

50

INCLUYE ACCESO
A LA VISUALIZACIÓN
ONLINE DEL FONDO
COMPLETO DE
LA REVISTA

HIS PRÆVIDE ET PRO

Revista

Julio 2022

50

Revista Penal

ESPECIAL XXV ANIVERSARIO

Penal

Julio 2022



tirant
lo blanch



tirant
lo blanch

Revista Penal

Número 50

Sumario

Doctrina:

– Editorial. El número 50, todo un hito, por <i>Juan Carlos Ferré Olivé</i>	5
– ¿Es el feminicidio un delito de odio?, por <i>Mercedes Alonso Álamo</i>	9
– El ámbito de validez extraterritorial del (nuevo) régimen jurídico alemán de sanciones contra las empresas, por <i>Kai Ambos</i>	20
– La pena de muerte en América Latina. El abolicionismo en los Códigos, las ejecuciones extrajudiciales y algo más, por <i>Ignacio Berdugo Gómez de la Torre</i>	31
– Consecuencias menos visibles (u ocultas) de la condena en el sistema español, por <i>José Luis de la Cuesta Arzamendi</i>	53
– La víctima en Derecho penal y su pertenencia a distintos colectivos como elemento agravatorio de la responsabilidad penal: especial vulnerabilidad o situación diferencial, por <i>Norberto J. De la Mata Barranco</i>	64
– Compliance anticorrupción, por <i>Juan Carlos Ferré Olivé</i>	91
– 25 años de Revista Penal y de política criminal: el ocaso del principio “ <i>societas delinquere non potest</i> ”, por <i>Luigi Foffani</i>	103
– Sistema acusatorio, principio acusatorio, acusación y objeto del proceso penal, por <i>Juan Luis Gómez Colomer</i>	110
– La complicidad psíquica: entre el todo y la nada, por <i>M^a del Carmen Gómez Rivero</i>	130
– La corrupción como amenaza a la seguridad nacional, por <i>José L. González Cussac</i>	152
– El fundamento de la categoría dogmática de la culpabilidad (un estudio a la luz de la concepción significativa de la acción), por <i>Carlos Martínez-Buján Pérez</i>	162
– Evolución y características actuales del Derecho penal económico, por <i>Alessandro Melchionda</i>	184
– El principio de legalidad como instrumento y límite de las reformas penales, por <i>Francisco Muñoz Conde</i>	199
– Emergencia sanitaria y (des)protección penal de vida y salud, por <i>Juan Terradillos Basoco</i>	209
Sistemas penales comparados: Cambios fundamentales del Derecho Penal en los últimos 25 años: 1997/2022, (Fundamental changes in Criminal Law in the last 25 years: 1997/2022).....	227

* Los primeros 25 números de la Revista Penal están recogidos en el repositorio institucional científico de la Universidad de Huelva Arias Montano: <http://rabida.uhu.es/dspace/handle/10272/11778>



Universidad
de Huelva



UNIVERSIDAD
DE SALAMANCA



UCLM
UNIVERSIDAD DE CASTILLA-LA MANCHA



UNIVERSIDAD
PABLO DE OLAVIDE

am Arias Montano
Repositorio Institucional
de la Universidad de Huelva

tirant lo blanch

Publicación semestral editada en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca,
Castilla-La Mancha, y Pablo Olavide de Sevilla

Dirección

Juan Carlos Ferré Olivé. Universidad de Huelva
jcferrreolive@gmail.com

Secretarios de redacción

Víctor Manuel Macías Caro. Universidad Pablo de Olavide
Miguel Bustos Rubio. Universidad Internacional de La Rioja

Comité Científico Internacional

Kai Ambos. Univ. Göttingen	José Luis González Cussac. Univ. Valencia
Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha	Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca	Carlos Martínez- Buján Pérez, Univ. A Coruña
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg	Alessandro Melchionda. Univ. Trento
José Luis de la Cuesta Arzamendi. Univ. País Vasco	Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide
Norberto de la Mata Barranco, Univ. País Vasco	Francesco Palazzo. Univ. Firenze
Albin Eser. Max Planck Institut, Freiburg	Teresa Pizarro Beleza. Univ. Lisboa
Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra	Claus Roxin. Univ. München
George P. Fletcher. Univ. Columbia	José Ramón Serrano Piedecasas. Univ. Castilla-La Mancha
Luigi Foffani. Univ. Módena	Ulrich Sieber. Max Planck. Institut, Freiburg
Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha	Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz
Juan Luis Gómez Colomer. Univ. Jaume I ^o	John Vervaele. Univ. Utrecht
Carmen Gómez Rivero. Univ. Sevilla	Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires
Manuel Vidaurri Aréchiga. Univ. La Salle Bajío	

Consejo de Redacción

Miguel Ángel Núñez Paz y Susana Barón Quintero (Universidad de Huelva), Adán Nieto Martín, Eduardo Demetrio Crespo y Ana Cristina Rodríguez (Universidad de Castilla-La Mancha), Emilio Cortés Bechiarelli (Universidad de Extremadura), Fernando Navarro Cardoso y Carmen Salinero Alonso (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), Lorenzo Bujosa Badell, Eduardo Fabián Caparros, Nuria Matellanes Rodríguez, Ana Pérez Cepeda, Nieves Sanz Mulas y Nicolás Rodríguez García (Universidad de Salamanca), Paula Andrea Ramírez Barbosa (Universidad Externado, Colombia), Paula Bianchi (Universidad de Los Andes, Venezuela), Elena Núñez Castaño (Universidad de Sevilla), Carmen González Vaz (Universidad Isabel I^o, Burgos), José León Alapont (Universidad de Valencia), Pablo Galain Palermo (Universidad Nacional Andrés Bello de Chile), Alexis Couto de Brito y William Terra de Oliveira (Univ. Mackenzie, San Pablo, Brasil).

Sistemas penales comparados

Martin Paul Wassmer (Alemania)	Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)
Luis Fernando Niño (Argentina)	Carlos Enrique Muñoz Pope (Panamá)
Alexis Couto de Brito y Jenifer Moraes (Brasil)	Victor Roberto Prado Saldarriaga (Perú)
Paula Andrea Ramírez Barbosa (Colombia)	Blanka Julita Stefańska (Polonia)
Angie A. Arce Acuña (Costa Rica)	Frederico de Lacerda Costa Pinto (Portugal)
Elena Núñez Castaño (España)	Volodymyr Hulkevych (Ucrania)
Simona Metrangolo (Italia)	Pablo Galain Palermo y Renata Scaglione (Uruguay)
Manuel Vidaurri Aréchiga (México)	Jesús Enrique Rincón Rincón (Venezuela)

www.revistapenal.com

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELF.S.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
<http://www.tirant.com>
Librería virtual: <http://www.tirant.es>
DEPÓSITO LEGAL: B-28940-1997
ISSN.: 1138-9168
MAQUETA: Tink Factoría de Color

Si tiene alguna queja o sugerencia envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia por favor lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: <http://www.tirant.net/Docs/RSCTirant.pdf>



Sistema acusatorio, principio acusatorio, acusación y objeto del proceso penal

Juan Luis Gómez Colomer

Revista Penal, n.º 50 - Julio 2022

Ficha Técnica

Autor: Juan Luis Gómez Colomer

Adscripción institucional: Catedrático de Derecho Procesal, Universidad Jaime I de Castellón

Title: Accusatory system, accusatory principle, accusation and object of criminal proceedings

Sumario: I. Introducción. II. Sistema acusatorio, principio acusatorio y acusación: Aprendizajes de la Historia. III. Posibles influencias del Derecho comparado: A) Posiciones doctrinales sobre el concepto “acusatorio”; B) Las enseñanzas del modelo; C) Las consecuencias. IV. Características esenciales del principio acusatorio en el proceso penal español: A) No puede existir proceso sin acusación formulada por persona distinta a quien juzga; B) No cabe condena por hechos distintos respecto a los señalados por la acusación ni a persona distinta; C) La imparcialidad del juzgador. V. Conclusiones.

Summary: I. Introduction. II. Accusatory system, accusatory principle and accusation: Lessons from History. III. Possible influences of Comparative Law: A) Doctrinal positions on the “accusatory” concept; B) The teachings of the model; C) The consequences. IV. Essential characteristics of the accusatory principle in the Spanish criminal process: A) There can be no process without an accusation made by a person other than the one who judges; B) There is no conviction for facts different from those indicated by the accusation or to a different person; C) The impartiality of the judge. V. Conclusions.

Resumen: La construcción del proceso penal moderno exige necesariamente la articulación básica y esencial del principio acusatorio, pero no para la existencia del sistema acusatorio, pues es obvio que no puede existir un juicio penal sin acusación, que debe sostener persona distinta a aquella que tenga que resolver si ha existido o no delito y, si ha existido, quién lo ha cometido, sino para dotar de sentido al objeto del proceso, su configuración y efectos, así como para garantizar la imparcialidad del juzgador. Sin una buena regulación y jurisprudencia de estas dos cuestiones, el principio acusatorio carecería de sentido y sería hoy una mera reliquia histórica, incapaz de contribuir a lograr la sentencia justa, meta principal del proceso penal propio de un estado de derecho, como es España.

Palabras clave: Sistema acusatorio. Principio acusatorio. Acusación. Proceso penal.

Abstract: The construction of the modern criminal process necessarily requires the basic and essential articulation of the accusatory principle, but not for the existence of the accusatory system, since it is obvious that there cannot be a criminal trial without accusation, which must be supported by a person other than the one who has to resolve whether or not there has been a crime and, if there has been, who has committed it, but to give meaning to the object of the process, its configuration and effects, as well as to guarantee the impartiality of the judge. Without good regulation and jurisprudence on these two issues, the accusatory principle would be meaningless and today would be a mere historical relic, incapable of contributing to achieving a fair sentence, the main goal of the criminal process proper to a state of law, such as Spain.

Keywords: Accusatory system. Accusatory principle. Accusation. Criminal process.

Observaciones: Este artículo va a formar parte, con otro contexto y en algún aspecto con diferentes contenidos, de un libro mío sobre el objeto del proceso penal, en avanzado estado de elaboración.

Rec.: 06/05/2022 Fav.: 15/05/2022

Agradezco enormemente la especial invitación para publicar en este ejemplar conmemorativo un artículo sobre un tema procesal penal de relevancia, a mi elección, cursada por mi querido colega y amigo el Profesor Dr. Dr.h.c. *Juan Carlos Ferré Olivé*, Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Huelva, quien puede estar muy orgulloso y satisfecho por haber logrado editar los primeros 50 números de la magnífica Revista Penal. Escojo para la efeméride unas reflexiones sobre la necesidad de modernizar nuestro concepto del principio acusatorio y adaptarlo a la realidad actual.

I. INTRODUCCIÓN

El principio acusatorio no se recoge en la Constitución española de 1978 explícitamente. Es extraño, porque la norma fundamental que rige nuestra vida jurídica es prolija en principios procesales, en garantías procesales y en derechos constitucionales procesales de los ciudadanos, particularmente de aquéllos que por las circunstancias que fueren se ven sometidos a un proceso penal en calidad de investigados o acusados. Si se han reconocido principios y derechos fundamentales como el derecho a la prueba o el derecho al juicio rápido, ¿por qué no un principio tan importante como el acusatorio?

Las respuestas pueden ser varias:

1ª) El legislador constituyente en 1978 ignoraba la existencia del principio acusatorio.

2ª) El legislador constituyente de 1978 conocía el principio, pero no sabía exactamente cuál era su contenido y prefirió olvidarlo.

3ª) El legislador constituyente en 1978 conocía el principio y su significado, pero no lo consideró de relevancia suficiente como para formar parte del elenco de derechos fundamentales de las personas;

4ª) El legislador constituyente de 1978 conocía el principio y su significado, pero lo dejó fuera por entender que su existencia y reconocimiento en el proceso penal ajustado a la propia Constitución era innecesario.

La primera explicación es posible que sea la verdadera, pero como no puedo probarlo, tengo que rechazarla. La segunda explicación es difícil de admitir, porque juristas tan relevantes (entre los que no había ningún procesalista, pero sí catedráticos de otras ramas del Derecho y abogados de amplia trayectoria profesional), si eran conocedores del principio, tenían que saber su

significado, si bien, quizás, constatar que el principio acusatorio no se reconocía en ningún texto internacional o supranacional relevante procesalmente les ayudó a ello. La rechazo también, por tanto. La tercera explicación es más compleja, porque implica un juicio valorativo, es decir, parte de conocer el principio y de conocer su significado, pero entiende que no tiene categoría para ser acogido en el sagrado templo de los principios, garantías y derechos fundamentales. La puedo admitir, pero es muy discutible, porque si así fuera, es un juicio valorativo totalmente erróneo, como demostraré en las páginas siguientes. La cuarta explicación es la que más pensativo me deja, porque en el fondo pienso que el legislador constituyente, que sabía lo que es el principio acusatorio, así como su contenido y alcance, podría haber pensado que era innecesario por obvio, por ejemplo, porque alguien les hubiera contado lo que pasa en los Estados Unidos. Si esta explicación fuese la correcta, habría acertado a medias, pero no del todo, porque el principal valor del principio acusatorio no es exigir que alguien distinto al juez acuse, esto podría ser hoy obvio, sino marcar los límites fácticos fuera de los cuales el tribunal no puede moverse al sentenciar, garantizando su imparcialidad e independencia, y esto no es tan obvio como pudiera deducirse de la explicación si la admitimos. Esto hay que razonarlo adecuadamente.

Las páginas que siguen pretenden demostrar qué explicación es la más acertada, en nuestra modesta opinión, analizando, dentro de los límites formales del espacio concedido, qué es el principio acusatorio, qué implica en nuestro sistema de enjuiciamiento criminal y, sobre todo, para qué sirve hoy en el contexto del proceso penal propio de un Estado de Derecho.

Adelanto mi tesis: El principio acusatorio no es necesario para explicar la existencia y validez del acto de acusación. Sin embargo, es imprescindible para fijar el objeto del proceso. Por eso debería haber sido constitucionalizado.

Antes diré también que esta cuestión ha preocupado igualmente tanto al Tribunal Supremo como al Tribunal Constitucional españoles. La doctrina de la Sala II más relevante la reflejaremos en este escrito. La del Tribunal Constitucional, como punto de partida, es clara: El principio acusatorio se reconoce en nuestra Constitución implícitamente en el derecho al proceso con todas

las garantías del art. 24.2 CE¹. Tiene por tanto naturaleza constitucional, exactamente igual que cualquier otro principio, garantía o derecho fundamental formulado explícitamente por nuestra norma suprema.

Este reconocimiento permite una mejor argumentación e interpretación a la hora de analizar los derechos fundamentales a ser informado de la acusación y al derecho de defensa (ambos del art. 24.2 CE también), pero únicamente en lo que a la acusación en sentido estricto se refiere, no en su función de conformación del objeto del proceso.

II. SISTEMA ACUSATORIO, PRINCIPIO ACUSATORIO Y ACUSACIÓN: APRENDIZAJES DE LA HISTORIA

El mayor problema que plantea el principio acusatorio es la determinación de sus notas esenciales ya que se suelen confundir las características de este principio con las que definirían un sistema como acusatorio². Con otras palabras, se habla indistintamente de sistema acusatorio y de principio acusatorio, pero no es lo mismo. En mi opinión, para evitar este problema, se debe hablar de sistema al hacer referencia a un modo de conformar la totalidad del enjuiciamiento penal, siendo en este sentido donde se encuentra la alternativa acusatorio-inquisitivo. El principio, por contra, debe aparecer como un modo de regular un elemento concreto del proceso penal³. Esta confusión tiene como consecuencia la atribución al principio acusatorio de aspectos o elementos que en realidad tienen cabida en otras garantías del proceso, como la contradicción o la defensa (v. *infra*), y que en la mayoría de las ocasiones

lo convierten en un principio desdibujado o vacío de contenido⁴.

Para determinar el papel y contenido del principio acusatorio se debe partir, por un lado, de la finalidad del proceso penal; por otro, de la llamada “garantía jurisdiccional penal”⁵. El proceso penal tiene como principal propósito la actuación del Derecho Penal, lo que se realiza mediante el triple monopolio que supone la garantía jurisdiccional penal⁶:

1º) La titularidad por el Estado del *ius puniendi*: La prohibición de la autotutela como forma de dirimir los conflictos entre los particulares, determina que sea el Estado el que arbitre los medios adecuados al efecto. Para ello, se crean los órganos jurisdiccionales y se pone a su servicio el proceso como instrumento de solución de conflictos rodeando su inicio, desarrollo y conclusión de una serie de garantías a favor de los sujetos que en él participan.

2º) El Derecho Penal sólo puede aplicarse por los tribunales.

3º) El tercer monopolio supone que el Derecho Penal sólo puede aplicarse por los tribunales a través del proceso y no de cualquier otra forma, pues es instrumento necesario para ello.

Para señalar las notas esenciales del principio acusatorio se parte de analizar las características de cada uno de los dos sistemas indicados, el acusatorio y el inquisitivo, y ello para concluir que ninguno de ellos, especialmente el inquisitivo, rige ahora en toda su pureza. La alternativa (sistema inquisitivo-acusatorio) no tiene sentido en la actualidad, “los llamados sistemas procesales son conceptos del pasado”⁷, que sólo llevan

1 Por ejemplo, v. S TC 53/1989, de 22 de febrero (FJ 2), S TC 123/2005, de 12 de mayo (FJ 3), S TC 155/2009, de 25 de junio (FJ 4), y S TC 47/2020, de 15 de junio (FJ 3, a).

2 MONTERO AROCA, J., *El principio acusatorio. Un intento de aclaración conceptual*, Justicia 92, pág. 776; DIAZ CABIALE, J.A., *Principios de aportación de parte y acusatorio: la imparcialidad del Juez*, Ed. Comares, Granada 1996, pág. 209; GÓMEZ COLOMER, J.L., *La procedure pénale face au principe accusatoire: La position adoptée par la Ministère Public en Espagne et dans les principaux pays Latino-Américains. Influences Européennes et Nord Américaines*, Revue Internationale de Droit Pénal (Vol. 68), págs. 62 y 63.

3 MONTERO AROCA, J., *El principio acusatorio...*, cit., Justicia 92, pág. 776; DIAZ CABIALE, J.A., *Principios de aportación...*, cit., pág. 209.

4 ARMENTA DEU, T., *Principio acusatorio y Derecho Penal*, Ed. Bosch, Barcelona 1995, pág. 33, confusión que a su entender deriva precisamente de la no inclusión expresa de este principio en el art. 24 CE; ARMENTA DEU, T., *Principio acusatorio: realidad y utilización (lo que es y lo que no)*, *Revista de Derecho Procesal (RDPC)* 1996, núm. 2, pág. 266. Una concepción amplia del principio se encuentra en RUIZ VADILLO, E., *El principio acusatorio y su proyección en la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo*, Ed. Aranzadi, Madrid 1994, págs. 20 y ss.

5 ARMENTA DEU, T., *Principio acusatorio: realidad...*, cit., RDPC. 1996, núm., 2, págs. 266 y ss.

6 MONTERO AROCA, J., *El principio acusatorio...*, Justicia 92, pág. 777 y ss.; MONTERO AROCA, J., *La garantía procesal penal y el principio acusatorio*, La Ley 1994-1, pág. 973; MONTERO AROCA, J., *Los principios del proceso penal. Una explicación basada en la razón*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 1997, págs. 16 y ss.; MONTERO AROCA, J., en MONTERO AROCA, J. / GÓMEZ COLOMER, J.L., / BARONA VILAR, S., *Derecho Jurisdiccional*, I. *Parte General* (27ª ed.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2019, pág. 278; GÓMEZ COLOMER, J.L., en GÓMEZ COLOMER, J.L. / BARONA VILAR, S. (coord.), *Introducción...*, cit., pág. 614.271 y 272; ARMENTA DEU, T., *Principio acusatorio: realidad...*, cit., RDPC. 1996, núm., 2, págs. 266 y ss.

7 MONTERO AROCA, J., *La garantía procesal penal...*, cit., La Ley 1994-1, págs. 975 y 976. NIEVA FENOLL, J., *Derecho Procesal III. Proceso Penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2019, págs. 26 y ss.

a confundir al lector y desubicar el principio acusatorio de su lugar.

a) El sistema acusatorio puro⁸ se caracteriza por la igualdad absoluta en que se encuentran las partes, siendo el Juez un tercero imparcial que asiste al desarrollo del proceso como si de un mero espectador se tratara. Desde el momento en que se ve la necesidad de no dejar en manos de los particulares la decisión de ejercer la acusación, es decir evitar la disponibilidad por estos del proceso penal, el sistema acusatorio puro va sufriendo una paulatina sustitución por un sistema inquisitivo, que presenta unas características totalmente contrarias, en el que el Juez desempeña el papel fundamental en el desarrollo del proceso⁹.

b) El sistema inquisitivo no supone un verdadero proceso, en cambio el acusatorio sí lo es. En él se dan los elementos de Juez imparcial, dualidad de posiciones y contradicción. Por ello, hablar de dos modelos enfrentados no tiene sentido y sólo puede llevar a confusiones al lector¹⁰.

A la hora de hacer una valoración de ambos sistemas, se puede concluir que ninguno de ellos cumple con el ideal del proceso justo y con todas las garantías, pues ambos tienen ventajas y desventajas. Los legisladores, conscientes de ello, optan por una fórmula mixta, que proviene de la Revolución Francesa (sistema acusatorio mixto o reformado), combinando elementos de los

dos para lograr el siempre deseado equilibrio entre el principio de libertad y el de necesidad, en aras de la justicia penal¹¹. Si bien las características de este sistema mixto no son coincidentes en todos los ordenamientos¹², existe un punto que es común a toda modalidad calificada como mixta: La persecución de los delitos no se deja en manos de los particulares, al menos de manera exclusiva, y el juzgador nunca será acusador. Éste se puede entender como una construcción artificial del legislador para lograr una justicia penal adaptada a sus necesidades y aspiraciones, tratando de hacer compatibles la garantía jurisdiccional penal y la libertad y derechos de los particulares afectados por el proceso¹³.

III. POSIBLES INFLUENCIAS DEL DERECHO COMPARADO

Pues bien, hechas las anteriores precisiones históricas, y antes de adentrarnos en terreno español, conviene acudir al Derecho comparado para saber cuál es el estado de la cuestión en estos momentos sobre el tema.

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

8 Las notas de este sistema, que sólo se dio con plenitud en el Derecho romano de la Alta República, son resaltadas por GIMENO SENDRA, V., *Fundamentos del derecho procesal (jurisdicción, acción y proceso)*, Ed. Civitas, Madrid 1981, pág. 191; MONTERO AROCA, J., *El principio acusatorio...*, cit., Justicia 92, pág. 776; MONTERO AROCA, J., *La garantía procesal penal...*, cit., La Ley 1994-1, pág. 975; MONTERO AROCA, J., *Principios del proceso...*, cit., págs. 25 y ss.

9 MARTÍNEZ ARRIETA, A., *La nueva concepción jurisprudencial del principio acusatorio*, Ed. Comares, Granada 1994, págs. 20 y ss.; RUIZ VADILLO, E., *El principio acusatorio...*, cit., págs. 139 y ss.

10 MONTERO AROCA, J., *La garantía procesal penal...*, cit., La Ley 1994-1, pág. 975.

11 Por ejemplo, el sistema acusatorio en su origen dejaba en manos exclusivamente de los particulares la persecución de los delitos, de forma que se niega la titularidad del *ius puniendi* por parte del Estado; el inquisitivo subsanó este defecto, pero peca de exceso, pues convierte al Juez en acusador favoreciendo la parcialidad y los abusos en su actuación. En materia probatoria, el sistema inquisitivo da participación al Juez en la misma y en la averiguación de los hechos, pero esta circunstancia, que en principio sería positiva, anula totalmente la actuación de las partes y se deja bajo dominio absoluto del Juez, v. MARTÍNEZ ARRIETA, A., *La nueva concepción...*, cit., pág. 23.

12 DIAZ CABIALE, J. A., *Principios de aportación...*, cit., pág. 207.

13 FAIRÉN GUILLEN, V., *Doctrina general del Derecho Procesal (Hacia una Teoría y Ley Procesal Generales)*, Ed. Bosch, Barcelona 1990, pág. 61; GIMENO SENDRA, V., *Fundamentos de Derecho procesal...*, cit., pág. 62; GÓMEZ COLOMER, J. L., *El proceso penal español*, Ed. Investigaciones Jurídicas, San José de Cista Rica 1993, pág. 14; VÁZQUEZ SOTELLO, J. L., *El principio acusatorio y su reflejo en el proceso penal español*, Revista Jurídica de Cataluña (RJCat.) 1984, núm., 2, pág. 379; MARTÍNEZ ARRIETA, A., *La nueva concepción...*, cit., pág. 23.

Según estos autores, puede considerarse que el sistema acusatorio mixto presenta las siguientes características:

- a) Separación de funciones de instrucción, acusación y decisión.
- b) Sin acusación no hay ni juicio ni condena.
- c) En la instrucción se va a tomar realmente la decisión sobre si procede el juicio oral o no en vista de los resultados de las investigaciones en ella practicadas.
- d) La fase más importante es la del juicio oral público y contradictorio, donde las pruebas son valoradas libremente, que no arbitrariamente, por el Tribunal.
- e) El Tribunal puede ser de jueces profesionales y técnicos, pero también jurados o escabinos. De hecho, en GÓMEZ COLOMER, J. L., *El proceso penal español...*, cit., pág. 17, entiendo el juicio con Jurado como consustancial al sistema acusatorio formal, en tanto lo refuerza al dar participación efectiva a los ciudadanos en el Poder Judicial, es decir, el ejercicio de la función jurisdiccional juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado. Pese a ello, su inexistencia no vulnera los elementos esenciales del sistema.

cual nos va a ayudar en nuestro deseo de modernizar su concepto y adaptarlo a la realidad actual.

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

Proporcionar una base estructural correcta para entender esa afirmación es una cuestión decisiva. Debemos partir del mundo anglosajón, por las razones que inmediatamente diré, para luego centrarnos en la Europa continental, porque hay que entender qué papel juega el principio acusatorio en el sistema adversarial angloamericano de enjuiciamiento criminal, si realmente lo juega, lo que es como veremos inmediatamente muy discutible.

En efecto, así es. Pretendo realizar una modesta reflexión y, en la medida de lo posible, sembrar dudas razonables, teniendo en cuenta nuestra formación en el sistema legal de la Europa continental y por tanto sabiendo que contemplamos los problemas de los que vamos a hablar con ojos acostumbrados a ver el *Civil Law*, sobre si es correcto que una futura Ley de Enjuiciamiento Criminal española se tenga que basar en lo que se conoce como principio acusatorio y en un juicio oral y público. Estos principios (acusatorio y oralidad-publicidad) son los dos estandartes de la reforma procesal penal en muchos países que tenían procesos penales inquisitivos, sobre todo en América Latina, tal y como se aplican directamente en el sistema anglosajón de enjuiciamiento criminal y, más en concreto, en el proceso penal federal norteamericano, espejo en el que

se miran todos los legisladores hoy. Y para el caso de que lleguemos a la conclusión de que no debe basarse en ese modelo, debemos meditar sobre si debe fundarse la reforma de manera distinta en una evolución a mejor, es decir, en un perfeccionamiento de nuestro propio sistema acusatorio formal o mixto asentado en sus orígenes en el código napoleónico de 1808, pero con la rica experiencia de nuestra tradición, dando un salto cualitativo hacia un proceso penal más garantista y más empeñado en obtener una sentencia justa, sea absoluta o condenatoria, sin descuidar los otros fines del proceso penal, particularmente la adecuada protección y resarcimiento de las víctimas.

La tendencia clara hoy es fijarse en el modelo acusatorio que representa el proceso penal norteamericano, como acabo de afirmar. No hacen falta muchos datos ni citas para corroborar esta afirmación, basta con atender a las reformas procesales penales más importantes que en nuestro entorno cultural se han producido para constatarlo¹⁴. Así pues, volver los ojos hacia los Estados Unidos de Norteamérica y su sistema de enjuiciamiento criminal (federal) en cuyo seno se desarrolla un proceso acusatorio con juicio oral y público de manera muy auténtica o pura, parece hoy inevitable, y por esto mismo también lo debería ser el fijarnos, yendo más lejos, en los países que en Europa han aceptado ese modelo con mayor o menor profundidad (como Alemania¹⁵ e Italia¹⁶), o en América Latina¹⁷, lo cual no quiere decir que ello por sí sólo justifique la copia del sistema, eso nunca. En este sentido, creo que previamente, para tomar una decisión acertada sobre si debemos tomar el modelo norteamericano o no, y si decidimos adoptarlo, si lo vamos a hacer por completo o, por el contrario, sólo las instituciones válidas del mismo, es necesario conocer qué se entiende por acusatorio en aquel país, pues difícilmente vamos a construir un nuevo proceso penal, o un proceso penal más evolucionado con base en el carácter acusatorio tal y como se entiende en los Estados Unidos, si no se sabe muy bien qué es allí.

14 Véase GÓMEZ COLOMER, J.L. (Coord.), *Introducción al proceso penal federal de los Estados Unidos de Norteamérica*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2013, págs. 39 a 53.

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

16 Véase un resumen en VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, M., *El nuevo proceso penal italiano*, Documentación Jurídica 1989, núm. 61, Ed. Ministerio de Justicia, Madrid 1989, págs. 13 a 15. Recomiendo la atenta lectura de la *Introduzione* de CONSO, G. / GREVI, V. / BARGIS, M. (coord.), *Compendio di Procedura Penale* (8ª ed.), Ed. Cedam, Padova 2016, págs. LIV y ss.; y de CHIAVARIO, M.A., *Diritto Processuale Penale* (8ª ed.), Ed. Utet, Torino 2019, págs. 1 y ss. Existe no obstante la tendencia en la Italia actual de eliminar las manifestaciones extremas del principio acusatorio, volviendo a la tradición italiana, lo que explicaría las innumerables reformas habidas desde su entrada en vigor, poco acusatorias. V. también GUTIÉRREZ RELINCHES, A., *La acusación en el proceso penal italiano. El papel del Ministerio Público y de la víctima*, Ed. Colex, Madrid 2006, págs. 21 y 22.

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

A) Posiciones doctrinales sobre el concepto “acusatorio”

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

Esto no lo decimos nosotros, lo dicen reputados autores de valía intelectual incuestionable. En España, por ejemplo, lo ha afirmado con rotundidad MONTERO AROCA en varios escritos sobre la materia¹⁸. En esencia, sostiene este autor que el principio acusatorio es un concepto poco claro, resultado de la confusión histórica que se produce al calificar como “acusatorio” a todo un sistema de aplicar el Derecho Penal enfrentado a otro sistema que sería el inquisitivo. Lo que no puede es hablarse de proceso acusatorio como una clase de proceso, y de proceso inquisitivo como otra clase, pues ello implica desconocer lo que es el proceso en sentido estricto. Decidido que el Derecho Penal se aplica por medio del proceso, es obvio que éste sólo puede ser acusatorio, pues el llamado proceso inquisitivo no es

realmente un verdadero proceso, sino un mero procedimiento administrativo, carente de las garantías propias del proceso, por lo menos conforme se configura esencialmente en las constituciones. Ninguna constitución de un país libre admitiría como constitucional un “proceso” en el que el juez fuera, al mismo tiempo, el acusador.

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

Este autor llega por tanto a la conclusión, a nuestro juicio premonitoria, después de una perceptible evolución, de que referirse al principio acusatorio sería hablar de nada, porque no tiene sentido si usamos con propiedad las palabras y somos rigurosos en explicar su contenido. Si usando la expresión “principio acusato-

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

- *El principio acusatorio. Un intento de aclaración conceptual*, en Revista Justicia 92, núm. IV, págs. 775 y ss. (publicado también en *Últimas reformas procesales en la legislación nacional y extranjera en el proceso penal: principio acusatorio*, VIII Encuentro Panamericano de Derecho Procesal, Córdoba 1993, págs. 175 y ss.);
- *La garantía procesal penal y el principio acusatorio*, La Ley 1994, t. I, págs. 973 y ss. (publicado también en el Seminario *Justicia y Sociedad*, México, 1994, págs. 525 y ss., y en “Ensayos de Derecho Procesal”, Barcelona, 1996, págs. 581 y ss.);
- *La incompatibilidad de funciones en el proceso (crítica de la jurisprudencia del TEDH sobre imparcialidad judicial y del texto del CEDH sobre incompatibilidad de funciones en el mismo proceso)*, Ponencia para el Coloquio Internacional sobre “Processi di integrazione e soluzione delle controversie: Dal contenzioso fra gli Stati alla tutela dei singoli”, 7-9 de septiembre de 1999, publicada en “Roma e America. Diritto Romano Comune. Rivista di Diritto dell’Integrazione e Unificazione del Diritto in Europa e in America Latina” 2000, núm. 9, págs. 99 y ss.;
- *Derecho Jurisdiccional*, I. Parte General (27ª ed.), con GÓMEZ COLOMER / BARONA VILAR / ESPARZA LEIBAR / ETXEBERRIA GURIDI, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2019, págs. 283 y ss., y *Derecho Jurisdiccional*, III. Proceso Penal (27ª ed.), con Gómez Colomer / BARONA VILAR / ESPARZA LEIBAR / ETXEBERRIA GURIDI, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2019, págs. 35 y ss.
- *Principios del proceso penal. Una explicación basada en la razón*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 1997, págs. 187 y ss.;
- *Sobre la imparcialidad del Juez y la incompatibilidad de funciones procesales (El sentido de las reglas de que quien instruye no puede luego juzgar y de que quien ha resuelto en la instancia no puede luego conocer del recurso)*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 1999, págs. 246 y ss.;
- *El juez que instruye no juzga (La incompatibilidad de funciones dentro del mismo proceso)*, en La Ley, 16 de febrero de 1999; y después en *Proceso (civil y penal) y garantía. El proceso como garantía de libertad y de responsabilidad*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2006, págs. 517 y ss.;
- *El significado actual del llamado principio acusatorio*, en GÓMEZ COLOMER, J.L. / GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., (coord.), “Terrorismo y proceso penal acusatorio” Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2006, págs. 311 y ss.; y, finalmente
- *Principio acusatorio y prueba en el proceso penal. La inutilidad jurídica de un eslogan político*, en GÓMEZ COLOMER, J.L. (Coord.), “Prueba y proceso penal”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2008, págs. 17 y ss.

rio” se quiere determinar un rasgo esencial del proceso, ese rasgo (y principio) es inútil, pues el proceso sólo puede ser acusatorio. Sin embargo, y el propio autor creo que es consciente de ello al referirse al significado “actual” del principio, sostener esta opinión equivaldría a pretender, si no a acabar con él, al menos a orillar de manera ostensible uno de los principios procesales penales que están más arraigados en la doctrina que pretende explicar el sistema de enjuiciamiento criminal europeo continental, y por tanto también el español. De ahí que finalmente opte, dado el estado legal, jurisprudencial y doctrinal en que se encuentra hoy en día la cuestión, por admitir la expresión “principio acusatorio”, pero entendida en un sentido muy estricto: Principio acusatorio sería aquél que en el proceso penal está encargado de garantizar la imparcialidad del juzgador, y, para dotarlo de un contenido muy riguroso en esa línea, propone que en su virtud se entiendan bajo esta denominación sólo estos tres significados: a) Que no pueda existir proceso sin acusación, a formular por persona distinta a quien va a juzgar (que recoge la máxima “el que juzga no puede acusar”)¹⁹; b) Que no quepa condena por hechos distintos de los reflejados en la acusación, ni contra persona distinta de la acusada (que es un tema de fijación del objeto del proceso penal); y c) Que el juez no pueda tener facultades de dirección material del proceso, por tanto, que ni pueda aportar hechos ni prueba de oficio (es decir, que el juz-

gador debe ser tercero en el proceso)²⁰. Contenido que el propio autor matiza algunas veces en su momento oportuno, en lo que ahora no entro.

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

De entrada creo que la aseveración del catedrático jubilado y ex-magistrado de Valencia (España), cuando afirma que el principio acusatorio en realidad es nada hoy, corre peligro de no entenderse muy bien en estos momentos, pero que realmente podría fructificar a mediados de siglo, es decir, en los próximos 30 años, y no ahora, cuando la nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal española, si finalmente se aprobara en esta o en la próxima legislatura (entre 2023 y 2028), lo que dudamos con fundamento a la vista de la situación política española actual²¹, llevara dos generaciones de juristas aplicándose y se viera de una vez que lo importante es el sistema y no el proceso o el principio. Pero volviendo a este año, es inevitable, y hay un buen grado de sorpresa en ello, preguntarse cómo es que ha sucedido esto, y cómo es que prácticamente toda la doc-

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

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

21 Últimamente podemos referirnos a 3 proyectos:

1º) El Gobierno español (del PSOE) aprobó en Consejo de Ministros el día 22 de julio de 2011 el proyecto de una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal basada en el sistema acusatorio (adversarial), pero con características propias, cuyo anteproyecto fue elaborado por una comisión de expertos con muchísima más presencia de prácticos que de teóricos, lo que en un cambio de modelo resulta bastante sorprendente. Un acto por cierto puramente testimonial porque el texto de referencia ni siquiera superó el trámite parlamentario inicial al haberse disuelto las Cámaras el día 27 de septiembre de 2011, por adelanto de las elecciones al día 20 de noviembre de 2011. Se puede consultar en MINISTERIO DE JUSTICIA, *Anteproyectos de ley para un nuevo proceso penal*, Ed. Secretaría General Técnica - Ministerio de Justicia, Madrid 2011, págs. 19 y ss.

2º) En febrero de 2013, el Gobierno español, esta vez del PP, redactó otro Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal, porque la necesidad de organizar un nuevo sistema de enjuiciamiento criminal y, por tanto, de aprobar una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal seguía siendo entonces también insoslayable e imperiosa. El texto, redactado igualmente por un grupo reducido de expertos, se orientó igualmente hacia el sistema adversarial con matices propios muy relevantes, modernizando su regulación. Tras una fase de discusión pública larga y compleja, tampoco pudo ser aprobado al ganar el Partido Socialista la moción de censura el día 1 de junio de 2018. Este proyecto se puede consultar en: <https://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1215197775106/Medios/1288778173060/Detalle.html>

3º) En estos momentos se está discutiendo prelegislativamente un tercer texto, el Anteproyecto de nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020, elaborado por una comisión muy reducida de expertos nombrada por el Ministerio de Justicia, en donde no ha habido ningún catedrático o catedrática de Derecho Procesal. Ha sido informado por el Consejo Fiscal de la Fiscalía General del Estado y por la Sección 5ª de Derecho Procesal de la Comisión General de Codificación del Ministerio de Justicia. Nadie sabe en estos momentos si se presentará como Proyecto de Ley en Las Cortes a tiempo para ser aprobado en esta legislatura, pero parece muy difícil que pueda lograrse. Se puede consultar en: <https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/210126%20ANTEPROYECTO%20LECRIM%202020%20INFORMACION%20PUBLICA%20%281%29.pdf>

trina procesal penal europea no ha caído en la cuenta aparentemente de que la construcción dogmática del principio acusatorio (la doctrina francesa, la alemana y la italiana consideran por lo general en sus escritos, sin ambages, el *principe accusatoire*, el *Anklagegrundsatz*, y el *principio acusatorio*), puede ser, es seguramente, bastante endeble, por no decir que no se puede sostener de ninguna manera al carecer de una utilidad concreta. Evidentemente, si MONTERO AROCA tiene razón, se ha producido un grave error conceptual, pero no sólo dogmático, también de trascendentales consecuencias prácticas, que conforme se ha ido arrastrando en el tiempo se ha ido engrandeciendo.

B) Las enseñanzas del modelo

Por ello nos preguntamos si acaso los problemas de interpretación con el principio acusatorio no habrán surgido cuando se hicieron, o se están haciendo, porque estamos ante actos continuados, los primeros intentos de traslación del modelo de enjuiciamiento criminal que rige en Estados Unidos, tanto en el proceso penal federal como en los procesos penales estatales²². Es decir, por las fechas en que se empezó a pensar en las reformas más trascendentes e importantes, en Alemania desde principios de los años 70, en Italia desde finales de los años 70, y en España desde los años casi 90.

Sabemos todos que el sistema de enjuiciamiento criminal español es de tipo acusatorio mixto, de origen

francés pues se deriva del *Code d'instruction criminel* de 1808²³, código que, como casi todas las cuestiones jurídicas importantes de la Revolución Francesa²⁴, se fijó en el sistema de enjuiciamiento criminal inglés conservando identidades francesas propias²⁵. Se dice por ello también que nuestro proceso penal es acusatorio formal o mixto, regido en parte por el principio acusatorio, precisamente en aquella parte del proceso, la del juicio oral, que está claramente influenciada por este principio. No es el único caso en Europa²⁶, pero nos fijaremos sólo en España. Los términos “sistema acusatorio”, “proceso acusatorio” y “principio acusatorio” están por ello de alguna manera presentes en la doctrina y en la jurisprudencia española, algo menos en nuestras leyes, desde entonces²⁷. Sabemos también, recordemos, que el proceso penal norteamericano se está convirtiendo paulatinamente en el modelo a seguir por determinados países europeos que han afrontado o afrontan reformas estructurales de su proceso penal, entre ellos, España, perdiendo algo de su relevancia en la actualidad las clásicas referencias a los procesos penales alemán e italiano, éste hoy “anglosajonizado” como es bien sabido, cambio de rumbo que me parece equivocado porque eran los países jurídicamente más avanzados de nuestro entorno cultural, formando parte los tres países del llamado sistema de *Civil Law*. El proceso penal de los Estados Unidos de América (resultando indiferente que hablemos en general del federal o en particular del de cualquier estado) es, según

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

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

24 Véase la introducción de TIerno GALVÁN, E. AL LIBRO DE MONTESQUIEU, *DEL ESPÍRITU DE LAS LEYES* (TRAD. BLÁZQUEZ Y DE VEGA), ED. TECNOS, MADRID 1987, PÁG. XL; Y GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *REVOLUCIÓN FRANCESA Y ADMINISTRACIÓN CONTEMPORÁNEA* (4ª ED.), ED. CIVITAS, MADRID 1994, PÁGS. 21 A 34.

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

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

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

su doctrina, auténticamente acusatorio, sin apellidos ni calificativo alguno, por tanto, sin que sea necesario tildarlo como acusatorio “puro”, aunque a veces parezca obligado. Resulta pues útil, si se quiere conocer el nuevo modelo a fondo y la extensión de su influencia entre nosotros, analizar primero las auténticas bases conceptuales del sistema de enjuiciamiento criminal en USA²⁸.

C) Las consecuencias

Pues bien, la primera sorpresa con que me encuentro es que en USA, si bien la jurisprudencia y la doctrina suelen mencionar los términos “sistema adversarial” (éste comúnmente), “sistema acusatorio”, “proceso acusatorio”, o “procedimiento acusatorio” (éstos últimos menos frecuentemente, en verdad), no se refieren en absoluto o casi nunca a “principio acusatorio”²⁹. Lo importante para esa doctrina deducimos que es el sistema o el proceso, no el principio. Por eso dos reputadísimos y clásicos autores norteamericanos, LaFAVE e ISRAEL, contraponen claramente al sistema inquisitivo europeo el sistema “adversarial” (*Adversary o Adversarial System*) norteamericano, afirmando que el proceso penal de los Estados Unidos es acusatorio, jugando con los conceptos de sistema “adversarial” y proceso acusatorio (aunque no siempre lo consiguen, pues a veces hablan también de *Accusatory o Accusatorial System*), del siguiente modo: El sistema de proceder criminalmente es “adversarial”, y el proceso que dentro de ese sistema sirve para imponer las penas es acusatorio. Ambos términos, “adversarial” y acusatorio, se complementan respectivamente, pero no significan lo mismo. En el entender de estos autores, “adversarial” significa que son las partes las que tienen la responsabilidad de aportar los hechos y sus pruebas al proceso, de ahí que sean ellas quienes deban investigar los hechos, así como la responsabilidad de desarrollar los aspectos legales que los fundamenten interpretándolos de la manera más favorable a los intereses del Estado/

Gobierno (Ministerio Público) o del acusado (abogado defensor); mientras que acusatorio significa que son las partes las que tienen la responsabilidad de convencer al juzgador sobre la culpabilidad o inocencia del acusado, principalmente el Ministerio Fiscal tiene la carga de la prueba de la culpabilidad del acusado. En este juego, la posición del Juez (con el Jurado) es proceder imparcialmente en el desarrollo del proceso que corresponde a ese sistema, observando sin inmiscuirse la contienda tal y como es planteada por las partes, en una aplicación contradictoria al cien por cien de la dialéctica procesal entre ellas, dictando finalmente una sentencia justa. La última evolución de sistema “adversarial” y proceso acusatorio lleva a considerar que el juez no es un mero espectador, un decisor inactivo frente a lo que está sucediendo ante él, sino que debe tener un mayor protagonismo, y también a entender que no se permite a las partes desarrollar el caso enteramente por su cuenta en función de sus intereses, por ejemplo, deben sujetarse a determinadas reglas garantistas, es decir, se va hacia un modelo menos puro si se prefiere esta expresión. Pero, ni antes ni ahora, del principio acusatorio no dicen absolutamente ni una palabra³⁰.

Desde un punto de vista continental, dos precisiones deben hacerse ahora sobre esta opinión: La primera es que se constata cada vez más un acercamiento entre ambos sistemas, el “adversarial” norteamericano y el acusatorio formal europeo, de manera que ni el de los Estados Unidos de América es ya tan “adversarial”, ni el europeo es tan “acusatorio formal”³¹. Determinados aspectos clave en ambos procesos, diríamos incluso que los más importantes, como la *guilty plea* en los Estados Unidos de América y los acuerdos en Europa (*Absprache, patteggiamenti*, conformidad), debido no tanto a las esencias más puras del sistema “adversarial” o acusatorio, sino más bien a debilidades del sistema, ya que progresan tanto más cuanto más fracasa la Justicia penal, cuanto ésta es incapaz de proporcionar un juicio a cada delito cometido, así lo demuestran³². La

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

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

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

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

32 Véase SCHÜNEMANN, B. / HAUER, J., *Absprachen im Strafverfahren. Zentrale Probleme einer zukünftigen gesetzlichen Regelung*, Anwaltsblatt 2006, núm. 7, págs. 439 y ss.; y, sobre todo, de SCHÜNEMANN, B., como autor único, *¿Crisis del procedimiento penal? (¿Marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?)*, en “Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial. Jornadas sobre la Reforma del Derecho Penal en Alemania”, Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1991, págs. 49 y ss., también publicada con el mismo título en schönemann, B., „Temas actuales y permanentes del Derecho Penal después del milenio“, Ed. Tecnos, Madrid

segunda es que el sistema “adversarial” norteamericano y su proceso penal no se entienden sin el Jurado, de manera que la posición en él del juez (mero espectador) y de las partes (dueñas del proceso) es tal porque el juicio, y más en concreto la práctica de la prueba, va a tener lugar ante el Jurado, quien decide de verdad³³, lo que revela una profunda diferencia con el sistema europeo continental.

Volviendo a los Estados Unidos de América, la falta de referencia al principio acusatorio provoca sorpresa, porque la expansión del modelo americano en el mundo, sobre todo en Europa y en América Latina como también apuntamos *supra*, ha venido acompañada desde que se inició de dos banderas que lo identifican a la perfección: El proceso penal norteamericano, se dice, se funda en el principio acusatorio y regula un auténtico juicio oral y público, de donde deducen los países

afectados por las reformas de su proceso penal en profundidad que esos estandartes tienen que ser también los suyos. El juicio oral y público no tiene generalmente problema conceptual alguno ni de identificación, ni de comparación con los procesos penales europeos, y tampoco con el español, los problemas son más bien de aplicación práctica en cada país. Pero nadie encuentra el principio acusatorio cuando lee la jurisprudencia o la doctrina procesal penal norteamericanas, o cuando se leen artículos de Derecho comparado publicados en revistas jurídicas especializadas de ese gran país³⁴.

¿Por qué? Ésa es la cuestión, porque si atendemos a la doctrina y a la jurisprudencia procesales penales españolas sobre el principio acusatorio, parece que éste sirva para todo, en el sentido de ser el remedio de todos los males procesales, tal es el nivel y grado de su aplicación práctica³⁵ y de su utilización conceptual³⁶. Nos

2002, págs. 288 y ss.; y del mismo autor, *El procedimiento penal norteamericano en sus aspectos críticos*, en prensa, ponencia presentada en el Congreso Internacional de Derecho Procesal Penal, celebrado en México DF del 9 a 13 de octubre de 2006, organizada por el Instituto de Ciencias Penales (INACIPE) de México con ocasión de su XXX Aniversario.

33 Véanse una clara explicación sobre ello en FLETCHER, G.P., *Las víctimas ante el Jurado* (trad. Molina y Muñoz, bajo la revisión de Muñoz Conde), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 1997, págs. 281 y ss.

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

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

36 En cuanto a la doctrina procesal española, véanse ARMENTA DEU, T., *Principio acusatorio y Derecho Penal*, Ed. J.M. Bosch e Instituto de Criminología, Barcelona 1994, págs. 39 y ss.; ASENSIO MELLADO, J.M., *Principio acusatorio y derecho de defensa en el proceso penal*, Ed. Trivium, Madrid 1991, págs. 14 y ss.; ASENSIO MELLADO, J.M., *Principio acusatorio: Realidad y utilización (lo que es y lo que no es)*, Revista de Derecho Procesal 1996, vol. 2, págs. 265 y ss.; BARDAJÍ GÓMEZ, L., *El Recurso de Casación por quebrantamiento de forma de los arts. 850 y 851 de la LECR. Examen de los diversos supuestos. El principio acusatorio*, Estudios jurídicos del Ministerio Fiscal 2003, núm. 1, págs. 469 y ss.; BELLIDO PENADÉS, R., *Derecho de defensa y principio acusatorio en el juicio de faltas*, Ed. Dykinson, Madrid 2011; CORDÓN MORENO, F., *Las garantías constitucionales del proceso penal*, Ed. Aranzadi, Pamplona 1999, págs. 113 y ss.; CUCARELLA GALIANA, L., *La correlación de la sentencia con la acusación y la defensa*, Ed. Thomson-Aranzadi, Pamplona 2003, págs. 44 y ss.; DE DIEGO DÍEZ, L.A., *El principio «el que instruye no debe juzgar» como garantía de imparcialidad en el enjuiciamiento penal*, Revista Poder Judicial 1987, núm. 8, págs. 9 y ss.; DE DIEGO DÍEZ, L.A., *El derecho a la tutela judicial efectiva en la sentencia penal. Los principios acusatorio y de contradicción*, Revista Justicia 88, vol. I, págs. 103 y ss.; DE LA OLIVA SANTOS, A., *Disponibilidad del objeto, conformidad del imputado y vinculación del Tribunal a las pretensiones en el proceso penal*, Revista General del Derecho 1992, págs. 9853 y ss.; DE VEGA RUIZ, J.A., *Proceso penal y derechos fundamentales desde la perspectiva jurisprudencial*, Ed. Colex, Madrid 1994, págs. 131 y ss.; DELGADO MARTÍN, J., *Principio acusatorio y juicio de faltas*, Revista Actualidad Penal 1995, vol. I, apartado VI; DÍAZ CABIALE, J.A., *Principios de aportación de parte y acusatorio: La imparcialidad del Juez*, Ed. Comares, Granada 1996, págs. 191 y ss.; DOLZ LAGO, M.J., *De nuevo, sobre el principio acusatorio y pena legal: comentario al Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2007*, Diario La Ley 2008, núm. 6917; DOLZ LAGO, M.J., *Principio acusatorio y pena: nueva jurisprudencia. ¿Hacia un reforzamiento del «poder de acusar» y del Ministerio Fiscal?*, La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía 2007, núm. 4, págs. 1578 y ss.; GALDANA PÉREZ, M., *Correlación entre acusación y sentencia en el proceso ordinario: Doctrina y jurisprudencia*, Ed. Comares, Granada 2002, págs. 4 y ss.; GELSI BIDART, A., *Del principio «acusatorio»*, en GIMENO SENDRA (Coord.), “Estudios de derecho procesal en honor de Víctor Fairén Guillén”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 1990, págs. 225 y ss.; GIMENO SENDRA, J.V., *El juez imparcial en la doctrina del Tribunal Constitucional*, Revista Poder Judicial, núm. esp. VI,

hemos propuesto por ello, ayudar a que se corrija en el futuro por quien corresponda esa doctrina de la ju-

risprudencia constitucional y ordinaria españolas, que parece que esté convirtiendo al principio acusatorio en

págs. 267 y ss.; GÓMEZ COLOMER, J.L., *La procédure pénale face au principe accusatoire...*, cit., págs. 61 y ss.; GÓMEZ COLOMER, J.L., *Adversarial System, proceso acusatorio y principio acusatorio: una reflexión sobre el modelo de enjuiciamiento criminal aplicado en los Estados Unidos de Norteamérica*, *Revista del poder judicial* 2006, núm. Extra 19 (dedicado a "Propuestas para una ley de enjuiciamiento criminal"), págs. 25 y ss.; GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Ed. Colex, Madrid 1990, págs. 67 y ss.; GONZÁLEZ NAVARRO, A., *Correlación entre acusación y sentencia penal*, Universidad de La Laguna 2001; GUERRERO PALOMARES, S., *El principio acusatorio*, Ed. Thomson-Aranzadi, Pamplona 2005, págs. 51 y ss.; GUILLÉN ALBACE-TE, J. M., *El principio acusatorio en el procedimiento penal: límites constitucionales a la modificación de la calificación provisional por las conclusiones definitivas (art. 24.2 CE)*, en MARTÍNEZ-SIMANCAS SÁNCHEZ / ARAGÓN REYES (Coords.), "La Constitución y la práctica del derecho", (vol. 2), Ed. Sopec, Madrid 1998, págs. 1519 y ss.; HERNÁNDEZ GARCÍA, J., *Determinación judicial de la pena puntual y principio acusatorio*, *Diario La Ley* 2009, núm. 7229; MARCHENA GÓMEZ, M., *Prisión provisional y principio acusatorio: cuestiones procesales*, en DORREGO DE CARLOS, A. (coord.), "Régimen jurídico de la prisión provisional", Ed. Sepín, Madrid 2004, págs. 169 y ss.; MARTÍNEZ ARRIETA, A., *La nueva concepción jurisprudencial del principio acusatorio*, Ed. Comares, Granada 1994, págs. 24 y ss.; MARTÍNEZ ARRIETA, A., *Principio acusatorio: Teoría general y aplicación práctica*, en «Cuadernos de Derecho Judicial: Los principios del proceso penal», Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1992, págs. 51 y ss.; MARTÍNEZ GALINDO, G., *Vigencia del principio acusatorio: Informe de jurisprudencia*, La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario 2004, núm. 1, págs. 83 y ss.; MENDIZÁBAL ALLENDE, R., *La posición procesal del Ministerio Fiscal en la fase de investigación del proceso penal: de órgano inspector de la formación del sumario a órgano de investigación*, en «Estudios Jurídicos - Ministerio Fiscal» 1999 - IV, págs. 35 y ss.; MONTAÑÉS PARDO, M.A., *Las garantías constitucionales del proceso penal: el principio acusatorio*, Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional 2002, núm. 1, págs. 1965 y ss.; MONTERO AROCA, J., *Principios del proceso penal. Una explicación basada en la razón*, cit., págs. 16 y ss.; MONTERO AROCA, J., *Sobre la imparcialidad del Juez y la incompatibilidad de funciones procesales*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 1999, págs. 39 y ss.; ORTEGO PÉREZ, F., *El juicio de acusación*, Ed. Atelier, Madrid 2007; ORTELLS RAMOS, M., *Correlación entre acusación y sentencia: Antiguas y nuevas orientaciones jurisprudenciales*, *Revista Justicia* 91, págs. 529 y ss.; ORTELLS RAMOS, M., *Principio acusatorio, poderes oficiales del Juzgador y principio de contradicción. Una crítica de cambio jurisprudencial sobre correlación entre acusación y sentencia*, *Revista Justicia* 91, págs. 775 y ss.; PÉREZ MORALES, M.G., *Correlación entre acusación y sentencia en el proceso ordinario. Doctrina y Jurisprudencia*, Ed. Comares, Granada 2002; PICÓ I JUNOY, J., *Las garantías constitucionales del proceso*, Ed. Bosch, Barcelona 1997, págs. 111 y ss.; PICÓ I JUNOY, J., *La iniciativa probatoria del juez penal y el principio acusatorio*, en ROMERO SEGUEL (Coord.), "Estudios de derecho en homenaje a Raúl Tavolari Oliveros", Ed. Lexis Nexis, Santiago de Chile 2007, págs. 335 y ss.; PLANCHADELL GARGALLO, A., *El derecho fundamental a ser informado de la acusación*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 1999, págs. 59 y ss.; POLO RODRÍGUEZ, J.J., *El Fiscal investigador e instructor*, «Estudios Jurídicos - Ministerio Fiscal» 1997 - VI, págs. 11 y ss.; RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, R., *La contaminación procesal: El derecho a un juez imparcial*, Ed. Comares, Granada 2000, págs. 11 y ss.; RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, R., *Extensión del principio acusatorio y vinculación del Tribunal sentenciador: A propósito de la STC Pleno 155/2009*, de 25 de junio, *Diario La Ley* 2009, núm. 7272; ROMERO COLOMA, A.M., *Alcance de los principios del proceso penal español a la luz del ordenamiento constitucional*, *Revista Actualidad Penal* 1995, vol. I, apartado XXI; RUIZ VADILLO, E., *Algunas desviaciones del sistema acusatorio y la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, *Revista General del Derecho* 1957, núm. 150, págs. 207 y ss.; RUIZ VADILLO, E., *Algunas breves consideraciones sobre el sistema acusatorio y la interdicción constitucional de toda indefensión en el proceso penal*, *Revista La Ley* 1987, núm. 4, págs. 873 y ss.; RUIZ VADILLO, E., *El principio acusatorio y su proyección en la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo*, *Actualidad Editorial*, Madrid 1994, págs. 139 y ss.; RUIZ VADILLO, E., *El principio acusatorio*, *Revista del Ministerio Fiscal* 1995, núm. 1, págs. 89 y ss.; RUIZ VADILLO, E., *Estudios de Derecho Procesal Penal*, cit., págs. 57 y ss.; SAAVEDRA RUIZ, J., *La iniciativa del Tribunal en el acto del juicio oral. Alcance de los artículos 729 y 733 LECRIM*, en «Cuadernos de Derecho Judicial: Cuestiones de Derecho Procesal Penal», Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1994, págs. 13 y ss.; SÁINZ RUIZ, J.A., *Principio acusatorio en la fase de investigación: ¿hacia un Fiscal instructor?*, *Revista General de Derecho* 2000, núm. 667, págs. 3791 y ss.; SALAS CALERO, L., *Aspectos materiales y procesales del principio acusatorio: problemas probatorios, prueba ilícita y procesos penales socialmente relevantes. La exclusión de pruebas ilícitamente obtenidas en el Derecho Procesal de los Estados Unidos*, *Revista del poder judicial* 2002, núm. 66, págs. 367 y ss.; SERRANO HOYO, G., *La prohibición de indefensión y su incidencia en el proceso*, Ed. Comares, Granada 1997, págs. 115 y ss.; SOTO NIETO, F., *Principio acusatorio. Condena por delito homogéneo de igual o menor gravedad*, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía* 2002, núm. 7, págs. 1794 y ss.; SOTO NIETO, F., *El principio acusatorio en el proceso penal y sus singularidades*, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía* 2006, núm. 4, págs. 1491 y ss.; SOTO NIETO, F., *Principio acusatorio. Vinculación del tribunal a la petición de pena formulada por la acusación*, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía* 2007, núm. 1, págs. 1849 y ss.; TORO PUJOL, R. / LÓPEZ ESCARTÍN, M., *Principio acusatorio*, *Revista de derecho y proceso penal* 2004, núm. 12, págs. 165 y ss.; VÁZQUEZ SOTELO, J.L., *El principio acusatorio y su reflejo en el proceso penal español*, *Revista Jurídica de Cataluña* 1984, núm. 2, págs. 93 y ss.; VERGER GRAU, J., *La defensa del imputado y el principio acusatorio*, Ed. J.M. Bosch, Barcelona 1994, págs. 15 y ss.; y las opiniones del constitucionalista, que fue Ministro de Justicia del Reino de España, LÓPEZ AGUILAR, J.F., *La Justicia y sus problemas en la Constitución*, Ed. Tecnos, Madrid 1996, págs. 220 y 221. Pero sigue siendo válido el pensamiento sobre la acción penal de GÓMEZ ORBANEJA, E., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, cit., t. II, págs. 447 y ss.; v. también FAIRÉN GUILLÉN, V., *La disponibilidad del derecho a la defensa en el sistema acusatorio español*, en «Temas del Ordenamiento Procesal», Ed. Tecnos, Madrid 1987, t. II, págs. 1205 y 1206.

el único principio del proceso penal imaginable, siendo todos los demás meros “infraprincipios” devaluados que le acompañarían a modo de comparsa, de manera tal que el principio acusatorio sería el instrumento que sirviera para explicar y corregir todos los vicios procesales importantes y dar sentido a numerosas máximas, principios o garantías que poco o nada tienen que ver con él, doctrina que pienso que no puede ser buena científicamente hablando, porque en esencia lo que afirma es que algo tan complejo como es el proceso penal se sustenta en un único punto de apoyo. Es lamentable, en este sentido y por vía de ejemplo, comprobar la densa confusión que existe entre principio acusatorio y principio de contradicción o derecho de defensa en varias sentencias del Tribunal Constitucional español³⁷, o con otros derechos o principios fundamentales³⁸, tema éste que sin duda merece una investigación propia a fondo en la que ahora no podemos entrar. Y la causa reside en mi opinión en la notabilísima influencia en este alto tribunal de un pretendido concepto norteamericano del principio acusatorio, pero que en realidad ni define, ni aclara, o lo hace incorrectamente porque no acierta a dar con él, por la sencilla razón de que no existe de momento. Y sin embargo, bajo una perspectiva histórico-tradicional nuestra, lo que todos aprendimos respecto a principio acusatorio, bien es verdad que calificado como de “mixto”, desde el rompimiento con el pasado que realizaron los franceses en 1789 es, en sentido estricto y clásico, que dentro de los términos “principio acusatorio” se esconde un concepto que opera jurídicamente en forma decisiva para explicar dos cosas y sólo éstas dos: Que acusador y decisor no pueden ser la misma persona, y que para que exista condena es necesaria una previa acusación.

Pero, qué casualidad otra vez, esto en los Estados Unidos de América no es principio acusatorio, sino proceso legalmente debido (*Due Process of Law*), como veremos enseguida, con lo cual intuitivamente nos atrevemos a pensar en una de estas dos posibilidades: Primera, que en realidad en España se estaría confundiendo principio acusatorio con principio del “proceso legalmente debido” o, como se le conoce más abreviadamente, con “proceso debido” a secas, con lo cual la esencia del proceso no debería ser el principio

acusatorio, sino el principio del derecho al proceso con todas las garantías o derecho al proceso debido, y no sólo del proceso penal; o segunda, la razón por la que en los Estados Unidos de América no se hable de principio acusatorio podría ser porque no hace falta, porque no es necesario, porque es obvio que hablar de acusatorio es hablar de proceso debido, es decir, sería porque es evidente que el término “acusatorio” referido a principio cabe dentro e integra el concepto “principio de proceso debido”, de manera que no añade nada ni al concepto ni al contenido, con lo cual sería un término superfluo, innecesario.

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

37 Ya desde hace años. Véanse, por ejemplo, las SS TC 53/1987, de 7 de mayo; 135/1989, de 19 de julio; 186/1990, de 15 de noviembre; 128/1993, de 19 de abril; 36/1996, de 11 de marzo; 225/1997, de 15 de diciembre; 230/1997, de 16 de diciembre; 33/2003, de 18 de febrero; 75/2003, de 23 de abril; 189/2003, de 27 de octubre (con rectificaciones y vaivenes, como por ejemplo en la S TC 167/2002, de 18 de septiembre), 35/2004, de 8 de marzo; y 197/2004, de 15 de noviembre; entre otras muchas.

38 Por ejemplo, también desde hace tiempo e igualmente con confusiones respecto al principio de la presunción de inocencia, v. SS TC 38/2003, de 27 de febrero; 197/2004, de 15 de noviembre; y 170/2006, de 5 de junio. O, finalmente, con el mismo derecho a la tutela judicial efectiva: SS TC 205/1989, de 11 de diciembre; y 11/1992, de 27 de enero; en todos los casos entre otras muchas sentencias, pues se trata sólo de una información meramente orientativa.

la confusión³⁹, con el fin último a lograr, a través de este principio, de reforzar la posición del tercero imparcial, es decir, la imparcialidad del juez, pues en definitiva estaríamos ante un principio de configuración judicial (orgánica) y no procesal.

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

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

No podemos responder a ello, aquí, ni siquiera estamos seguros de tener la contestación verdadera y acertada. Pesa mucho la tradición lingüística y en Latinoamérica es mucho más fácil hablar de principio acusatorio cuando se quiere acabar con una dictadura

también en el plano procesal, que importar directamente un término anglosajón, se traduzca o no.

IV. CARACTERÍSTICAS ESENCIALES DEL PRINCIPIO ACUSATORIO EN EL PROCESO PENAL ESPAÑOL

Establecidas estas precisiones podemos entrar a analizar el significado del principio acusatorio en el sistema procesal penal español, que puede calificarse acertadamente de mixto o reformado, tratando de fijar las notas que lo definen o configuran.

Ya se ha hecho referencia a las confusiones en que se puede caer al tratar de determinar las notas que definen el principio acusatorio. Estas dificultades derivan de encuadrarse dentro del mismo, aspectos que pertenecen a otros principios (especialmente la contradicción y el derecho de defensa, v. *infra*).

Para evitar este problema se va a comprender el principio de la forma más estricta posible, si bien es en este punto en donde encontraremos las más fuertes divergencias doctrinales. En esencia, el principio acusatorio atiende a la imparcialidad del órgano jurisdiccional frente a las partes y al objeto del proceso, por lo que serían encuadrables en él los aspectos referidos a tal imparcialidad y a la acción penal (sujetos y hecho)⁴⁰. Por contra otros elementos, que tradicionalmente tanto la doctrina como la jurisprudencia habían ubicado en él, deben encuadrarse en el principio de contradicción, entre ellos el derecho a ser informado de la acusación, o el derecho de defensa⁴¹.

En este sentido, se parte de la coincidencia a nivel doctrinal de que el proceso penal español, al igual que al alemán (§ 151 *Strafprozeßordnung* - StPO)⁴², está inspirado por el principio acusatorio⁴³, que rige desde

39 Me refiero básicamente a dos problemas: A si es necesario que la acusación esté de acuerdo para que se pueda practicar una prueba que el tribunal quiere introducir de oficio, y a si la acusación debe estar de acuerdo también para que se admita la tesis de desvinculación expuesta por el tribunal. Véase para la tesis GÓMEZ COLOMER, en MONTERO ROCA, J. / GÓMEZ COLOMER, J.L., / BARONA VILAR, S. / ESPARZA LEIBAR, I. / ETXEBARRIA GURIDI, J.F., *Derecho Jurisdiccional*, vol. III *Proceso Penal*, cit., págs. 377 y 378, y 387.; y GÓMEZ COLOMER, J.L., en GÓMEZ COLOMER, J.L. / BARONA VILAR, S. (coord.), *Proceso Penal. Derecho Procesal III*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2021, pág. 421.

40 MONTERO AROCA, J., *Principios del proceso...*, cit., pág. 86; ARMENTA DEU, T., *Principio acusatorio y...*, cit., pág. 84; ARMEN- TA DEU, T., *Principio acusatorio: realidad...*, cit., RDPC. 1996, núm., 2, pág. 271; ORTELLS RAMOS, M., *Principio acusatorio, poderes oficiales del juzgador y principio de contradicción. Una crítica al cambio jurisprudencial sobre la correlación entre acusación y sentencia*, Justicia 91, pág. 780; VÁZQUEZ SOTELO, J. M., *El principio acusatorio...*, cit., RJC. 1984, núm., 2, págs. 382 y 384.

41 ARMENTA DEU, T., *Principio acusatorio y...*, cit., pág. 84.

42 § 151 “[Principio acusatorio] La apertura de una investigación judicial estará motivada por el ejercicio de una acción”. V., la traducción de los artículos de las leyes alemanas en GÓMEZ COLOMER, J. L., *El proceso penal alemán...*, cit., págs. 259 y ss. La de esta norma está en concreto en la pág. 330.

43 GÓMEZ COLOMER, J. L., *El proceso penal español...*, cit., pág. 15; GÓMEZ DE LIAÑO, F., *El Proceso Penal. Tratamiento jurisprudencial*, Ed. Forum, Oviedo 1992, pág. 29, donde lo califica de base fundamental del proceso penal español, en tanto que su reconocimiento y efectividad es presupuesto necesario de un proceso con todas las garantías; DÍAZ CABIALE, J. A., *Principios de aportación...*, cit., pág. 208. En cuanto a la jurisprudencia, v., entre otras, la S TC 54/1985, de 18 de abril; SS TS 9 de septiembre de 1989 (RA 6327), 15 de abril de 1991 (RA 2785), S TS 274/2018, de 7 de junio (RJ 2018/3017), S TS 344/2019, de 4 de julio (RJ 2019/3382), y S TS 211/2020, de 21 de mayo (RJ 2020/2040), y 120/2021, de 11 de febrero (RJ 2021/628).

su inicio y a lo largo del mismo para averiguar, en un primer momento si hay base o no para formular la acusación, y posteriormente para concretarla⁴⁴.

Este principio es una garantía esencial del proceso penal⁴⁵, elevado a rango de derecho fundamental al entenderse implícito, como dijimos *supra*, en el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) Dentro de esta máxima genérica se encuentra la exigencia de la imparcialidad del Juez, lo que supone la separación entre las funciones de instruir, acusar y juzgar, al menos entre acusar y juzgar⁴⁶.

La necesaria imparcialidad del órgano jurisdiccional que debe juzgar el asunto ha sido referida generalmente como principio acusatorio. Como señala la doctrina, en

la actualidad este principio ha quedado desvirtuado y ha adquirido un ámbito mayor, que ha llevado a encuadrar como manifestaciones del mismo principios y reglas del proceso penal que tienen su verdadero enclave en otras figuras, o a confundirlo con otros principios como el de contradicción o el de defensa (v. *infra*)⁴⁷.

Partiendo del sentido original del término referido a la imparcialidad judicial, este principio significa que⁴⁸:

A) No puede existir proceso sin acusación formulada por persona distinta a quien juzga

La acusación es condición y presupuesto del proceso⁴⁹, y para garantizar la imparcialidad será formulada por persona distinta y ajena al Tribunal sentenciador

44 RAMOS MÉNDEZ, F., *Enjuiciamiento Criminal* (11ª ed.), Ed. Atelier, Barcelona 2014, págs. 337 y ss. Como señala la S TC 141/1986, de 12 de noviembre, desde el momento en que al sujeto se le informa de la acusación que pesa sobre él, se pone fin a cualquier intento inquisitivo en el desarrollo del proceso: «se ha acabado la investigación tenebrosa a espaldas del imputado». El TC en su interpretación de las garantías jurisdiccionales penales, pone de manifiesto esta vigencia del principio acusatorio, en tanto que lo conecta con el derecho a conocer la acusación (STC 57/1987, de 18 de mayo); derecho que abarca la fase de recurso (STC 53/1987, de 7 de mayo); en garantía de la presunción de inocencia (STC 105/83, de 23 de noviembre); para exigir la congruencia de la sentencia (STC 91/1987, de 3 de junio) o la prohibición de la *reformatio in peius* (STC 115/1986, de 6 de octubre y 6/1987, de 28 de enero); RAMOS MÉNDEZ, F., *El sistema procesal español* (10ª ed.), Ed. Atelier, Barcelona 2016, págs. 407 y 408; en igual sentido, v. SS TC 283/1993, de 27 de septiembre; 95/1995, de 19 de junio.

45 Véanse CORDÓN MORENO, F., *Introducción al Derecho Procesal*, Ed. EUNSA, Pamplona 1994, págs. 50 y 51; MONTERO AROCA, J., *Principios del proceso...*, cit., pág. 86; DIAZ CABIALE, J. A., *Principios de aportación...*, cit., págs. 207 y 208; MARTÍNEZ ARRIETA, A., *Principio acusatorio: teoría general y aplicación práctica*, en «Los Principios del Proceso Penal», Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid 1992, pág. 64; RUIZ VADILLO, E., *El principio acusatorio...*, cit., págs. 41 y 131; DELGADO MARTÍN, J., *Principio acusatorio y juicio de faltas*, Actualidad Penal 1995-1, Marginal VI, pág. 2.

46 En cuanto a la jurisprudencia, el TC español así lo sostiene desde sus primeras sentencias. Vide SS TC 18/1989, de 30 de enero; 53/1989, de 22 de febrero; 11/1992, de 27 de enero; 125/1993, de 19 de abril; 32/1994, de 31 de enero; 95/1995, de 19 de junio, así como las SS TC 54/1985, de 18 de abril; 84/1985, de 8 de julio; 104/1986, de 17 de julio; 53/1987, de 7 de mayo; 18/1989, de 30 de enero; 55/1990, de 28 de marzo; 186/1990, de 15 de noviembre; 83/1992, de 28 de mayo. Estas señalan que la existencia de una contienda entre dos partes contrapuestas ha de resolverse por un órgano imparcial con neta distinción de las tres funciones procesales fundamentales. La acusación será propuesta y defendida por una persona distinta del Juez; la defensa gozará de las mismas facultades que el acusador y la decisión corresponde a un órgano independiente e imparcial que no actúa como parte frente al acusado.

47 GÓMEZ COLOMER, J.L. en GÓMEZ COLOMER, J.L. / BARONA VILAR, S. (coord.), *Introducción*, cit., pág. 274; ARMENTA DEU, T., *Principio acusatorio y...*, cit., pág. 33; ARMENTA DEU, T., *Principio acusatorio: realidad...*, cit., RDPC. 1996, núm., 2, pág. 266.

48 MONTERO AROCA, J., *El principio acusatorio...*, cit., Justicia 92, págs. 780 y ss.; MONTERO AROCA, J., *La garantía procesal penal...*, La Ley 1994-1, págs. 979 y ss.; GIMENO SENDRA, V., *Fundamentos de derecho procesal...*, cit., págs. 190 y ss.; GIMENO SENDRA, V. / DÍAZ MARTÍNEZ, M., *Derecho Procesal Penal* (2ª ed.), Ed. Civitas – Thomson Reuters, Madrid 2015, págs. 121 y ss.; GÓMEZ COLOMER, J.L., *La procedure pénale...*, cit., págs. 65 y 66; BERZOSA, V., *Principios del proceso*, Justicia 92, págs. 583 y ss.; DIAZ CABIALE, J. A., *Principios de aportación...*, cit., pág. 208; DELGADO MARTÍN, J., *Principio acusatorio y...*, cit., Actualidad Penal 1995-1, Marginal VI, págs. 2 y 3.

49 MONTERO AROCA, J., *Principios del proceso...*, cit., págs. 96 y ss.; GÓMEZ COLOMER, J. L., *La procedure pénale...*, cit., págs. 63 y 64; GÖSSEL, K.H., *Strafverfahrensrecht*, Ed. Kohlhammer, Stuttgart 1977, pág. 32; BAUMANN, J., *Grundbegriffe und Verfahrensprinzipien des Strafprozessrecht*, Ed. Kohlhammer, 3ª ed., Stuttgart 1979, pág. 42; FISCHER, Th., *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, Ed. Beck, Munich 2013, 7ª ed., pág. 2; MEYER-GÖBNER, Lowe-Rosenberg. *Strafprozessordnung Kommentar*, Ed. de Gruyter, 24ª ed., Berlín 1988, pág. 176; MEYER-GÖBNER/ SCHMITT, *Strafprozessordnung Kommentar*, Ed. Beck, Munich 2020, 63ª ed., pág. 575. En el mismo sentido se pronuncia la jurisprudencia, v., entre muchas otras, las SS TC 53/1987, de 7 de mayo; 18/1989, de 30 de enero; 186/1990, de 5 de noviembre; 47/1991, de 28 de enero; 11/1992, de 27 de enero; 125/1993, de 19 de abril; 358/1993, de 29 de noviembre; 277/1994, de 17 de octubre; 36/1996, de 11 de marzo; S TS de 21 de septiembre de 1990 (RA 7208); 15 de enero de 1997 (RA 334); 20 de febrero de 1998 (RA 1182); 2 de abril de 1998 (RA 2965); 27 de abril de 1998 (RA 4135); 12 de junio de 1998 (RA 5317); 1 de septiembre de 1998 (RA 6204); 20 de julio de 1998 (RA 7006); 8 de octubre de 1998 (RA 8051); 22 de enero de 1999 (RA 276); 4 de marzo de 1999 (RA 1948); 14 de junio de 1999 (RA 4139); 19 de julio de 1999 (RA 6509); 28 de enero de 2000 (RA 724); 430/2018, de 3 de octubre (Caso *Tarjetas Black*, RJ 2018/4189), 164/2019, de 27 de marzo (RJ 2019/1220), 338/2020, de 19 de junio (RJ 2020/2452), y 150/2021, de 18 de febrero (RJ 2021/1684).

(arts. 649, 651 y 780 LECRIM)⁵⁰. El proceso presupone la existencia de dos partes, parciales, enfrentadas y un tercero imparcial que debe dirimir la contienda, y que no puede actuar de oficio (*ne procedat iudex ex officio*), salvo supuestos expresamente previstos por la ley⁵¹ (*Wo kein klager, da kein Richter*)⁵².

La existencia y contenido de la acusación sobre la que versará el proceso penal, no puede provenir ni fijarse por el mismo órgano que luego será juzgador. De esta forma se separan las funciones acusatoria y decisoria, por lo que el juicio oral, en que se decidirá el objeto del proceso, se iniciará por parte distinta al órgano jurisdiccional decisor, que tiene prohibido plantear y mantener la acusación⁵³.

El hecho de que el órgano jurisdiccional no sea el encargado de plantear la acusación, no quiere decir que se dé entrada al principio dispositivo en el proceso penal, ya que pese a la inexistencia de denuncia o querrela, nada impide que se ponga en marcha el proceso si el

Juez recibe la *notitia criminis* por otros medios⁵⁴. Consecuencia de la vigencia en el ámbito procesal penal del principio oficial, el Ministerio Fiscal aparece como el órgano encargado de plantear la acción penal⁵⁵. Esta facultad la puede ejercer el Ministerio Fiscal en exclusiva (es el caso alemán); o, como ocurre en nuestro país, conjugarse con la acción particular y popular.

El monopolio del *ius puniendi* por el Estado se desdobra apareciendo una figura imparcial en esencia, en tanto que actúa sometida al principio de legalidad, que es el Ministerio Fiscal (arts. 6 y 7 Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal - EOMF)⁵⁶. Mediante esta institución se impide dejar en manos exclusivamente de los particulares el ejercicio de la acción penal, convirtiéndose en una figura clave del sistema procesal penal⁵⁷.

En Alemania, el Ministerio Fiscal ostenta el monopolio en el ejercicio de la acción penal (§ 152 StPO), salvo en los supuestos de acción privada⁵⁸. La función acusatoria no es la única que tiene atribuida, sino que

50 MONTERO AROCA, J., *El principio acusatorio...*, cit., Justicia 92, pág. 781; MONTERO AROCA, J., *La garantía procesal penal...*, cit., La Ley 1994-1, pág. 980; MONTERO AROCA, J., *Principios del proceso...*, cit., pág. 96; GIMENO SENDRA, V. / DÍAZ MARTÍNEZ, M., *Derecho Procesal Penal*, cit., págs. 124 y ss.; ARMENTA DEU, T., *Principio acusatorio y ...*, cit., pág. 40, "la esencia del acusatorio reside, pues, en primer término, no tanto en la estricta separación entre quien juzga y acusa, sino en la necesidad ineludible de una acusación previa"; ASENCIO MELLADO, J.M., *Principio acusatorio y derecho de defensa*, Ed. Trivium, Madrid 1991, pág. 17; DE DIEGO DÍEZ, L. A., *El derecho a la tutela judicial efectiva en la sentencia penal: los principios acusatorio y de contradicción*, Justicia 88, pág. 110; DIAZ CABIALE, J. A., *Principio de aportación...*, cit., págs. 207 y 208; MARTÍNEZ ARRIETA, A., *La nueva concepción...*, cit., pág. 24; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *El modelo postconstitucional del Ministerio Fiscal en España*, Poder Judicial núm., 27, pág. 11. En el mismo sentido, v., entre otras, las SS TC 113/1992, de 14 de septiembre y 32/1994, de 31 de enero.

51 El § 165 StPO contempla los supuestos en que el Tribunal puede actuar de oficio basándose en el peligro que para la investigación puede suponer un retraso por el órgano encargado de la misma: "§ 165 [Actos judiciales urgentes] En caso de peligro por el retraso, podrá el Juez realizar los actos de investigación necesarios, incluso sin solicitud, cuando un Fiscal no fuere alcanzable." Vide GÓMEZ COLOMER, J.L., *El proceso penal alemán...*, cit., pág. 341.

52 T. del A.: "Donde no existe acusador, no hay juez".

53 SS TC 54/1985, de 28 de abril y 84/1985, de 8 de julio. Consúltense también las SS TC S TC 172/2016, de 17 de octubre, 62/2019, de 7 de mayo, 1/2020, de 14 de enero, 47/2020, de 15 de junio y 22/2021, de 15 de febrero. Véanse DE DIEGO DÍEZ, L. A., *El derecho a la tutela efectiva en la sentencia penal: los principios acusatorio y de contradicción*, Justicia 88, pág. 110; ZIPF, H., *Strafprozeßrecht*, Ed. de Gruyter, Berlin 1996, pág. 72; GÖSSEL, K., *Strafverfahrensrecht*, cit., pág. 33; SCHÄFFER, K., *Strafprozeßrecht*. Eine Einführung, Ed. de Gruyter, Berlin 1976, págs. 220 y ss.

54 ARMENTA DEU, T., *Principio acusatorio: realidad...*, cit., RDPc. 1996, núm., 2, pág. 272.

55 MONTERO AROCA, J., *Principios del proceso...*, cit., pág. 96; GIMENO SENDRA, V. / DÍAZ MARTÍNEZ, M., *Derecho Procesal Penal* (2ª ed.), cit., págs. 123 y 124; ARMENTA DEU, T., *Principio acusatorio y ...*, cit., pág. 43, considera que la aparición del Ministerio Fiscal quiebra el acusatorio, en tanto este sistema tiene como consustancial la iniciativa ciudadana (bien sea individual, colectiva o mediante el jurado de acusación).

56 CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *El modelo postconstitucional...*, cit., Poder Judicial núm., 27, pág. 13.

57 GÓMEZ DE LIAÑO, F., *El Proceso Penal...*, cit., pág. 65.

58 He trabajado este tema en varias ocasiones. Vide GÓMEZ COLOMER; J.L., El modelo alemán del Ministerio Público: Aspectos organizativos y funcionales, *Revista Estudios Jurídicos*. Ministerio Fiscal. El Consejo Fiscal 1999, núm. IV, págs. 127 y ss.; GÓMEZ COLOMER; J.L., El debate acerca del quién en la investigación a la luz de la experiencia y el modelo procesal alemán, *Estudios Jurídicos*. Ministerio Fiscal. El Ministerio Fiscal en el Derecho Comparado - El Consejo Fiscal 2001, núm. VI, págs. 97 y ss.; y GÓMEZ COLOMER; J.L., La Fiscalía alemana: temas relevantes de su organización y funciones, *Diario La Ley*, núm. 99653 de diciembre de 2021, págs. 1 y ss.

En resumen, diré que el Ministerio Fiscal en Alemania es un órgano independiente de la Administración de Justicia que no está sometido a instrucciones por parte del Tribunal. Como ya se ha señalado, su monopolio en el ejercicio de la acción penal quiebra en aquellas ocasiones en que es el sujeto privado quien debe plantear la misma y mantenerla a lo largo del proceso. Se trata de hechos punibles (en la mayoría de los casos castigados con pena privativa de libertad inferior a un año -Vergehen-) en los que la persecución penal sólo se produce en base a una solicitud del ofendido. Son los llamados delitos perseguibles a instancia de parte (*Nachtragsdelikte*):

a) Dentro de este grupo, perseguible a instancia de parte, encontramos, por ejemplo, el allanamiento de morada (§ 123 *Strafgesetzbuch* - StGB); hurtos en el ámbito familiar y del hogar (§ 247 StGB); engaños (§ 182 StGB) etc. En estos casos, el Ministerio Fiscal

por su sujeción al principio de legalidad se convierte también en auténtico “guardián de la ley”⁵⁹. Para evitar los riesgos de una actuación arbitraria del Ministerio Fiscal, dada la posición que ocupa en el ejercicio de la acusación, se regula en los §§ 172 a 177 StPO el procedimiento para forzar la acusación (*Klageerzwingungsverfahren*)⁶⁰.

En el ordenamiento procesal español el Ministerio Fiscal no ostenta el monopolio en el ejercicio de la acusación, sino que en virtud de la exigencia constitucional de los arts. 24, 25 y 125 CE, la acción penal puede ser pública, particular privada y popular y sólo mediante una de ellas se iniciará el proceso penal⁶¹.

De la acusación que se plantea contra él debe darse al acusado información clara, completa y precisa (art. 24.2 CE). Este derecho fundamental de carácter procesal no puede ser entendido aisladamente, pues entonces su efectividad y utilidad serían muy relativas, ya que dicho derecho forma parte indiscutiblemente, y de ahí su pleno sentido, del contenido esencial del principio de contradicción, y es además presupuesto necesario del derecho de defensa, porque a nadie se escapa que

el imputado o acusado difícilmente podría tener participación activa en el proceso y ejercer sólidamente su defensa a lo largo del mismo, si desconociera aquello que se le imputa o acusa⁶².

El derecho a ser informado de la acusación no se entiende cumplido con la información proporcionada por la autoridad pública de persecución al inicio del proceso (v. art. 520.2 LECRIM), sino que exige una continua ilustración conforme se vayan completando los actos de investigación, y después en todo el juicio oral, especialmente a la vista de los resultados probatorios obtenidos que fundarán la acusación definitiva.

B) No cabe condena por hechos distintos respecto a los señalados por la acusación, ni a persona distinta⁶³

La determinación del contenido de la acusación no puede quedar en manos del juzgador, se pondría en peligro su imparcialidad ante los hechos y sujetos que debe juzgar.

El concepto clave para la comprensión de esta exigencia es el del objeto del proceso⁶⁴. El objeto del pro-

no puede ejercer la acción penal, ni el Tribunal puede promulgar o decretar ningún auto de apertura.

El Ministerio Fiscal puede poner en marcha determinadas investigaciones antes de que se de la solicitud penal, cuando sea lícita una orden de prisión o una detención provisional (§§ 127 ss StPO).

- b) Para este tipo de delitos, no se exigirá la solicitud de persecución, en los casos en que el Fiscal considere que se da un determinado interés público en la persecución del delito, interviniendo de oficio como si de un delito oficial se tratara. Es el caso de determinadas lesiones (§ 232.I StGB), sabotaje informático (§ 303 StGB), etc. Junto a ellos, encontramos los delitos de acción privada (*Privatklagedelikte*).

59 ROXIN, C., *Strafverfahrensrecht*, Ed. Beck, 29ª ed, Munich 2017, págs. 56 a 59, donde hace suya esta calificación del Fiscal que fue acuñada por Savigny. La *Gerichtsverfassungsgesetz - GVG* se preocupa por establecer de la forma más clara posible la separación de funciones entre el Tribunal y el Ministerio Fiscal, marcada por el planteamiento de la acusación. Durante la fase de averiguación, el Ministerio Fiscal es dueño del proceso y lleva a cabo todas las averiguaciones necesarias para tomar una decisión respecto a si procede o no ejercer la acusación. Una vez se plantea la acusación, se decide en la fase intermedia si procede o no declarar la apertura del juicio oral en vistas a la acusación planteada. Abierta la vista principal, el Ministerio Fiscal pierde su situación de prevalencia y actúa en ella como el resto de participantes. La importancia del monopolio de la acusación a favor del Ministerio Fiscal, aunque no exenta de excepciones, es tal que algún autor ha señalado dicha característica como un elemento identificativo del principio acusatorio alemán, ZIPF, H., *Strafprozeßrecht*, cit., pág. 73 y 74.

60 ROXIN, C., *Strafverfahrensrecht*, cit., págs. 333 y ss.; PETERS, K., *Strafprozeß. Ein Lehrbuch*, Ed. Müller, Heidelberg 1985, 4ª ed, pág. 536; GÖSSEL, K., *Strafverfahrensrecht*, cit., págs. 99 y 100; BAUMANN, J., *Grundbegriffe und Verfahrensprinzipien...*, cit., pág. 48; GÓMEZ COLOMER, J. L., *El proceso penal alemán...*, cit., pág. 154.

61 MONTERO AROCA, J., *El principio acusatorio...*, cit., Justicia 92, pág. 781; GIMENO SENDRA, V. / DÍAZ MARTÍNEZ, M., *Derecho Procesal Penal* (2ª ed.), cit., pág. 220; MORENO CATENA; V. / CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Derecho Procesal Penal* (10ª ed.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2021, pág. 103.

62 Véase extensamente sobre este derecho PLANCHADELL GARGALLO, A., *El derecho fundamental a ser informado de la acusación*, cit., págs. 89 y ss.

63 MONTERO AROCA, J., *El principio acusatorio...*, cit., Justicia 92, págs. 782 y ss.; MONTERO AROCA, J., *La garantía procesal penal...*, cit., La Ley 1994-1, págs. 280 y 281; MONTERO AROCA, J., *Principios del proceso...*, cit., pág. 96; GÓMEZ COLOMER, J. L., *La procedure pénale...*, cit., págs. 63 y ss.; ARMENTA DEU, T., *Principio acusatorio: realidad...*, cit., RDPC. 1996, núm., 2, pág. 271; MARTÍNEZ ARRIETA, A., *La nueva concepción...*, cit., pág. 25; RANFT, O., *Strafprozeßrecht*, Ed. Boorberg, 2 ed, Munich 1995, pág. 61; ZIPF, H., *Strafprozeßrecht*, cit., pág. 72; MEYERGOßNER/SCHMITT, *Strafprozeßordnung Kommentar*, cit., págs. 874 a 876.

El § 155 StPO establece que: “[Extensión de la investigación]. La investigación y la resolución se extenderán sólo al hecho mencionado en la acción y a las personas inculpadas por la acción”. Vide GÓMEZ COLOMER, J.L., *El proceso penal alemán...*, cit., pág. 336.

64 En el proceso penal la vigencia de los principios de necesidad y oficialidad determinan que las partes no tengan el monopolio sobre la configuración del objeto del proceso. Si el proceso penal se pone en marcha desde el momento en que consta la perpetración de unos hechos punibles por una persona determinada, el objeto del proceso penal no puede ser otro que el hecho criminal imputado y

ceso, sobre el que va a decidirse en el juicio oral, está constituido por unos hechos que se imputan a una persona determinada, dejando fuera del mismo su posible calificación jurídica y la pena a imponer en razón de los mismos. La esencia del principio acusatorio reside en la necesaria existencia previa de una acusación, cuyo objeto, en sus elementos esenciales, permanezca invariable a lo largo de todo el proceso, y no exclusivamente en la separación de funciones a la que la jurisprudencia y la doctrina se viene tradicionalmente refiriendo⁶⁵. Es precisamente la preexistencia y conocimiento de esta acusación la que permite al sujeto preparar y plantear su defensa en el marco de la contradicción, es decir, la que posibilita el ejercicio de la defensa contradictoria.

Esto conlleva una cierta, pero no absoluta, correlación objetiva y subjetiva entre acusación y sentencia (art. 742 LECRIM)⁶⁶.

1. Correlación subjetiva: La sentencia penal sólo va a poder referirse al sujeto o sujetos que previamente hayan sido acusados⁶⁷. El sujeto que se ve sometido a un

proceso penal no tiene una consideración de objeto del mismo en el sentido de recaer sobre él las investigaciones y las pruebas, sino que actúa en el proceso como un sujeto al que asisten determinados derechos, entre ellos y fundamentalmente el derecho de defensa.

2. Correlación objetiva: La sentencia sólo va a poder condenar o absolver por aquellos hechos esenciales vertidos en la acusación y no otros distintos, respecto de los que no se pueda haber defendido. Es por tanto necesario para la efectividad de la defensa, el conocimiento de los hechos que conforman la acusación con todas sus circunstancias. El Tribunal sentenciador no puede entrar a conocer hechos que no estén referidos en la acusación y respecto de los que el acusado no pudo defenderse por no haber tenido conocimiento de los mismos. Es decir, el Tribunal no puede condenar por hechos distintos y a persona distinta de la que figure en la acusación⁶⁸.

La imparcialidad y el principio acusatorio imposibilitan al juzgador poder determinar por sí mismo los hechos que se imputan y el sujeto al que se imputan. En

la persona a quien se imputa. Este objeto se caracteriza por su inmutabilidad, pues no puede ser cambiado ni eliminado, es decir, es indisponible para las partes tanto desde el punto de vista fáctico como jurídico. Los elementos esenciales del objeto del proceso penal son, por tanto, el hecho criminal imputado y la persona acusada. V. GÓMEZ COLOMER, J.L., en MONTERO ROCA, J. / GÓMEZ COLOMER, J.L., / BARONA VILAR, S. / ESPARZA LEIBAR, I. / ETXEBARRIA GURIDI, J.F., *Derecho Jurisdiccional*, vol. III Proceso Penal, cit., págs. 113 y ss.; y GÓMEZ COLOMER, J.L., en GÓMEZ COLOMER, J.L. / BARONA VILAR, S. (coord.), *Proceso Penal. Derecho Procesal III*, cit., págs. 137 y ss.

65 MONTERO AROCA, J., *La garantía procesal penal...*, cit., La Ley 1994-1, pág. 983; ORTELLS RAMOS, M., *El nuevo procedimiento penal abreviado: aspectos fundamentales*, en "El Proceso Penal abreviado (Nueve Estudios)", Ed. Comares, Granada 1997, pág. 10, también publicado en *Justicia* 89, págs. 545-568; ARMENTA DEU, T., *Principio acusatorio y...*, cit., pág. 39, donde reconduce la esencia del sistema acusatorio a la necesidad de una acusación como presupuesto y requisito de incoación del proceso penal, para declarar seguidamente que esa acusación debe plantearse por un sujeto diferente al que debe juzgar.

66 La mayoría de la doctrina considera la correlación como una nota independiente y siempre necesaria del principio acusatorio al igual que ocurre con la prohibición de la *reformatio in peius*, v. MARTÍNEZ ARRIETA, A., *La nueva concepción...*, cit., págs. 24 y 25; ASENSIO MELLADO, J. M., *Introducción al derecho procesal*, cit., pág. 208; BERZOSA, V., *Principios del proceso*, *Justicia* 92, págs. 583 y ss.; RUIZ VADILLO, E., *El principio acusatorio...*, cit., pág. 51. Se desmarca de esta corriente de opinión NIEVA FENOLL, J., *Derecho Procesal III. Proceso Penal*, cit., págs. 420 y ss. Jurisprudencialmente, v. SS TC 134/1986, de 29 de octubre; 17/1988; de 16 de febrero; 205/1989, de 1 de diciembre; 161/1994, de 23 de mayo; 95/1995, de 19 de junio; 155/2009, de 25 de junio; 205/2009, de 23 de noviembre; 70/2010, de 18 de octubre; y 30/2019, de 28 de febrero; así como SS TS de 30 de abril de 1985 (RA 2431); 6 de julio de 1991 (RA 5639); 11 de noviembre de 1991 (RA 8024); 4 de marzo de 1993 (RA 1763); 12 de enero de 1998 (RA 46); 16 de febrero de 1998 (RA 1051); 23 de junio de 1998 (RA 5592); 30 de octubre de 1998 (RA 8566); 22 de diciembre de 1998 (RA 9813); 12 de abril de 1999 (RA 4860); 9 de junio de 1999 (RA 5422); 1 de diciembre de 1999 (RA 8567); 31 de enero de 2000 (RA 727); 28 de febrero de 2000 (RA 1482); 25 de marzo de 2000 (RA 3479); 24 de abril de 2000 (RA 5189); 17 de julio de 2000 (RA 6219); 20 de julio de 2000 (RA 6765); 19 de junio de 2000 (RA 6825); S TS 884/2014, de 26 de diciembre (RJ 2014\6646); 189/2016, de 4 de marzo (RJ 2016\979); 119/2017, de 27 de noviembre (RJ 2017\5092); 561/2017, de 13 de julio (RJ 2017\3321); 735/2018, de 1 de febrero (RJ 2019\323); 521/2019, de 30 de octubre (RJ 2019\4533); 211/2020, de 21 de mayo (RJ 2020\2040); 272/2020, de 3 de junio (RJ 2020\1677); y 499/2020, de 8 de octubre (RJ 2020\3634).

67 "Nadie puede ser condenado sin haber sido previamente acusado" (doctrina de nuestro TC sostenida desde sus inicios, v. SS TC 54/1985, de 18 de abril; 84/1985, de 8 de julio; 163/1986, de 17 de diciembre; 277/1994, de 17 de octubre).

68 GIMENO SENDRA, V. / DÍAZ MARTÍNEZ, M., *Derecho Procesal Penal* (2ª ed.), cit., págs. 125 a 131; GÓMEZ COLOMER, J. L., *La procedure pénale...*, cit., págs. 63 y ss.; DE DIEGO DÍEZ, L. A., *El derecho a la tutela...*, cit., *Justicia* 88, pág. 105. En cuanto a la jurisprudencia, v. SS TC 104/1985, de 4 de octubre; 163/1986, de 17 de diciembre; 20/1987, de 19 de febrero; 18/1989, de 30 de enero; 358 /1993, de 29 de noviembre; 277/1994, de 17 de octubre; 36/1996, de 11 de marzo; 47/1997, de 10 de marzo; 186/2009, de 7 de septiembre; y 43/2013, de 25 de febrero; así como SS TS de 25 de mayo de 1990 (RA 5665); 21 de septiembre de 1990 (RA 7208); 15 de julio de 1991 (RA 5928); 18 de mayo de 1992 (RA 4087); 29 de febrero de 1997 (RA 1387); 459/2019, de 14 de octubre (Caso *Procés*, RJ 2019\3900); 627/2019, de 18 de diciembre (RJ 2020\677); 124/2020, de 31 de marzo (RJ 2020\3592); 245/2020, de 27 de mayo (RJ 2021\13056); 507/2020, de 14 de octubre (Caso *Gurtel*, RJ 2020\4095); 227/2021, de 11 de marzo (RJ 2021\2386); 299/2021, de 8 de abril (RJ 2021\1677); y 520/2021, de 16 de junio (RJ 2021\2868).

cambio, la calificación jurídica de los hechos y la pena a imponer están sujetos al principio *iura novit curia* y al de legalidad, quedando fuera de la disposición de las partes.

La vinculación del Tribunal es doble: Por un lado, cuantitativa ya que no puede condenar por un delito más grave que el referido en la acusación, salvo cuando haga uso del art. 733 LECRIM⁶⁹, con matizaciones en las que ahora no puedo entrar⁷⁰; de otro, se encuentra ante una vinculación cualitativa referida al hecho determinado en las calificaciones y sobre el que recayó toda la actividad probatoria y de defensa⁷¹.

El principio acusatorio vela por el mantenimiento de la identidad del objeto del proceso tanto objetiva como subjetivamente, por lo tanto, el Tribunal va a tomar en consideración como base de su decisión los hechos y sujetos tal y como le son presentados en la acusación, sin poder estimar hechos nuevos.

La Ley Procesal Penal alemana prevé la posibilidad de llevar a cabo una ampliación de la acusación en determinadas circunstancias, que va a permitir al Tribunal entrar a conocer hechos que en un primer momento no constaban en la acusación. Esta ampliación de la acusación o *Nachtragsanklage*, regulada en el § 266, no debe entenderse como una excepción al principio acusatorio, sino una confirmación del mismo⁷².

La relación del principio acusatorio con el objeto del proceso, lleva a la doctrina española a encuadrar el mismo dentro de los principios relativos al objeto del

proceso en tanto que determina su conformación⁷³, estableciendo quien determinará el hecho que se imputa y la persona del imputado⁷⁴, manteniendo así la imparcialidad del órgano jurisdiccional.

C) La imparcialidad de juzgador

El principio acusatorio garantiza, por tanto, la imparcialidad del juzgador. Esta garantía se logra, junto con las dos exigencias analizadas, mediante la distinción entre las funciones de instrucción o investigación y de enjuiciamiento, que necesariamente han de recaer en órganos distintos, pues el órgano decisor perdería su imparcialidad si entrara en contacto con las fuentes de los materiales del juicio sobre los que versa el debate contradictorio⁷⁵.

Esta separación es, desde un punto de vista organizativo, necesaria y consecuencia de la división del proceso en dos fases (instrucción y juicio oral)⁷⁶.

Pese a que el sistema originario de la LECRIM se basaba en dicha distinción de funciones, algunas leyes procesales posteriores hicieron caso omiso de tal diferenciación, otorgando el conocimiento de la instrucción y juicio oral en los procesos por delitos menos graves al Juzgado de Instrucción. A raíz de la S TC 145/1988, de 12 de julio⁷⁷ (basada en la S TEDH de 26 de octubre de 1984 “caso De Cubber”), se da una nueva redacción a los arts. 757 y ss. LECRIM, volviendo a distinguirse entre ambas funciones⁷⁸.

69 Véanse FAIRÉN GUILLEN, V., *Sobre el pasado, presente y posible futuro del art. 733 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, en “Estudios de derecho procesal civil, penal y constitucional”, Ed. Revista de Derecho Privado, t. II, Madrid 1992, págs. 351 y 362, considera que supone la búsqueda del equilibrio entre los poderes inquisitivos del Juez y el derecho de defensa. En el mismo sentido, v. la S TC 161/1994, de 23 de mayo; y ORTELLS RAMOS, M., *Correlación entre acusación y sentencia: Antiguas y nuevas orientaciones jurisprudenciales*, Justicia 91, págs. 532 y ss.

70 Las explico resumidamente en GÓMEZ COLOMER, J.L., en GÓMEZ COLOMER, J.L. / BARONA VILAR, S. (coord.), *Derecho Procesal Penal...*, cit., págs. 420 a 422.

71 GIMENO SENDRA, V., *Fundamentos de Derecho Procesal...*, cit., pág. 204.

72 ROXIN, C., *Strafverfahrensrecht*, cit., págs. 76, 353 y 354; SCHRÖDER, F., *Strafprozessrecht*, Ed. Beck, Munich 1993, pág. 160; ZIPF, H., *Strafprozess*, cit., pág. 72. Vide GÓMEZ COLOMER, J.L., *El proceso penal alemán...*, cit., pág. 367.

73 GIMENO SENDRA, V., *Fundamentos de Derecho Procesal...*, cit., pág. 189.

74 MONTERO AROCA, J., *La garantía procesal penal...*, cit., La Ley 1994-1, págs. 980 y 981.

75 MONTERO AROCA, J., *El principio acusatorio...*, cit., Justicia 1992, págs. 780 y ss.; MONTERO AROCA, J., *La garantía procesal penal...*, cit., La ley 1994-1, pág. 979; MONTERO AROCA, J., *Principios del proceso*, cit., págs. 86 y ss.; MORENO CATENA, V., *Garantía de los derechos fundamentales en la investigación penal*, Poder Judicial, núm. especial III, págs. 34 y 35; CONDE-PUMPIDO FERRERIRO, C., *El modelo postconstitucional...*, cit., Poder Judicial núm., 27, pág. 11; RUIZ VADILLO, E., *El principio acusatorio...*, cit., pág. 131.

76 S TC 32/1994, de 31 de enero; en el mismo sentido, v. ARMENTA DEU, T., *Principio acusatorio: realidad...*, cit., RDPc 1996, núm. 2, pág. 272; DIAZ CABIALE, J. A., *Principio de aportación...*, cit., pág. 208.

77 “La actividad instructora, en cuanto pone al que la lleva a cabo en contacto directo con el acusado y con los hechos y datos que deben servir para averiguar el delito y sus posible responsables, puede provocar en el ánimo del instructor, incluso a pesar de sus mejores deseos, prejuicios o impresiones a favor o en contra del acusado, que influyan a la hora de sentenciar. Incluso aunque ello no suceda, es difícil evitar la impresión de que el Juez no acomete la función de juzgar sin la plena imparcialidad que le es exigible”. En el mismo sentido, entre otras muchas, v. SS TC 138/1991, de 29 de junio; 7/1997, de 14 de mayo; SS TS 25 de junio de 1990 (RA 5665); y 8 de febrero de 1993 (RA 1524).

78 BARONA VILAR, S., en MONTERO AROCA, J. / GÓMEZ COLOMER, J.L. / BARONA VILAR, S. / ESPARZA LEIBAR, I. / ETXEBARRIA GURIDI, J.F., *Derecho Jurisdiccional*, vol. III Proceso Penal, cit., pág. 577; y GÓMEZ COLOMER, J.L., en GÓMEZ COLOMER, J.L. / BARONA VILAR, S. (coord.), *Derecho Procesal Penal...*, cit., pág. 614.

De esta forma, la fase de instrucción o de diligencias previas viene atribuida a un órgano distinto a aquél al que le corresponde juzgar. Concretamente al Juez de Instrucción o a los Juzgados Centrales de Instrucción (art. 306 LECRIM)⁷⁹. La realización de todas las actividades que conforman el sumario⁸⁰ por parte del órgano encargado de decidir en la fase del juicio oral, llevaría, aunque fuera involuntariamente, a prejuzgar⁸¹.

Esta nota se encuentra expresamente contemplada en el art. 6.1 CEDH⁸², y en el art. 24. 2 al proclamar el derecho a un proceso con todas las garantías.

En conclusión, el principio acusatorio supone la existencia de una acusación y que ésta sea planteada y sus elementos fijados por un órgano o sujeto distinto del que deba juzgar el caso. Su vigencia comporta una doble garantía⁸³:

1. La carga que supone el desarrollo de un proceso para el sospechoso debe evitarse en la medida de lo posible, de forma que la exigencia del ejercicio de la acción requiere un previo examen de la sospecha y un filtro para reproches injustificados o poco consistentes.

2. El principio acusatorio determina la imparcialidad en el desarrollo del proceso.

Siendo éste su contenido en sentido estricto, se ha pretendido considerar la prohibición de *reformatio in peius* como una nota más, definitoria del principio acusatorio⁸⁴. Entendemos que esta obligación para el Tribunal es una consecuencia de su imposibilidad de acusar y determinar el objeto del proceso en sus diferentes instancias⁸⁵. La misma lectura, es decir como nota independiente, se ha querido dar a la no atribución al juzgador de poderes de dirección material del proceso, si bien consideramos que esta facultad no afecta a la imparcialidad del juzgador, sino a quién está encargado de dar continuidad al proceso, haciendo que éste pase

de una fase a otra, pero en ningún caso puede suponer un prejuzgar⁸⁶.

Una vez establecidas las notas definitorias de este principio, creemos conveniente realizar alguna consideración que podría servir para clarificar la confusión señalada entre éste y los principios de contradicción y de defensa. Podemos considerar que, si el Juez decide y castiga con base en un elemento esencial del objeto del proceso distinto al planteado por las partes en la acusación, está vulnerando el principio acusatorio (y no el de contradicción), y ello, independientemente de que las partes tuvieran posibilidad efectiva de defenderse respecto al mismo, o la defensa planteada por ellas sirviera tanto a uno como a otro. En cambio, cuando el órgano jurisdiccional se desvincula de elementos que no son esenciales al objeto del proceso, no vulnera el principio acusatorio, pero sí el principio de contradicción en tanto no otorgue a las partes posibilidad de manifestarse y defenderse respecto a dichos elementos⁸⁷.

Desde el momento en que nos encontramos ante supuestos en que puede haber una vulneración de uno de estos principios dejando totalmente a salvo el otro, podemos afirmar que estamos ante postulados diferentes que atienden a necesidades y finalidades diversas, si bien la conexión entre ellos, como garantías del proceso, es evidente⁸⁸.

Estas matizaciones tienen validez si se entiende que el principio acusatorio atiende a la actuación del órgano jurisdiccional frente a las partes (imparcialidad en el sentido referido), y objeto del proceso (vinculación a sus elementos esenciales). El principio de contradicción se refiere, por el contrario, a la intervención de las partes en el proceso, garantizando que conozcan la acusación que pesa sobre ellas, sean efectivamente oídas durante el desarrollo del proceso, y se les dé la oportu-

79 Véase respecto a la división de funciones DE DIEGO DÍEZ, L. A., *El principio "el que instruye no debe juzgar" como garantía de la imparcialidad en el Enjuiciamiento penal*, Poder Judicial 1987, núm. 8, págs. 9 y ss.

80 El sumario o instrucción, tal y como señala el art 299 LECRIM, está constituido por todas aquellas actuaciones tendentes tanto a preparar el juicio como las practicadas con la expresa finalidad de averiguar y hacer constar todas las circunstancias que confluyen en la perpetración del delito, y que puedan servir a la calificación del mismo y fijación de identidad y culpabilidad de los delinquentes.

81 GIMENO SENDRA, V. / DÍAZ MARTÍNEZ, M., *Derecho Procesal Penal* (2ª ed.), cit., pág. 123.

82 SS TEDH, casos Piersack, 1 de octubre de 1982; y De Cubber, 26 de octubre de 1984.

83 SCHRÖDER, F., *Strafprozeßrecht*, cit., pág. 33.

84 Así se entiende en las SS TC 54/1985, de 18 de abril; 84/1985, 8 de julio; 115/1986, de 6 de octubre; 6/1987, de 28 de enero; 15/1987, de 11 de febrero; 186 /1987, de 23 de noviembre; 202/1988, de 31 de octubre; 242/1988, de 19 de diciembre; 17/1989, de 30 de enero; 153/1990, de 15 de octubre; S TC 138/2007, de 4 de julio; 41/2008, de 10 de marzo; 88/2008, de 21 de julio; 141/2008, de 30 de octubre; y 223/2015, de 2 de noviembre.

85 La relación de la congruencia con la prohibición de la *reformatio in peius* se encuentra en AROZAMENA SIERRA, J., *Las garantías judiciales...*, cit., Poder Judicial núm., 35, págs. 35 y 36.

86 MONTERO AROCA, J., *El principio acusatorio...*, cit., Justicia 92, pág. 784; MONTERO AROCA, J., *La garantía procesal penal...*, cit., La Ley 1994-1, pág. 982; GÓMEZ COLOMER, J. L., *La procedure pénale...*, cit., Revue Internationale de Droit Pénal (Vol. 68), pág. 65.

87 ASENSIO MELLADO, J.M., *Principio acusatorio y...*, cit., págs. 11, 12 y 81.

88 ARMENTA DEU, T., *Principio acusatorio y...*, cit., pág. 84.

nidad de defenderse respecto a todos los materiales de hecho y derecho que puedan influir en la resolución⁸⁹.

V. CONCLUSIONES

Dadas las limitaciones establecidas para la extensión de esta modesta contribución, que respeto y comparto, debo poner final a mi exposición. Antes, un resumen apretado de lo que considero más importante:

1º) Principio acusatorio y sistema acusatorio no son los mismos conceptos. Sistema y principio explican dos cosas distintas. En las democracias avanzadas, el sistema acusatorio es el único posible para que el enjuiciamiento de una persona sospechosa de haber cometido el delito sea el propio de un estado de Derecho. Ese principio democrático exige, para que la condena de una persona sospechosa de haber cometido un delito sea posible, una acusación previa formulada por persona distinta a la del juzgador, sea pública, que es lo usual, sea privada, o sea ambas, como ocurre en España. Si no es así, no hay sistema de enjuiciamiento criminal, no hay democracia en definitiva. Esto debe ser hoy obvio.

2º) El principio acusatorio, al contrario, no explica ni el sistema acusatorio, ni justifica la acusación, porque ésta es una consecuencia natural (obvia también) del sistema. Si éste es el sentido que se quiere dar al principio acusatorio es un principio inútil, no sirve para nada, porque el propio concepto de “sistema acusatorio” exige la “acusación”. Está implícito en el *Due Process of Law* anglosajón, el derecho al proceso justo del Convenio Europeo de Derechos Humanos, o el derecho al proceso con todas las garantías de nuestra Constitución. El principio acusatorio sólo tiene sentido si se considera desde el punto de vista de la conformación del órgano jurisdiccional y la concurrencia de uno de sus principios básicos subjetivos, su imparcialidad. La integridad del órgano judicial a la hora de enjuiciar

los hechos criminales imputados a una persona física o jurídica queda garantizada por un principio sólo, ciertamente con muchas derivaciones importantes, a saber, el principio acusatorio.

3º) El principio acusatorio dota así de sentido no al proceso penal, si no a su objeto (penal), su configuración y efectos. Sin una buena regulación y jurisprudencia sobre esta cuestión, el principio acusatorio carecería de sentido y sería hoy una mera reliquia histórica, incapaz de contribuir a lograr la sentencia justa, meta principal del proceso penal propio de un estado de derecho, como es España.

4º) El análisis realizado es tan dogmático como práctico. La concepción que se sostiene en este artículo del principio acusatorio permite afrontar la teoría y contenido del objeto de cada proceso penal concreto en toda su complejidad con garantías razonables de acierto, es decir, de alcanzar la sentencia justa, en la que se absuelva al inocente y se condene al culpable. En este sentido, entre muchas cuestiones, explica la inescindibilidad que existe entre el hecho criminal y su autor o autores, la relación con otros principios procesales y derechos constitucionales, como el derecho a ser informado de la acusación o el derecho de defensa, controla que los actos acusatorios sean coherentes (congruentes, correlativos), explicando cuándo es posible allear esa coherencia y cuándo no (modificación de la acusación, nuevos hechos), explica las razones por las que puede plantearse la tesis de desvinculación, fundamenta la prohibición de la “*reformatio in peius*”, y explica, finalmente, los contornos del principio *non bis in idem* en la litispendencia y cosa juzgada al ser necesario individualizar e identificar ambos hechos (el complejísimo problema de la identidad del hecho).

Lástima que no tenga en España un reconocimiento constitucional explícito. Probablemente habría sido más fácil todo y así no habríamos caído en confusiones o no insistiríamos en teorías estériles.

89 ARMENTA DEU, T., *Principio acusatorio y...*, loc. cit.

1. REVISTA PENAL publica artículos que deben ser el resultado de una investigación científica original sobre temas relacionados con las ciencias penales en sentido amplio; ello incluye investigaciones sobre la parte general y la parte especial del Derecho Penal, el proceso penal, la política criminal y otros aspectos afines a estas disciplinas que preferentemente puedan ser extrapolables a otros países. Los artículos no deben haber sido publicados con anterioridad en otra revista.
2. Los trabajos deben enviarse por correo electrónico en formato Microsoft Word (o en su defecto, en formato *.txt) a la dirección: jcferreolive@gmail.com
3. La primera página del documento incluirá el título del trabajo en castellano y en inglés, el nombre completo del autor o los autores, su adscripción institucional y su correo electrónico, el sumario, un resumen analítico en castellano y en inglés (de unas 100 palabras aproximadamente) y palabras clave en castellano y en inglés (entre 2 y 5 palabras)
4. Los autores deberán elaborar las referencias bibliográficas conforme a las normas ISO 690.
5. Los trabajos se someterán a la evaluación de al menos dos árbitros externos siguiendo el sistema de evaluación doble ciego. Los autores recibirán información del eventual rechazo de sus trabajos, de las reformas requeridas para la aceptación definitiva o de dicha aceptación. Los originales aceptados se publicarán en el primer volumen con disponibilidad de páginas.
6. Es condición para la publicación que el autor o autores ceda(n) a la Revista, en exclusiva, los derechos de reproducción. Si se producen peticiones del autor o de terceros para reproducir o traducir artículos o partes de los mismos, la decisión corresponderá al Consejo de Redacción. Se deberá indicar que el artículo ha sido publicado previamente en el correspondiente número de Revista Penal.

Apuesta por Tirant Online, la base de datos jurídica de la editorial más prestigiosa de España.*



www.tirantonline.com

Suscríbete a nuestro servicio de base de datos jurídica y tendrás acceso a todos los documentos de Legislación, Doctrina, Jurisprudencia, Formularios, Esquemas, Consultas o Voces, y a muchas herramientas útiles para el jurista:

- * Biblioteca Virtual
- * Herramientas Salariales
- * Calculadoras de tasas y pensiones
- * Tirant TV
- * Personalización
- * Foros y Consultoría
- * Revistas Jurídicas
- * Gestión de despachos
- * Biblioteca GPS
- * Ayudas y subvenciones
- * Novedades

* Según ranking del CSIC

 96 369 17 28

 96 369 41 51

 atencionalcliente@tirantonline.com

 www.tirantonline.com