

tucionalmente permitida que, junto con otras pruebas, pueda servir de fundamento a una Sentencia de condena, no significa que, por sí sola, pueda erigirse, en cualquier caso, en suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia, siendo preciso unos elementos de corroboración que, en estos supuestos, adquieren especial trascendencia».



to cualitativo en el que hasta ese momento estaba considerado uno de los procesos penales más anticuados e inquisitorios del continente²³. Con claros rasgos adversariales, seguramente por la influencia del sistema de los Estados Unidos y del Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica de 1989, se vino a introducir el principio de oralidad, a reforzar el derecho de defensa, a institucionalizar acuerdos reparatorios y procedimientos acelerados ante la confesión del autor del delito y, sobre todo, a atribuir la investigación criminal al Ministerio Fiscal, cuya actividad también estará sometida al control de un juez encargado de vigilar la efectiva realización de los derechos fundamentales del investigado.

En idéntico sentido ha discurrido la reforma del proceso penal mexicano. El Ministerio

²³ El Código Procesal Penal chileno fue aprobado por la Ley núm. 19696, promulgada el 29 de septiembre del año 2000 y publicada el 12 de octubre de ese mismo año.



Público realizará todos los actos conducentes a esclarecer el hecho punible y la responsabilidad del presunto autor en su comisión, y también existe la figura del juez del control, que podrá otorgar medidas cautelares, dictar providencias precautorias, pronunciarse sobre las medidas de protección o conocer de los recursos de inconformidad por los actos desarrollados por el Ministerio Público.

A estas alturas, un burdo ejercicio de *cross-examination* entre los distintos ordenamientos procesales arroja la evidencia de que existe, en todos ellos, una cierta confluencia o, si se prefiere, una armonización de los rasgos configuradores y estructurales del proceso penal, que no se acaban aquí.

El principio de oportunidad y la justicia negociada

Una de las características comunes que se pueden observar en general en este continente es el forta-



lecimiento del principio de oportunidad, es decir, la posibilidad de que las partes puedan llegar a soluciones pactadas para la mejor satisfacción de sus intereses y para la reparación acordada del bien jurídico dañado por la conducta ilícita.

Se ha señalado a veces, con razón, que la justicia negociada es aquella donde todos los sistemas confluyen¹. En efecto, la aplicación del principio de oportunidad, a través de fórmulas de negociación, acuerdo y consenso, se ha generalizado en todos los ordenamientos a pesar de los recelos y las legítimas discusiones que ello pudiera plantear. Por esta razón, se considera un elemento de convergencia que no debe ser descuidado en esta panorámica comparada que nos ocupa aquí.

La notable expansión de estos mecanismos en todo el globo quizá encuentre una clave expli-

¹ ARMENTA DEU, T.: *Sistemas procesales... op. cit.*, pp. 128 y ss. Es la conclusión que también puede derivarse de DAMAŠKA, M.: «Negotiated Justice in International Criminal Courts», en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 2, núm. 4, 2004, pp. 1018-1039.



cativa en la enorme influencia que han tenido las figuras del *guilty plea* y del *plea bargaining*, típicas del modelo de los Estados Unidos de América². La primera consideración sobre el modelo estadounidense debe partir de un hecho reconocido por ellos mismos³: el paradigma adversativo es poco más que una ilusión, pues se aplica a menos de un dos por ciento de la criminalidad en este país. Las razones que han alumbrado este tipo de acuerdos están en los elevados costes de preparar la acusación y la defensa en el marco de aquel sistema adversarial. Seguramente, en la búsqueda de un enjuiciamiento más eficaz y

² Para una mayor profundización sobre estos mecanismos, véanse, entre otros, Alschuler, A. W.: «Plea Bargaining and Its History», en *Columbia Law Review*, vol. 79, núm. 1, 1979, pp. 1-43; Fisher, G.: «Plea Bargaining's Triumph», en *The Yale Law Journal*, vol. 109, 2000, pp. 857-1086; y Schulhofer, S. J.: «Is Plea Bargaining Inevitable?», en *Harvard Law Review*, vol. 97, núm. 5, 1984, pp. 1037-1107.

³ Entre otros muchos, BURNS, R. P.: *The Death of the American Trials*. The University Chicago Press, Chicago-Londres, 2009; RESNIK, J.: «Uncovering, Disclosing, and Discovering How the Public Dimensions of Court-based Processes Are At Risk», en *Chicago-Kent Law Review*, vol. 81, 2006, pp. 521-570.



una menor carga de trabajo para los tribunales y la institución del jurado, se opta, en la inmensa mayoría de los casos, por llegar a un acuerdo con el fiscal a través de las distintas variantes del *plea*, que se traducen fundamentalmente en que el acusado admita su culpa (*indictement* o *information*), o simplemente llegando a un acuerdo previo para obviar ciertos cargos o alcanzar una sentencia más benévola.

En nuestros países siempre ha existido un dogma que, cada vez de forma más palmaria, se ha evidenciado como una ficción. La afirmación de que todas las infracciones criminales deben ser objeto de persecución penal y sus autores debidamente castigados se compadece mal con la mayor atención que se está poniendo en los derechos de las víctimas y, sobre todo, con la realidad de un sistema judicial que lleva demostrando desde hace tiempo su incapacidad para el enjuiciamiento de todos los delitos.



Así las cosas, aunque en algunos ordenamientos, como el español, es obligatorio el ejercicio de la acción penal, no hay duda de que, en la práctica, desde el mismo momento de la recepción de la *notitia criminis*, se adoptan decisiones con ciertos elementos de oportunidad. Tal es el caso, en España, de la conformidad premiada, consistente en la posibilidad de rebaja de un tercio de la pena bajo determinados supuestos si se acepta la solicitada por el Ministerio Fiscal (art. 801 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal)⁴.

Todo esto conduce a un efecto de enorme trascendencia procesal, como es la eliminación del juicio oral por innecesario, con el consiguiente ahorro de costes para el sistema de

⁴ También en el resto de la Europa continental se han introducido estas fórmulas de conformidad, como puede comprobarse con una atenta mirada, por ejemplo, al Decreto-Ley portugués núm. 78/87, de 17 de febrero de 1987, y al Decreto del Presidente de la República italiana núm. 447 de 22 de septiembre de 1988, aprobatorios de sendos códigos de enjuiciamiento penal.



administración de justicia, pero con la determinante renuncia a las garantías procesales del juicio oral. En este sentido, y a modo de ejemplo, cuando se intentó frustradamente elaborar el Código Procesal Penal español en 2013, se obligaba al Ministerio Fiscal a ejercer la acción penal cuando entendiese suficientemente probada la atribución del hecho punible al encausado, salvo que «concurra motivo bastante para la suspensión o sobreseimiento de la causa por razón de oportunidad»⁵. Para valorar este último prin-

⁵ Artículo 90 del Proyecto de Código Procesal Penal de 2013, que no llegó a pasar el trámite legislativo necesario para su aprobación. La Exposición de Motivos de dicho borrador señalaba que «[m]ediante la nueva regulación de la acción penal se instaura con carácter general en nuestro ordenamiento el principio de oportunidad, el cual solo regía con anterioridad en reducidísimos casos. Se ha considerado que la atribución de discrecionalidad a la Fiscalía para la persecución penal en virtud de criterios legalmente previstos, aplicables según las circunstancias de los supuestos concretos, ofrece más ventajas para el interés público que el mantenimiento de un ciego automatismo en el ejercicio del *ius puniendi* estatal derivado de una comprensión simplemente retributiva del principio de legalidad. No obstante, la posible impugnación de la decisión de archivo de las diligencias de investigación por parte de la acusación popular o particular asegura el control judicial de la aplicación del principio de oportunidad en interés de la justicia».



cipio y desistir del ejercicio de la acción penal, el legislador ofrecía una serie de criterios, como la escasa gravedad de la infracción, la inexistencia de un interés público relevante, la realización de trabajos en beneficio de la comunidad, la colaboración estrecha con el fiscal en casos de delincuencia organizada o la prestación de obligaciones de dar, hacer o no hacer a fin de afrontar la responsabilidad civil. En definitiva, supuestos de oportunidad reglada, pero que otorgan al Ministerio Fiscal amplias facultades cuyo ejercicio, discrecional por necesidad en la mayoría de los casos, hace difícil su control en términos estrictamente jurídicos.

No es distinta la tendencia en los países americanos. Allí también quiebra el modelo vinculado a la total obligatoriedad de la acción penal mediante la inclusión de reglas de ejercicio discrecional por parte de ese fiscal-acusador. De ahí que se haya hablado, también, de una cierta



confluencia entre los procesos penales y los procesos civiles, ya que el acusador, aunque no sea titular del derecho subjetivo afectado, ni siquiera de la potestad de castigar que ejercita, en realidad ejerce pretensiones de manera muy próxima al principio dispositivo característico del proceso civil, donde es el dueño y titular de los intereses en juego quien sostiene enteramente la acción.

En definitiva, un elemento importantísimo de convergencia de los sistemas procesales en ambos continentes es el reconocimiento de un ámbito de oportunidad que flexibilice la rigidez de la norma jurídica, pero siempre por razones predeterminadas en ella, con pleno respeto a los intereses públicos que trata de proteger el sistema y con controles efectivos que eviten considerar al acusador como dueño y señor de la acción.



Los derechos de las víctimas

Aunque ya se ha ido haciendo referencia a el *supra*, merece la pena detenerse en un elemento más de armonización procesal, cual es el fortalecimiento de la posición de la víctima en la resolución pacífica del conflicto penal. Desde hace ya algún tiempo se ha venido planteando la aplicación de técnicas de justicia restaurativa a las controversias en el ámbito de las conductas criminales, y la más importante quizá sea la mediación penal, a la que nos referimos seguidamente.

En el ámbito de la Unión Europea, se aprobó en 2001 una Decisión Marco que instaba a los Estados Miembros a «impulsar la mediación en las causas penales para las infracciones que a su juicio se presten a este tipo de medida» y los invitaba a considerar todo acuerdo entre la víctima y el inculpado que se haya alcanzado a este respecto. El problema es que la relativa eficacia



jurídica de este tipo de decisiones europeas: España simplemente previó la mediación en el ámbito educativo de la justicia para menores y, de forma bastante polémica, prohibió la mediación en los procesos penales por violencia de género⁶.

En 2012, se promulgó una directiva que renovó algunas normas mínimas sobre los derechos, apoyo y protección de las víctimas de los delitos. En este nuevo contexto, se somete la justicia reparadora a una serie de condicionantes: a) su voluntariedad; b) la confidencialidad de los actos de mediación para facilitar el acuerdo; c) la información a todas las partes sobre los procedimientos de mediación y sus resultados; d) el previo reconocimiento de los hechos enjuiciados por parte del

⁶ Sobre este último aspecto, véase Huertas Martín, I.: «Reflexiones sobre la prohibición de la mediación en la violencia de género», en Rodríguez Tirado, A. M. (coord.): *Cuestiones actuales de derecho procesal: reformas procesales. Mediación y arbitraje*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 379-412. A favor de esta prohibición, del Pozo Pérez, M.: «¿Es adecuada la prohibición de mediación del art. 44.5 de la Ley Orgánica 1/2004?», en Martín Diz, F. (coord.): *La mediación en materia de familia y derecho penal: estudios y análisis*. Andavira, Santiago de Compostela, 2011, pp. 283-324.



infractor; e) por último, que se respete siempre el interés de la víctima y se cuente con su consentimiento libre e informado. Con todo, los países europeos, en los que está fuertemente arraigo el principio de legalidad, han sido tradicionalmente muy reticentes a introducir la mediación penal como forma de reparar el ilícito penal.

Al respecto de esta aplicación de mediaciones o de conciliaciones penales, es interesante el ejemplo de Portugal, que desde 2007 aplica la figura de la mediación a delitos privados, siempre que la pena no supere los cinco años de prisión, el imputado no sea menor de 16 años y no se trate de delitos sexuales o por corrupción o tráfico de influencias. En el mismo sentido, Brasil adoptó la mediación penal ya en 1995, y en Chile, el ya comentado Código Procesal Penal la incluyó en el Capítulo de “salidas alternativas del proceso penal”. El caso de México puede considerarse muy ilustrativo tras la revisión de la Constitu-



ción en el año 2008, pues su artículo 17 contiene un mandato al legislador para regular en materia penal la aplicación de mecanismos alternativos para la solución de controversias que aseguren la reparación del daño y determinar los casos en que se requerirá supervisión judicial.

CONCLUSIÓN: HACIA UN PROCESO CON TODAS LAS GARANTÍAS

Legados a este punto, podemos afirmar que, con independencia de las peculiaridades y del sustrato nutricional de cada sistema, lo verdaderamente importante es la configuración de un proceso penal con todas las garantías, esto es, el aseguramiento de un cauce público específico ante un juez imparcial en el que se respeten de la mejor manera posible las garantías procesales. Aunque es cierto que la inmensa mayoría



de los textos constitucionales de nuestro entorno no aluden expresamente a la específica configuración de un proceso penal acusatorio, la actual interpretación sistemática y dialógica entre tribunales de las garantías constitucionales e internacionales del proceso, contenido proteico del infinito derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, ha terminado por implantar definitivamente el referido modelo.

En cualquier caso, los procesos penales europeos ni los equivalentes en el continente americano, incluidos por el primero en mayor o menor grado, no pueden incluirse dentro de la categoría del sistema inquisitivo. No tienen razón las opiniones en este sentido, seguramente contaminadas por una caricatura de sus notas históricas, y sus razonamientos no pueden soportar la evidencia de que el proceso penal continental es también, salvo casos patológicos, un proceso de partes ante un juez o tribunal imparcial y neces-



riamente sometido a todo el haz del derecho a un proceso con todas las garantías. En correspondencia con esta significación actual del proceso penal, las constituciones y los instrumentos internacionales declarativos de derechos humanos, tanto en Europa como en América, han dispuesto que todos los estadios por los que se conduce la pretensión punitiva quedan sometidos a estas exigencias derivadas del derecho a un juicio justo, que, como el resto de derechos fundamentales y humanos, goza de una posición de preferencia en el ordenamiento y una afirmada condición de inviolable. El derecho al juez natural, el derecho de defensa o la presunción de inocencia son, quizá, el nervio central de todo aquel complejo sistema de garantías vinculadas entre sí.

En efecto, el derecho al juez ordinario constituye un presupuesto básico para el desenvolvimiento de la tutela judicial efectiva, pues permite disipar las sospechas de dependencia que la



ausencia de criterios objetivos y públicos pudieran despertar en la parte vencida en juicio, de un lado, y sitúa a los órganos jurisdiccionales al abrigo de interferencias en el ejercicio de la potestad jurisdiccional mediante espurios cambios en la determinación o en la composición de dicho órgano, de otro.

Junto al derecho a la acción penal como derivación necesaria del derecho a obtener la tutela judicial efectiva, el ordenamiento jurídico ha de reconocer, también de forma indeclinable y con la misma raigambre iusfundamental, otro derecho de signo contrario: el derecho de defensa, que opera como factor de legitimidad de la acusación y de la sanción penal. En tal sentido, el derecho de defensa trasciende la esfera estrictamente individual de la parte acusada y se integra también dentro de las garantías de una adecuada administración de justicia. Así entendido, este derecho exige la vigencia de los principios de audiencia y contradic-



ción a fin de asegurar la adecuada intervención en el proceso de toda persona que vea amenazada o limitada su libertad por causa de él. A tal fin, se reconocen ciertos derechos instrumentales, tales como el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes, el derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable o el derecho a la asistencia letrada.

La presunción de inocencia ha pasado de ser un principio general e informador de la actuación judicial —el célebre aforismo *in dubio pro reo*— a un auténtico derecho fundamental, que vincula directamente a todos los poderes públicos y supone presumir la inocencia del afecto por este mientras no exista una sentencia firme de condena contra él con una actividad probatoria de cargo suficiente para enervar tal presunción. Aunque se despliega a lo largo de todas las fases del proceso penal, es en la actividad probatoria y en la libre valoración de la prueba donde adquiere may-



or relevancia práctica. Así, no se podrá admitir la prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales y, con carácter general, habrá de practicarse en el acto del juicio oral y corresponderá a la acusación conseguir la íntima convicción del juzgador sobre la realidad de los hechos que afirma subsumibles en la previsión del tipo.

Podría valer como afirmación conclusiva de este trabajo que la instauración de un modelo pretendidamente puro es una aspiración poco realista. Una atenta mirada a los distintos ordenamientos procesales nos hace ver modelos mixtos en que se conjugan con distinto peso elementos que, desde una visión dogmática, pudieran parecer heterogéneos. No debemos rendirnos ante los ejercicios de prestidigitación consistentes en debates genéricos y de valor pedagógico relativo que pretenden determinar el mejor modelo de entre un listado de categorías imaginadas, sino que debería preocuparnos más que el ejercicio del *ius puniendi* por parte del



Estado se lleve a cabo en el marco de un proceso con estricta observancia de las normas que lo disciplinan y con el hábito protector de los derechos fundamentales del sometido a él. Ese es el camino por el que transitan nuestros pueblos hermanos.

In varietate concordia.
Unidos en la diversidad.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alschuler, A. W.: «Plea Bargaining and Its History», en *Columbia Law Review*, vol. 79, núm. 1, 1979, pp. 1-43.
- Ambos, K.: «El principio acusatorio y el proceso acusatorio: un intento de comprender su significado actual desde la perspectiva histórica», en Bachmaier Winter, L. (coord.): *Proceso penal y sistemas acusatorios*. Madrid: Marcial Pons, 2008, pp. 49-72.
- Andrés Ibáñez, P.: «Por un Ministerio Público “dentro de la legalidad”», en Maier, J. B. J.: *Nueva Doctrina Penal*. Editores Del Puerto, Buenos Aires, 1998, pp. 435-466.
- Armenta Deu, T.: *Sistemas procesales penales: la justicia penal en Europa y América*. Madrid: Marcial Pons, 2012.
- Principio acusatorio y Derecho penal*. Bosch, Barcelona, 1995.
- Bachmaier Winter, L.: «Acusatorio versus inquisitivo: reflexiones acerca del proceso penal», en *Proceso penal y sistemas acusatorios*. Madrid: Marcial Pons, 2008.



- Bettiol, G.: *Instituciones de derecho penal y procesal*. Bosch, Barcelona, 1977.
- Bujosa Vadell, L. M.: «Efectividad del sistema penal acusatorio para la seguridad democrática», en *II Congreso Panameño de Derecho Procesal Penal Acusatorio*, Bogotá, 2016, p. 15-38.
- «El sistema penal acusatorio en Derecho comparado», en *I Congreso Panameño de Derecho Procesal Penal Acusatorio: nuevo reto para la Administración de Justicia*. Panamá, 2015, pp. 11-36.
- «La prueba de referencia en el sistema penal acusatorio», en *Pensamiento Jurídico*, núm. 21, 2008, pp. 53-82.
- «Principio acusatorio y juicio oral en el proceso penal español», en *Revista Internacional de Derecho Penal Contemporáneo*, núm. 9, 2004, pp. 55-84.
- Burns, R. P.: *The Death of the American Trials*. The University Chicago Press, Chicago-Londres, 2009.
- Cordero, F.: *Procedura Penale* (8.^a ed.). Giuffrè, Milán, 2006.
- Damaška, M.: «Negociated Justice in International Criminal Courts», en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 2, núm. 4, 2004, pp. 1018-1039.
- De la Oliva, A.; Aragoneses Martínez, S.; Hinojosa Segovia, R.; Muerza Esparza, J.; Tomé García, J. A.: *Derecho Procesal Penal* (8.^a ed.). Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2007.
- Delmas-Marty, M.: *Le pluralisme ordonné*. Éditions du Seuil, París, 2006.
- del Pozo Pérez, M.: «¿Es adecuada la prohibición de mediación del art. 44.5 de la Ley Orgánica 1/2004?, en Martín Diz, F. (coord.): *La medi-*



- cción en materia de familia y derecho penal: estudios y análisis*. Andavira, Santiago de Compostela, 2011, pp. 283-324.
- Fairén Guillén, V.: *Temas del ordenamiento procesal: proceso civil, proceso penal, arbitraje* (t. II). Tecnos, Madrid, 1969.
- Ferrajoli, L.: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Trotta, Madrid, 1989.
- Fisher, G.: «Plea Bargaining's Triumph», en *The Yale Law Journal*, vol. 109, 2000, pp. 857-1086.
- Gómez Colomer, J. L.: «*Adversarial System*, proceso acusatorio y principio acusatorio: Una reflexión sobre el modelo de enjuiciamiento criminal aplicado en los Estados Unidos de Norteamérica», en *Poder Judicial*, número especial XIX «Propuestas para una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal», 2006, pp. 25-77.
- Huertas Martín, I.: «Reflexiones sobre la prohibición de la mediación en la violencia de género», en Rodríguez Tirado, A. M. (coord.): *Cuestiones actuales de derecho procesal: reformas procesales. Mediación y arbitraje*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 379-412.
- Illuminati, G.: «El sistema acusatorio en Italia», en Bachmaier Winter, L. (coord.): *Proceso penal y sistemas acusatorios*. Madrid: Marcial Pons, 2008, pp. 135-160.
- Letelier Loyola, E.: *El derecho fundamental al recurso en el proceso penal*. Atelier, Barcelona, 2013.
- Maier, J. B. J.: *Derecho Procesal Penal. Fundamentos* (2.^a ed.)



- (t. I). Editores Del Puerto, Buenos Aires, 2004.
- Manzini, V.: *Tratado de Derecho Procesal* (t. I). EJEA, Buenos Aires, 1951.
- Montero Aroca, J.: *Principios del proceso penal*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- Nieva Fenoll, J.: *Fundamentos de Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Editorial B de F, 2012.
- Nuzzo, F.: *L'appello nel processo penale*. Giuffrè, Milán, 2005.
- Ortells Ramos, M.; Tapia Fernández, I.: *El proceso penal en la doctrina del Tribunal Constitucional*. Aranzadi, Cizur Menor, 2005.
- Picó i Junoy, J.: *Las garantías constitucionales del proceso* (2.^a ed.). Barcelona: Bosch, 2012.
- Resnik, J.: «Uncovering, Disclosing, and Discovering How the Public Dimensions of Court-based Processes Are At Risk», en *Chicago-Kent Law Review*, vol. 81, 2006, pp. 521-570.
- Rifá Soler, J. M.; Valls Gombau, J. F.; Richard González, M.: *El proceso penal práctico* (6.^a ed.). La Ley, Madrid, 2009.
- Schulhofer, S. J.: «Is Plea Bargaining Inevitable?», en *Harvard Law Review*, vol. 97, núm. 5, 1984, pp. 1037-1107.
- Vélez Mariconde, A.: *Estudios de Derecho Procesal* (t. I). Universidad de Córdoba, Córdoba, 1956.
- Vergé Grau, J.: *La defensa del imputado y el principio acusatorio*. Bosch, Barcelona, 1994.

Hacia la convergencia del proceso penal en Europa y América, de Walter Reifarth Muñoz, fue editado en la Dirección General de Publicaciones de la Universidad de Colima, avenida Universidad 333, Colima, Colima, México, <http://www.ucol.mx>. La edición digital se terminó en agosto de 2023. En la composición tipográfica se utilizó la familia Adobe Garamond Pro. Programa Editorial: Eréndira Cortés Ventura. Gestión administrativa: Inés Sandoval Venegas. Corrección: Leticia Bermúdez Aceves. Diseño de interiores: José Luis Ramírez Moreno.

Walter Reifarth Muñoz

Investigador postdoctoral en el área de derecho procesal y licenciado en derecho y en administración y dirección de empresas por la Universidad de Salamanca.

En 2012, obtuvo el primer premio en el concurso internacional para estudiantes de derecho organizado por el Instituto Colombiano de Derecho Procesal. Máster en derecho constitucional por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (2018), así como en protección jurisdiccional de los derechos fundamentales por la Universidad Nacional de Educación a Distancia (2020). En 2021, obtuvo el título de Doctor en Derecho con una tesis sobre la tutela colectiva de los derechos fundamentales.

Autor de numerosos capítulos de libro y artículos de investigación publicados en revistas especializadas tanto españolas como extranjeras. Sus principales líneas de investigación son los procesos colectivos, la justicia constitucional y las garantías del proceso.

