

LA INGENUIDAD DEL ACUSATORIO PORTEÑO

Por Jonatan L. Bregantic

“But grim to see is the gallows-tree,
with its adder-bitten roof”

Oscar Wilde

I.- EXORDIO.

A pesar de lo dicho por la literatura especializada, el proceso penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires es estructuralmente mixto, no acusatorio. No es menos cierto señalar, hegemónicamente hablando, que existen dos tipologías procesales: la acusatoria y la inquisitiva.

En este orden de ideas, las mixturas no son sistemas, sino más bien, asistemáticas por definición. En las mixturas, lo relevante pasa por el reconocimiento de la estructuración predominante. Esta idea permite colegir que el llamado acusatorio formal es un oxímoron.

Por ello, es ingenuo considerar acusatorio al proceso penal porteño. La tardía aparición del juicio por jurados mediante la ley de igual denominación (ley 6.451)¹ no modifica la ecuación; pues, pueden haber procesos penales con intervención de jurados en estructuras mixtas preponderantemente inquisitivas, como es el caso porteño o de la prov. de Buenos Aires, o pueden haber procesos penales acusatorios sin la intervención de jurados, como en los Estados Unidos² o en Inglaterra³.

En las siguientes líneas pretendo enunciar sólo dos problemas sucintos de este proceso penal: el desequilibrio procesal entre partes y los riesgos verticales y horizontales de persecución del acusado.

II.- LA INGENUIDAD DEL ACUSATORIO PORTEÑO.

Tal como sostuve en otras oportunidades, siguiendo al medievalista Robert Jacob, la conjuración de las ordalías carolingias por el IV Concilio de Letrán de 1215, en manos del papa Inocencio III, es la que sin buscarlo va producir la configuración de las culturas judiciales hasta la actualidad. Mientras que el mundo anglófono va conservar la omnisciencia divina en manos del jurado -*vox Dei* a *vox populi*- y, por ese motivo, el *jury trial* conserva importantes características ordálicas, el resto del mundo abraza al Dios *enquêteur* encabezado por el incipiente Santo Oficio. Las diferencias estructurales serán definitivamente inconmensurables. Aunque, veamos el impacto que ello tiene en los procesos:

¹* Abogado con Diploma de Honor. Especialización en Derecho Penal, Procesal Penal y Criminología (Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho), pendiente a ser evaluado por el Tribunal Examinador. Especialista en Justicia Constitucional y Derechos Humanos orientado en Derecho Constitucional y Derecho Procesal Constitucional (Alma mater studiorum - Università di Bologna).

Ley 6.451 (B.O.C.A.B.A. N° 6246, 29/10/21).

² Rule 23 (C) Nonjury trial de las Federal Rules of Criminal Procedure of United States (ver: [Table of Contents - 2021 Federal Rules of Criminal Procedure](#)).

³ Magistrate's Courts Act, 1980 (ver: [Magistrates' Courts Act 1980 \(legislation.gov.uk\)](#)).

a.- La inadvertencia del desequilibrio procesal.

Siguiendo a Gómez Colomer, el sistema adversarial representa un valor superior a cualquier otro por su consideración de la dignidad de las personas, donde, atacante y atacado, Ministerio Público y acusado, son tratados en el proceso como iguales⁴. Entonces, la única adversarialidad que admite el acusatorio es mediante la igualdad real entre adversarios. Ello es una característica ordálica. En cambio, el proceso penal porteño concibe la igualdad desde el sentido virtual o meramente formal. Dicho mejor, desde el desequilibrio por la preponderancia inquisitiva en su mixtura.

Existen, cuanto menos, tres características básicas que dan sustento al desequilibrio en perjuicio del acusado:

1.- La acumulación de funciones. Si bien existe un acierto al pensar que la desconcentración de funciones (investigar / juzgar) es más característica del acusatorio, también hay un desacierto en esa afirmación.

Los Ministerios Públicos del *Commonwealth* no ostentan la función investigativa que es propia y exclusiva de la policía, sino que simplemente ejercen la acusación. En Inglaterra mediante *The Code for Crown Prosecutors* se establecen los estándares para realizar una correcta acusación. Así, las investigaciones son más bien de carácter administrativo, pero con intervención de la jurisdicción en determinados actos o momentos.

Según Moreno, la concentración de funciones (investigar / acusar) en un mismo órgano provocaba un desequilibrio incompatible con el sistema acusatorio⁵. Aclara Díez-Picazo que esta aguda observación es consecuencia del informe titulado *The Prosecution Process in England and Wales* (1970) y de los resultados de la *Philips Commission* (1981), que con inspiración en el derecho escocés, rompen con la tradición inglesa⁶. En el *common law* la acumulación de funciones también puede verse en los *Justices of the Peace* ingleses o en el *Grand Jury* norteamericano⁷. En la Inquisición la acumulación de funciones, sea de inquisidores o fiscales, estaba sustentada por el *ius commune*, v. gr., el *Directorium Inquisitorum*, del fraile dominico Nicolás Aymerich.

2.- La palabra del acusado. Por motivos históricos, la voz o el silencio del acusado guardan un papel relevante en la configuración de los procesos. Nuevamente ocurren dos caminos paralelos.

⁴ Gómez Colomer, Juan-Luis, Introducción al proceso penal federal de los Estados Unidos de América, Ed. Tirant lo Blanch, 2013, p. 85.

⁵ Moreno, Juan D., La decisión de acusar. Un estudio a la luz del sistema acusatorio inglés, Ed. Dykinson, Madrid, 2014, p. 33.

⁶ Díez-Picazo, Luis María, El poder de acusar. Ministerio Fiscal y Constitucionalismo, Ed. INACIPE, Ciudad de México, 2018, pp. 42-43.

⁷ Actualmente, en el Norteamérica se objeta que la policía, como institución pública encargada de descubrir las pruebas queda en posición superior en la realidad que los abogados defensores (Gómez Colomer, Juan-Luis, ob. cit. p. 84).

Originariamente, la declaración juramentada del acusado estaba conminada con la tortura en el derecho inquisitorial. Debido a ello, las reformas, según Tedesco, dadas por la Asamblea Constituyente de la Nueva Francia a la Ordenanza Penal de 1670, en 1789, proscribían el juramento *ex officio*. La reforma normativa se completa con la Constitución sancionada en 1791 y con el consecuente *Code d'instruction criminelle* de 1808⁸. En estas tierras fue la Asamblea del año XIII, el 9 de agosto de 1813, la que suprime tal juramento y, desde entonces, las normativas reconocen que la compulsión del acusado al declarar sea sin juramentar. Así lo sostuvo la Corte Suprema en el clásico caso “Mendoza”⁹.

En el *Commonwealth*, la proscripción del juramento *ex officio* suministrado en la *Star Chamber* y la *Courts of High Commission* llega en 1641. Desde entonces, el acusado lucha por ser testigo en propia causa. De todas formas, en los Estados Unidos con la *Act of March*, de 1878, y en Inglaterra con la *Criminal Evidence Act*, de 1898, se reconoce al acusado la posibilidad de declarar en propia causa sin compulsión previa -la audiencia de arraigo con la declaración performativa responde a la lógica ordálica- y, en forma juramentada.

Entonces, mientras que en los procesos penales herederos del derecho romano canónico el acusado tiene el derecho de guardar silencio o callar, en el proceso acusatorio el acusado tiene el derecho de hablar. La palabra judicial del acusado se vuelve polisémica.

La palabra del acusado en el proceso penal porteño, al no ser juramentada, no puede valer o pesar epistémicamente hablando, lo mismo que la de la víctima. La teoría del caso de la defensa necesariamente va correr siempre con desventaja.

⁸ Tedesco, Ignacio, *El acusado en el ritual judicial*, Ed. Didot, Buenos Aires, 2014, pp. 301-302.

⁹ CSJN, “Criminal, contra Eduardo Mendoza, por falsificación de un manifiesto de Aduana” (Fallo, 1:350), 28/10/1864