

LOS VALIENTES ACUSADORES GRIEGOS

Por Nicolau EIMERIC

I. INTRODUCCIÓN

El estudio de los acontecimientos históricos, en ocasiones, puede resultar sumamente útil para comprender el presente. Eso es lo que sucede, a nuestro juicio, con el estudio de la historia del derecho procesal penal.

La importancia del estudio histórico en este tipo de temas es fundamental. Éste permite realizar una evaluación de los diversos papeles que los distintos elementos, instituciones, prácticas y operadores de todo sistema de administración de justicia penal —en este trabajo en especial, el acusador particular— han desempeñado a través de la historia del procedimiento penal y, especialmente, de las consecuencias que la participación de estos últimos ha generado, y del significado político-criminal que esa participación ha tenido¹.

Para expresarlo sintéticamente, coincidimos con las palabras de Herman BIANCHI:

*"Another important feature in this book is the use of historical and cross-time analysis. Changes in systems of crime control do not just appear out of the blue. History is important in order to check up on the rights time to change"*².

No es inusual que el estudio de una institución jurídica comience por sus antecedentes y desarrollos históricos, al menos en aquellas ramas del derecho no vinculadas al derecho procesal penal, tal como sucede, por ejemplo, con diversas instituciones del derecho civil y su remisión a las fuentes respectivas del derecho romano. No ha sucedido lo mismo, sin

¹ Cf. VÉLEZ MARICONDE, Alfredo, *Derecho procesal penal*, Ed. Marcos Lerner, Córdoba, 1986, 3ª ed., t. I, ps. 19 y ss.; MAIER, Julio B. J., *Derecho procesal penal*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1996, 2ª ed., t. I, ps. 259 y siguientes.

² BIANCHI, Herman, *Justice as Sanctuary. Toward a New System of Crime Control*, Ed. Indiana University Press, Bloomington-Indianapolis, 1994, p. xi.

embargo, con el estudio de las instituciones del derecho procesal penal, especialmente en el ámbito académico de la UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES, en el cual gran parte de la doctrina se limitó, por años, a realizar un análisis exegético de las disposiciones del derecho positivo³.

Quizá ésta sea una de las razones por las cuales el viejo Código OBARRIO subsistió incuestionado en el ámbito federal hasta la última década del siglo XX, para ser reemplazado por el Código Procesal Penal de la Nación —en adelante CPP Nación— que, con algunas modificaciones, fue sancionado por el Congreso Nacional el 21 de agosto de 1991, y promulgado el 4 de septiembre del mismo año. A pesar de la fecha de su adopción, el sistema de enjuiciamiento que establece responde al modelo político de los códigos napoleónicos y, lo que es peor aún, su fuente principal es el código fascista italiano de ROCCO.

Así, señala MAIER, al analizar la historia legislativa del CPP Nación vigente:

“... Pero la influencia de la legislación europeo-continental reformista, del siglo XIX, no se reduce al Derecho procesal penal italiano, pues las citas demuestran un conocimiento cabal de los autores de todo el movimiento, en especial de la Ley de enjuiciamiento criminal de España (1882), de la Ordenanza procesal penal alemana (1877) y del Código procesal penal francés (1808)...”⁴.

Y en una nota al pie, el mismo autor agrega:

“... Es conocido que el Código de Procedimiento Penal para el Reino de Italia de 1930 representa, idelógicamente, la reforma fascista de 1913, aun cuando sean reconocidas sus virtudes técnicas...”⁵.

El estudio histórico del derecho procesal penal nos muestra cómo, a través del transcurso del tiempo y en distintas organizaciones sociales, se ha desarrollado la constante tensión entre dos modelos opuestos de

³ Se debe reconocer que esta afirmación es cada vez menos acertada, debido a la influencia del debate académico y de la entrada en vigencia del nuevo Plan de Estudios adoptado en la FACULTAD DE DERECHO —y, hasta cierto punto, en la UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES con la creación del CICLO BÁSICO COMÚN— en 1984.

⁴ MAIER, *Derecho procesal penal*, cit., t. I, p. 416.

⁵ MAIER, *Derecho procesal penal*, cit., t. I, p. 416, nota al pie nº 217.

enjuiciamiento penal, y cómo el estado de esta tensión ha dependido de la organización social a la que responde el procedimiento, de la distribución social del poder político y, fundamentalmente, de la situación del individuo frente a este poder.

Sin embargo, uno de los profesores que más ha fomentado el estudio histórico en nuestro medio académico ha sido MAIER :

“III. La visión histórica a la que accederemos se vincula más con la historia interna de las instituciones jurídicas, correspondientes a la persecución penal, que con su historia externa. No pretende, por ello, acumular erudición acerca del devenir histórico, sino mostrar, por un lado, la correspondencia entre ideología practicada y sistema de enjuiciamiento penal...”⁶.

De este modo, el enfoque histórico permite develar las dimensiones políticas de la decisión de cómo debe organizarse la persecución y la sanción de los individuos infractores de la ley penal, llevando la discusión a los dominios de la política criminal, sin permitir que las decisiones en juego se oculten tras los oscuros tecnicismos —pretendidamente neutros— de cierto tipo de saber jurídico.

VÉLEZ MARICONDE ha enumerado, entre las más importantes, las siguientes razones que abonan la necesidad del estudio histórico:

- a) poner de relieve los factores sociales y el marco cultural que determinaron las instituciones fundamentales de cada época;
- b) acreditar la íntima conexión que existe entre el régimen político y el proceso penal; y
- c) señalar el estado de la lucha incesante entre los intereses sociales y el interés por la libertad individual⁷.

MAIER, por su parte, justifica esta necesidad al analizar al derecho procesal penal como producto cultural que, al regular la realización del poder estatal

⁶ MAIER, *Derecho procesal penal*, cit., t. I, ps. 262 y siguiente.

⁷ Cf. VÉLEZ MARICONDE, *Derecho procesal penal*, cit., t. I, p. 19.

que con mayor intensidad afecta a la libertad personal, señala más claramente la ideología imperante o impuesta por el *efectivo ejercicio del poder político generado por cada organización social*⁸.

VÉLEZ MARICONDE señala que el derecho procesal penal resume el estado de la tensión entre los intereses sociales e individuales, luego de señalar la relación siempre presente entre proceso penal y organización política, dejando de lado que el proceso penal refleja, en todo caso, la oposición entre los intereses del individuo y los intereses que protege el sistema político. Para expresarlo de otro modo, podemos sostener que esta rama del derecho refleja el estado de la tensión entre la protección de las libertades y la eficiencia en la persecución, sirviendo por ello, como lo ha destacado GOLDSCHMIT, como termómetro del autoritarismo del ordenamiento jurídico⁹.

II. EL DERECHO GRIEGO DE LA ANTIGÜEDAD

En el apogeo ateniense se distinguió claramente dos tipos de delitos: los delitos públicos y los delitos privados. En cuanto a estos últimos, se consideraba que "... no herían más que un interés particular, de modo que la acción era ejercida por el ofendido, o sus padres, o tutor, o su amo, y se extinguía mediante transacción o desistimiento"¹⁰.

Ello significa que en el contexto de los delitos privados regía un sistema acusatorio material que se estructuraba alrededor de la acción penal privada. No ocurría lo mismo, en cambio, con los delitos de acción pública,

⁸ Cf. MAIER, *Derecho procesal penal*, cit., t. I, p. 260. Esta afirmación resulta, en realidad, algo contradictoria con la calidad que le reconoce al Código fascista italiano, principal fuente normativa de lo que él denomina "códigos modernos", utilizando como paradigma el Código cordobés de 1939.

⁹ Cf. GOLDSCHMIDT, J., *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*, Ed. Ejea, Buenos Aires, 1961, t. II, p. 109.

¹⁰ VÉLEZ MARICONDE, *Derecho procesal penal*, cit., t. I, p. 27.

respecto de los cuales si bien también regía un sistema acusatorio material —como regla¹¹—, éste se fundaba sobre la base de la acción popular.

PLUTARCO señaló que SOLÓN, arconte de Atenas, en la década del 590 A. C.:

“... advirtiéndole que todavía convenía dar más auxilio a toda la flaqueza de la plebe, concedió indistintamente a todos el poder de presentar querrela en nombre del que hubiese sido agraviado; porque herido que fuese cualquiera, o perjudicado o ultrajado, tenía derecho el que podía o quería de citar o perseguir en juicio al ofensor: acostumbrando así el legislador a los ciudadanos a sentirse y dolerse unos por otros como miembros de un mismo cuerpo”¹².

También sostuvo que SOLÓN, a la pregunta acerca de “¿Cuál es la ciudad mejor regida?”, contestó: “Aquella en que persiguen a los insolentes, no menos que los ofendidos, los que no han recibido ofensa”¹³. Tal respuesta contiene todo un programa político-criminal, y, especialmente, una noción de ilicitud. El alcance del programa y del concepto de ilicitud dependerá, en este contexto, de la amplitud con que se definan los delitos públicos.

En este sentido, un sistema tal resultaba perfectamente acorde con ciertas necesidades de centralización y oficialidad en el programa de persecución penal. De allí que la Asamblea del Pueblo podía actuar —si bien excepcionalmente—, “... para juzgar, en interés de la República, delitos políticos muy graves. Era convocada por un *arconte*, no estaba sometida a formalidad alguna y el acusado no tenía garantías. La gravedad del hecho justificaba este notable defecto”¹⁴.

Como se puede apreciar, siempre se acudió a la justificación del interés público para atribuir poder persecutorio a órganos dependientes del poder

¹¹ Dice VÉLEZ MARICONDE (*Derecho procesal penal*, cit., t. I, p. 27): “Pero la acusación de los delitos públicos no quedaba exclusivamente en manos de los ciudadanos. Los *Thesmotetas* podían denunciar ante la Asamblea del pueblo o el Senado algunos atentados que ponían en peligro la ciudad misma, y tales organismos nombraban entonces el ciudadano que debía encargarse de acusar”.

¹² PLUTARCO, *Vidas paralelas*, citado por MAIER, *Derecho procesal penal*, cit., t. I., p. 270.

¹³ PLUTARCO, *Vidas paralelas*, citado por MAIER, *Derecho procesal penal*, cit., t. I., p. 270.

político que actuaban con notables ventajas sobre las personas sometidas a persecución penal.

Entre los diversos tribunales que funcionaron a lo largo de la historia de la democracia griega, podemos mencionar:

- El *Areópago*: "... el más antiguo y célebre tribunal de Atenas... Originariamente, este tribunal tuvo una amplia jurisdicción, la que con posterioridad fue restringida..."¹⁵. Su competencia se redujo, entre otros motivos, por la creación del *Helión*¹⁶.
- Los *Efetas*: tribunal de 51 jueces y su competencia se limitaba a homicidios no dolosos¹⁷.
- El tribunal de los *Heliastas* (también llamado *Helión*): el principal tribunal de la democracia ateniense, ejercía la competencia común¹⁸. Estaba "... compuesto por gran número de personas, variable según los casos (de 500 hasta 6.000 cuando todas sus secciones se unían para el juicio)..."¹⁹.

En los delitos públicos, existía un sistema de persecución asentado sobre la base de la *acción penal popular*, esto es, en poder de ser ejercida por cualquier ciudadano. Lo positivo del sistema consistía en que el ciudadano que hacía las veces de acusador *asumía responsabilidad personal* por su empresa:

"Además, el acusador asumía una grave responsabilidad: así como en caso de condena recibía una parte de los bienes que se le confiscaban al delincuente, en caso de absolución era objeto de graves penas, cuya magnitud dependía de los votos emitidos en uno u otro sentido por los

¹⁴ VÉLEZ MARICONDE, *Derecho procesal penal*, cit., t. I, p. 26. MAIER señala que "... la Asamblea del Pueblo dejaba de lado las formas y garantías del procedimiento común en aras de la importancia política del problema..." (*Derecho procesal penal*, cit., t. I., p. 271).

¹⁵ VÉLEZ MARICONDE, *Derecho procesal penal*, cit., t. I, p. 26.

¹⁶ Cf. MAIER, *Derecho procesal penal*, cit., t. I., p. 270.

¹⁷ Cf. VÉLEZ MARICONDE, *Derecho procesal penal*, cit., t. I, p. 26.

¹⁸ Cf. VÉLEZ MARICONDE, *Derecho procesal penal*, cit., t. I, p. 26.

¹⁹ MAIER, *Derecho procesal penal*, cit., t. I., p. 271.

miembros del tribunal. Sólo quedaba exento de pena si la quinta parte de los jueces estimaba que la acusación tenía fundamento²⁰.

Por supuesto, cuando con el arribo de la Inquisición el Estado se apropió del poder de castigar, la responsabilidad del acusador desapareció.

Dejando de lado la crítica que se puede formular al sistema de acción popular con el fundamento que tuvo entre los griegos, lo cierto es que el procedimiento era sencillo y justo. Como regla, el acusado gozaba de libertad hasta la realización del juicio público²¹.

El procedimiento común comenzaba con el control de la imputación por parte de un arconte, quien también se ocupaba de garantizar que el acusador no abandonaría la persecución. Iniciado el juicio público de manera prácticamente inmediata luego de la comparecencia de acusador y acusado, se producía la prueba testimonial, y tanto a los esclavos como a los hombres libres se los podía someter a tortura durante su declaración. También se practicaban algunas ordalías o juicios de DIOS.

Terminado el juicio, luego de los alegatos, el tribunal popular decidía inmediatamente sobre la culpabilidad o inocencia. En caso de inocencia, se analizaba la conducta del acusador. En caso de culpabilidad, se realizaba una nueva votación para resolver acerca de la pena. La decisión del tribunal, como órgano depositario de la soberanía, era irrecurrible²².

²⁰ VÉLEZ MARICONDE, *Derecho procesal penal*, cit., t. I, ps. 27 y s. Un sistema similar de acción popular con incentivo económico rige actualmente en los EE.UU., en el ámbito del derecho penal federal y para delitos cometidos por funcionarios estatales en perjuicio del Estado. Sobre este particular sistema de acciones penales, denominadas *qui tam*, cf. BOVINO, Alberto, *Mecanismos de control de delitos que perjudican al Estado en el derecho federal de los Estados Unidos*, en "Pena y Estado", Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1996, n° 1.

²¹ Bastaba para ello que asegurara su comparecencia al juicio "por intermedio de tres ciudadanos... salvo raros casos de traición o conspiración" (MAIER, *Derecho procesal penal*, cit., t. I, p. 270).

²² Cf. MAIER, *Derecho procesal penal*, cit., t. I, ps. 271 y s.; VÉLEZ MARICONDE, *Derecho procesal penal*, cit., t. I, ps. 28 y siguiente.

En síntesis, el sistema griego contaba con las notas características del procedimiento acusatorio material que rigió hasta el advenimiento de la Inquisición:

- a) la jurisdicción era ejercida por tribunales populares;
- b) el acusador era un particular que respondía por su conducta;
- c) no existía una etapa formalizada de investigación;
- d) antes del juicio, la libertad del imputado era la regla;
- e) el juicio era un debate público y contradictorio entre ambas partes, que se enfrentaban en igualdad de condiciones;
- f) la decisión del tribunal era inimpugnable, como expresión de una decisión de soberanía popular.

El fundamento del sistema de la acción popular —especialmente en la República romana— no difiere tanto de los fundamentos del principio de estatalidad en la persecución penal. Lo que sucede es que se invierten los papeles: no es necesario que el Estado reemplace al individuo, pues es el ciudadano quien se siente honrado en representar a la comunidad en el ámbito de justicia penal. Es otra forma de centralizar el poder persecutorio y de proteger los intereses definidos por el poder político como “sociales”, sólo que mucho más sutil.

Por otra parte, el panorama ideal del sistema de enjuiciamiento penal acusatorio material de los sistemas griego y romano descansaba sobre el régimen político. Si el acusador respondía por su conducta procesal era —sólo en parte— porque en el enjuiciamiento penal se enfrentaban dos ciudadanos con iguales derechos, dos pares²³.

²³ Esto variará sustancialmente con la Inquisición, que enfrenta al súbdito inerme con el poder de la institución estatal.

III. LA RESPONSABILIDAD DEL ACUSADOR

En los sistemas acusatorios materiales de la Antigüedad²⁴ y de la Edad Media²⁵, la acción penal era privada en sentido estricto, en cabeza del ofendido o sus parientes —derecho germánico—, o acción popular privada, esto es, podía ser ejercida por cualquier ciudadano —derecho griego y romano republicano—.

Lo que definía a esos sistemas como acusatorios materiales era, precisamente, que el ejercicio de la acción penal estaba *en manos de particulares y no de un órgano estatal* interesado en la persecución penal. Sólo excepcionalmente se perseguía a través de órganos públicos²⁶.

Ahora bien, como se trataba de un sistema en el cual un ciudadano acusaba a otro, estos se hallaban en pie de igualdad y se enfrentaban en un juicio público, contradictorio y continuo. Dado que las funciones persecutorias eran confiadas a particulares, se estableció la responsabilidad de los acusadores por procesos infundados. De este modo, se pretendió reducir el número de acusaciones frívolas.

Por este mismo motivo, el derecho griego, a modo de excepción, no sancionaba al acusador que perdía el caso cuando una quinta parte de los jueces estimaba que la persecución había tenido fundamentos.

Pero la responsabilidad del acusador perdidoso tiene significados adicionales, e iba más allá del pretendido fin de evitar acusaciones infundadas. Así, el régimen de responsabilidad del acusador permite afirmar las siguientes circunstancias:

- El hecho de que en un proceso penal se enfrentaban pares acarrea como consecuencia que ambas partes sufrían el riesgo de resultar sancionadas.

²⁴ El derecho griego y el derecho romano republicano.

²⁵ El derecho germánico.

- La responsabilidad del acusador no sólo operaba en casos en los cuales no existían fundamentos por inexistencia de delito. También evitaba la realización del juicio al operar en casos en los cuales se contaba con prueba insuficiente y, además, por delitos que no eran considerados tales por la comunidad política.
- Como sucede en el procedimiento de derecho privado de la actualidad, la responsabilidad del acusador se instrumentaba a través de medios equivalente a mecanismos que, como las contracautelas, protegían los intereses patrimoniales del demandado para el supuesto de que el demandante no gane el caso. De este modo, las medidas tomadas durante el procedimiento, si causaban algún daño al demandado, eran reparadas y sus intereses protegidos.
- La responsabilidad del acusador operaba como incentivo para que se llevara a cabo una persecución penal seria y responsable. En un sistema tal, parece difícil pensar en la posibilidad de que el acusador llegue al juicio mal preparado, o que realice una investigación negligente con anterioridad al juicio.

IV. FINAL

IV. 1. La falta de responsabilidad

Desde que en el ámbito del derecho continental-europeo apareció la persecución penal pública, desapareció la responsabilidad funcional del acusador estatal. Los representantes del interés persecutorio, por negligentes que sean, no responden por sus faltas.

La razón más obvia para explicar esta falta de responsabilidad es que se trata de órganos del Estado. A pesar de que en el procedimiento penal se hallan en juego numerosos y diversos derechos fundamentales de la persona

²⁶ Así, por ej., el procedimiento ante la Asamblea del Pueblo griega por delitos políticos.

humana, el Estado no se hace responsable por los daños legítimos e ilegítimos que causa su actividad persecutoria.

En la Declaración Americana sobre Derechos Humanos se establece tímidamente la responsabilidad del Estado por condenas erróneas:

Artículo 10. Derecho a Indemnización

Toda persona tiene derecho a ser indemnizada conforme a la ley en caso de haber sido condenada en *sentencia firme por error judicial* (destacado agregado).

Del mismo modo, el art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Politicos dispone:

6. Cuando una *sentencia condenatoria firme* haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de *un error judicial*, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia deberá ser indemnizada, conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido (destacado agregado).

Pero esta responsabilidad no alcanza las medidas cautelares —prisión preventiva— infundadas, o las acusaciones frívolas o faltas de elementos de convicción. Sólo se responde cuando se ha impuesto una condena firme por error judicial, restringiéndose significativamente el ámbito de la responsabilidad estatal. Si tenemos en cuenta el porcentaje de acusaciones que no llegan a condena²⁷, percibiremos la magnitud de la reticencia del Estado de hacerse responsable por su actividad persecutoria.

A modo de ejemplo, en El Salvador, en el período del 20 de abril de 1998 al 30 de junio de 2000, de un total de 60.374 causas sólo en 2.005 de ellas se impuso sentencia condenatoria (un 3,32 %), mientras que en el período de enero a junio de 2000, un 65,90 % de los imputados sufrieron detención cautelar.

²⁷ Cf. MARTÍNEZ VENTURA, Jaime, *Beneficios penitenciarios de las personas privadas de libertad*, Ed. FESPAD, San Salvador, 2000, ps. 18 y 22.

IV. 2. Algunas razones

A continuación enunciaremos algunos motivos que, a nuestro juicio, explican la falta de responsabilidad del Estado por su actividad en la persecución de los hechos delictivos:

- La primera razón manifiesta de la falta de responsabilidad del Estado por sus negligencias, errores y falta de seriedad en la aplicación de las políticas persecutorias es que se trata del Estado, y aprovecha su situación privilegiada respecto a los individuos sometidos a persecución penal para no responder por los daños que legítima o ilegítimamente causa en su actividad acusatoria.
- Otra razón de la falta de responsabilidad del acusador estatal se vincula con la existencia estructural de contraincentivos procesales propios de la persecución penal pública²⁸. En efecto, regulado el procedimiento penal sobre la base de la persecución penal pública, la práctica judicial genera espontáneamente una serie de contraincentivos a su actuación responsable.
- Así, por ejemplo, no existe mecanismo alguno que incentive a los acusadores estatales a cumplir los plazos, a ser diligentes, o a conducir una investigación en un plazo razonable. Los errores en la investigación y procuración de los casos penales no producen consecuencia negativa alguna en la tarea de los fiscales ni de los jueces.
- Los fracasos en la tramitación de los casos tampoco generan mecanismos que puedan actuar como incentivos para reducir seriamente tales fracasos.
- El encarcelamiento preventivo se aplica indiscriminadamente no como consecuencia de una investigación responsable, sino para iniciar las

investigaciones. Se detiene para investigar, en vez de investigar para detener.

En síntesis, la justicia penal aplica un sistema arbitrario e ilegal que se caracteriza por lo siguiente:

- a) incumplimiento de los deberes legales de los órganos públicos de la justicia penal;
- b) abuso de detenciones preventivas legítimas e ilegítimas;
- c) constante negligencia en la investigación preliminar;
- d) morosidad en la tramitación de los casos; y
- e) trato desigual entre órganos públicos y partes privadas que intervienen como operadores en el procedimiento.

Y todo ello, sin costo funcional, profesional ni económico alguno, pues, a diferencia de los demás operadores, los órganos públicos de la administración de justicia penal son absolutamente irresponsables por sus actos. De manera vergonzosa, un demandante que solicita una medida cautelar en un proceso civil es responsable del daño que pueda causar, pero un funcionario encargado de la acusación estatal de los delitos puede lograr la detención infundada de una persona inocente por años sin responder por semejante arbitrariedad. En síntesis, los intereses patrimoniales merecen mayor protección por parte del ordenamiento jurídico que la libertad personal. Aunque, en verdad, deberíamos reconocer que los órganos de la justicia penal estatal reciben mayor encubrimiento por parte del orden jurídico que los particulares que recurren a un procedimiento civil.

²⁸ Por ejemplo, el carácter "ordenatorio" de los plazos para las autoridades judiciales; la inaplicabilidad del plazo de la ley 24.390 de modo automático como expresión del "plazo razonable" de detención previsto en el art. 7.5 de la Convención Americana.

