

EL MINISTERIO PUBLICO
EN LA RELACION PROCESAL PENAL

*Dr. Mario Alberto Houed Vega y
Lic. Fernando Cruz Castro*

Funcionarios del Ministerio Público
y profesores de la Facultad de Derecho
de la Universidad de Costa Rica.

Sumario: a) Formas de intervención, b) Naturaleza jurídica de dicha intervención. (¿Es el Ministerio Público "parte"?). c) Análisis de Jurisprudencia: Recurso de Casación formulado por el M.P. Resolución de la Sala Segunda Penal. Conclusiones.

Principales abreviaturas utilizadas:

LECr: Ley de Enjuiciamiento Criminal (España).

CPP o CPPCR: Código de Procedimientos Penales de Costa Rica.

M.P.: Ministerio Público.

M.F.: Ministerio Fiscal.

a) *Formas de intervención*

Antes de pasar a examinar los criterios que consideran o no como "parte" al Ministerio Público en la relación procesal, es conveniente recordar cuáles son los sistemas más importantes de la intervención de aquél, atendiendo a si lo hace con carácter exclusivo o si, por el contrario, permite la acción popular.¹

Esos sistemas son los siguientes: a) El que no conoce más acusación que la del órgano público (monopolio a cargo del M.P. o M.F.), ejercitándose la acción aún cuando para proceder se requiere la instancia del ofendido, caso éste de los sistemas francés, italiano, argentino (en sus provincias de Córdoba, Salta y Mendoza, entre otras) y costarricense.² b) Sistema en el que, además de

1 Debe recordarse que la diferencia entre el "acusador particular" y el "acusador privado" (ver nota 12 de este trabajo) estriba precisamente en que el primero es el que ejercita la llamada "acción popular" (concedida en el artículo 101 de la LECr, y eliminada del CPPCR actual, mientras que el segundo es la persona que sólo está legitimada porque en su contra se ha realizado un hecho pueda revestir carácter privado (en la legislación española son: la injuria, la calumnia, el adulterio y el amancebamiento). Sin embargo, existe en el derecho español una especie de *tertius genus* de acción, originando peculiaridades con respecto al sujeto ejerciente de ella, de manera que, en cuanto a la iniciación, no se le puede colocar en la especie de acusador particular ni en la de acusador privado. Ejemplos de hechos que pueden dar origen a esta clase de acción ("delitos de denuncia privada") son: la violación, los abusos deshonestos, el estupro, el rapto y el abandono de familia. A esta especie de *tertius genus* de acción, el CPPCR actual (Cód. Proc. Pen. de Costa Rica) denomina "*delitos de acción pública dependientes de instancia privada*" (art. 6) a que luego hacemos referencia. Para mayor información sobre este tema y en relación con la LECr española, recomendamos la obra de los profesores PRIETO-CASTRO y GUTIERREZ DE CABIEDES, Manuales Universitarios Españoles (MUE), Derecho Procesal Penal, ed. Tecnos, Madrid, 1976, pág. 105 a 108.

2 El artículo 6 del CPPCR, referido a los delitos de "*acción pública dependientes de instancia privada*" a que hicimos mención en la nota anterior, dice: "Cuando la acción pública dependa de instancia privada, como el estupro y la sodomía, sólo podrá iniciarse si el ofendido por el delito, o en orden excluyente, sus representantes legales, tutor o guardador, formularen denuncia ante autoridad competente para recibirla; pero se procederá de oficio en los casos previstos por el Código Penal". En este sentido debemos señalar que, con motivo del actual Código Procesal Penal Costarricense (que introdujo el mencionado concepto de "delitos de acción pública dependientes de instancia privada"), hubo de ser agregado un nuevo artículo al Código Penal (con el número 81 bis para no desorganizar su numeración) en el que se señalan los delitos que tienen tal condición. Dice este artículo: "Son delitos de acción pública perseguibles sólo a instancia privada: a) El estupro, la sodomía, el contagio venéreo y la violación

la acción del M.P. (M.F.), se ejercita la acción popular;³ o sea, que la acción de los particulares no excluye la oficial, excepto en algunos casos.⁴ Este es el del sistema español y el de varios países hispanoamericanos (Guatemala, Salvador, etc.). c) Sistema "sui generis", donde la acusación oficial no está absolutamente excluida respecto de ninguna clase de infracciones, esto es, que su intervención (del M.P.) ocurre en todos los asuntos conocidos por los tribunales. Ejemplo del mismo es el sistema alemán.⁵ La diferencia pues, de este sistema con el primero, estriba en que en aquel el M.P. queda excluido en los casos de delitos de acción privada⁶ los que se reservan para los particulares ofendidos (injuria y calumnia entre otros).

Esos son, pues, en líneas generales, los sistemas principales de intervención del M.P. (M.F.) en el proceso penal, por lo menos a nuestros efectos.⁷

(en determinados casos) b) Los abusos deshonestos y el rapto, cuando no ocurren las circunstancias previstas en los artículos 157 y 158 (CPPCR). c) Las lesiones leves, el hurto, etc... siempre que el imputado fuere ascendiente o descendiente del ofendido, o hermano, tío o sobrino, por consanguinidad o afinidad... etc... (expone otros casos de parentesco); y ch) Aquellos que leyes especiales califiquen como tales". En el párrafo final del mismo artículo se hace alusión a la circunstancia señalada en el art. 6 del CPPCR arriba enunciado, diciendo que se procederá de oficio, a pesar de lo expuesto, cuando "el ofendido no tuviere quien lo represente ni se hallare bajo la guarda de ninguna persona, o existiere entre ellos interés contrapuesto", procediendo a actuar el M.P., salvo que el ofendido fuere menor de edad, en cuyo caso necesita (el M.P.) la autorización del Patronato Nacional de la Infancia, quien también puede denunciar el hecho punible.

3 El artículo 101 de la LECr consagra según dijimos, el principio de la acción popular, permitiendo que "todos los ciudadanos españoles —sean ofendidos o no por el delito— pueden ejercitar la acción penal con arreglo a las prescripciones de la ley"; considerando "ofendidos" también a los extranjeros (art. 270).

4 Los casos de excepción están contemplados en el artículo 104 de la citada LECr, y se refieren a delitos y faltas perseguibles sólo a instancia de parte privada, en los cuales las acciones penales respectivas no pueden ser ejercitadas sino tan solo por las personas que la ley taxativamente señala. ("... sólo podrán ser perseguidas por los ofendidos o por sus legítimos representantes").

5 Así lo expone claramente el Profesor PRIETO-CASTRO en su Conferencia (ver supra nota 39, ob. cit. ps. 27 a 31) al tratar de las amplias facultades concedidas al M.F. alemán después de la "Gran Reforma de 1974", que convirtió al Ministerio Fiscal en un verdadero juez instructor.

6 El CPPCR reserva el Capítulo IV (arts. 428 a 446 inclusive) para los juicios por delitos de acción privada).

7 Del sistema inglés no nos ocupamos por ser la "Dirección de persecuciones" (Direction of persecutions) muy distinta de lo que entendemos por M.P. (M.F.) "... tal organización (la Dirección de persecuciones) es tan inarmónica y extraña, tan distinta de lo que representa el Ministerio Fiscal, que nos ha parecido impropio del título de esta aportación el tratar de ella". PRIETO-CASTRO, ver supra nota (ob. cit.) 39, p. 48.

b) *Naturaleza jurídica de dicha intervención. (¿Es el Ministerio Público "parte"?)*

Una vez expuestos los sistemas o formas en que el M.P. interviene en la relación procesal, surge la polémica de determinar si aquél lo hace constituyéndose o no en "parte".

Para ello es indudable que previamente debemos definir qué es o qué significa el concepto de "parte", que es uno de los más controvertidos del derecho procesal penal. De acuerdo con Gómez Orbaneja, el problema no se plantea sino con referencia a un sistema acusatorio, como el español, francés e italiano, que con diversas variantes predomina en la mayor parte de los países europeos y aún americanos (sobre todo de origen latino).

Estamos de acuerdo con la opinión —mayoritaria— del profesor Florián⁸ respecto de que el concepto de parte del proceso civil no se puede trasladar al proceso penal, porque según el sentido que en aquél se dá, las "partes" actúan para defender intereses de carácter privado y están constantemente, o casi siempre, en antagonismo.⁹ Si trasladamos dicho concepto al proceso penal, donde los intereses son de carácter público (los que tienen carácter privado se resienten del interés colectivo) y donde las partes pueden no estar en antagonismos, habría que concluir que en el proceso penal no existen partes,¹⁰ lo cual es una conclusión errónea a juicio nuestro.

Para construir la noción de "parte"¹¹ en el proceso penal, debe atenderse a la esencia propia del mismo.

8 MANZINI, CARNELUTTI, CALAMANDREI, SATTI, LEONE, GOMEZ ORBANEJA, PRIETO-CASTRO, entre otros.

9 FLORIAN, EUGENIO, Elementos de Derecho Procesal Penal. (Traducción de Prieto-Castro). Casa Editorial Bosch, Barcelona, S.F.P., ps. 91 y siguientes.

10 "Especialmente en Alemania, un sector importante, encabezado por Wach, niega de modo tajante que haya partes en el proceso penal. Decir que éste sea una relación jurídica entre partes, lo reputaba ese autor una frase vacía. Porque sólo puede hablarse de parte donde hay verdadera contradicción de intereses y donde los contendientes se enfrentan con iguales armas". Tomado de GOMEZ ORBANEJA, E. Ob. cit., p. 48.

11 Prieto-Castro opina que es preferible utilizar el concepto de "sujeto" (sujetos del proceso) eludiendo el de "parte" porque si este término es perfectamente aplicable para otras órdenes del derecho procesal, no es completamente claro ni pacífico que en el proceso penal existen partes de la misma significación que en aquellos otros'. PRIETO-CASTRO, L. y G. de Cabiedes; ob. cit. p. 99. Sin embargo, el mismo autor concluye que con el fin de facilitar las alusiones a los sujetos que figuran en el proceso penal, distintos de los juzgadores, la ley, la doctrina y la práctica hablan también de "partes". (Ibidem).

Florián lo hace de la forma citada, tomando dos elementos para ello: 1) la cualidad del sujeto de una de las relaciones jurídicas de derecho sustantivo (principal o accesorio) deducidas en el proceso,¹² y 2) la atribución al sujeto de que se trata, de las facultades procesales necesarias para hacer valer la relación sustancial.

Así pues, se combinan y concurren dos requisitos: uno sustancial o material que es el primero antes indicado; y otro formal que es el segundo de ellos. Parte es, entonces, "aquel que deduce en el proceso penal o contra el que es deducida una relación de derecho sustantivo, en cuanto esté investido de las facultades procesales necesarias para hacerla valer, o, respectivamente, para oponerse (contradecir)".¹³

En las partes debemos distinguir, asimismo: 1) la capacidad para ser parte, que es "el conjunto de requisitos necesarios para que una persona adquiere tal condición"; y 2) la capacidad procesal, que es la suma de condiciones necesarias para que aquél, que ya es parte, pueda realizar actos procesales con eficacia jurídica. (Por ejemplo, un menor lesionado tiene capacidad para ser parte desde que sufrió lesión, pero carece de capacidad procesal para constituirse en parte, por lo que necesita de un representante).¹⁴

También Carnelutti distingue entre parte en sentido material (sustancial) y parte en sentido formal, aunque llega a la conclusión de considerar al M.P. como "parte imparcial", concepto éste que no satisface a la mayoría de los juristas, ni tampoco a nosotros, como más adelante comentaremos. Para explicar aquella distinción, el conocido tratadista expone un doble significado: primero señala que en la contraposición entre sujeto del litigio y sujeto de la acción, parte en sentido material es el primero, y parte en sentido formal el segundo; a su vez, en la antítesis entre el titular

12 "Según esto, será parte aquél que inicia o contra el que se inicia en el proceso penal una relación de derecho sustantivo, y así lo serían el Ministerio Público, el acusador, el actor civil, el civilmente responsable, y el responsable para el pago de la multa". FLORIAN, ob. cit. p. 91, CFR. también GOLDSCHMITD, Ob. cit. ps. 191 y ss. donde hace un análisis de singular interés sobre los derechos y las cargas procesales.

13 FLORIAN; ob. cit. ps. 91-—párrafo final— y 92. El mismo autor concluye que "parte es el sujeto procesal de los derechos y de las obligaciones sobre que se decide en cualquier medida en el proceso penal en cuanto le haya sido reconocida la facultad de desplegar, con efectos, actividad procesal". Ibidem.

14 FLORIAN; ob. cit. p. 94. GOLDSCHMITD a su vez dice que "tienen capacidad para ser parte todos los que posean capacidad jurídica". (Ob. cit. p. 192).

del interés y el titular de la voluntad, el primero corresponde al nombre de parte en sentido material, y el segundo al de parte en sentido formal.¹⁵

Podemos afirmar, pues, desde los diversos puntos de vista que han sido expuestos, así como con base en que la realización del "ius puniendi" (que es un derecho subjetivo del Estado que se satisface por medio de la imposición de la pena en su aspecto positivo, y de modo negativo mediante la absolución de los inocentes) corresponde únicamente al órgano que juzga y sentencia, que el Ministerio Público o Fiscal es una parte en sentido formal, como ocurre también con los acusadores particulares y privados en los sistemas que, como el español, permiten su intervención.

Para otros autores, entre los que se encuentra Vélez Mariconde, el Ministerio Público debe ser considerado como un "sujeto imparcial" de la relación procesal, ya que "requiere la actuación de la ley sustantiva en razón de un interés superior del Estado, el cual impone a sus órganos el deber de administrar justicia. Y una parte imparcial no puede admitirse sin contradicción".¹⁶ Sin embargo, el citado tratadista estima que no constituye un obstáculo a su tesis admitir que el M.P. es parte en sentido formal, ya que ello equivale, en su opinión, sólo a reconocer que la intervención de aquél en el proceso es esencial, exceptuando los casos de las acciones privadas, "como titular del poder-deber de excitar y condicionar la jurisdicción penal con miras a obtener una sentencia justa".¹⁷ Carnelutti según apuntamos, define al M.P. como "parte imparcial"¹⁸ pero para Vélez, ése es un modo de calificarlo puesto que aquél admite una noción amplia de la función judicial en la cual coloca al M.P., concluyendo después que dicho instituto es parte en sentido instrumental.¹⁹

Tanto SATTA como VELEZ, combaten la idea de Carnelutti de estimar al M.P. como "parte imparcial", ya que, según ambos, dicha idea es contradictoria porque si es parte no se pue-

15 CARNELUTTI, FRANCESCO; Ob. cit. (supra nota 1) pág. 60.

16 VELEZ MARICONDE, A. Ob. cit. p. 252.

17 CARNELUTTI, F. Ob. cit. 388.

18 VELEZ MARICONDE, A. Ob. cit. p. 252.

19 CARNELUTTI, F. Lecciones sobre el proceso penal (Traducción de S. Sentís Melendo). Ed. Uteha, Buenos Aires, 1950, p. 228. Inclusive el mismo Carnelutti afirma que la naturaleza de parte es inconciliable con una posición neutral, que debe mantener el M.P. (p. 231).

de ser imparcial, ya que se defiende el interés propio, subjetivo, mientras que el M.P. no persigue ese tipo de interés (propio o ajeno) sino tan sólo la realización de la voluntad de la ley, la justicia, que tiene el deber de defender.²⁰

Finalmente Vélez M. concluye que la posibilidad de inhibición (abstención) o recusación es lo que demuestra la verdadera posición que ocupa el M.P., porque según su criterio, se debe inhibir y puede ser recusado en los casos señalados por la Ley (Códigos Procesales de Córdoba y Salta, entre otros), para que sea lo que por ésta debe ser: "un tercero imparcial".

Satta llega a una consideración similar, estimando que el M.P., como el Juez, "es un órgano genuinamente jurisdiccional", rechazando, por creer excesiva, la objeción de que el citado instituto carece de poderes de decisión o de coerción "porque se necesita demostrar primero que sólo hay jurisdicción allí donde esos poderes existen".²¹

El tratadista español Fenech, utiliza el criterio de la recusación, al igual que Vélez M., pero para considerar al M.P. de este país como "parte", puesto que éste carácter, según sus palabras, "es lo que impide que el M.F. pueda ser recusado, ya que la recusación se encamina a la exclusión del "judex suspectus" (Juez sospechoso), pero no a la exclusión de una parte, cualquiera que sea el papel procesal de ésta".²²

Así pues, aplicando el mencionado criterio de la recusación, podemos determinar cuándo el M.P. es parte: si puede ser recusado (caso de las provincias argentinas de Córdoba y Salta, entre otras, así como de Costa Rica —ver arts. 43 en relación con el 29 del

20 VELEZ MARICONDE, A. Ob. cit. p. 298. Según este autor, la posición de Carnelutti está cercana a la suya en algunos aspectos pero considera que luego se desvía "escudándose en un juego de palabras", para sostener primero el contradictorio concepto de que el M.P. es una "parte imparcial", y afirmar después, en su obra *Cuestiones sobre el proceso penal* (traducción de Sentís Melendo, Buenos Aires, 1961, p. 213) que es "un Juez que se hace parte". (Ver al respecto Vélez M., ob. cit. p. 298, en cita bibliográfica N° 14). Para Vélez, pues, el M.P. debe tenerse como un "sujeto imparcial" del proceso (y no como "parte imparcial").

SATTA, S. estima, por otro lado, que la función (y el interés) del M.P. sólo tienen correspondencia en la función (y en el interés) del Juez, "quién también vigila la observancia de la ley". (Ob. cit. p. 74). Otro tratadista que critica el concepto de "parte imparcial" es FOSCHINI, quien le considera "absurdo" e "ilógico", en su obra "Cenni sul pubblico ministero e sul pretore", en la Rev. di Dir. Proc. Padova, 1949, 2ª parte, ps. 97 y ss.

21 SATTA, S. ob. cit. p. 75.

22 FENECH, MIGUEL, Ob. cit. p. 68.

CPPCR) es parte; si no puede ser recusado, no es parte (caso de España).

Sin embargo, no somos partidarios de la anterior formulación por varias razones: si acogiéramos literalmente esta tesis estimando que los motivos de la recusación no son otros que impedir el conocimiento de un asunto por un determinado juez (por ejemplo, por tener interés en el mismo, etc.), también debemos observar que a los miembros del M.P. la ley les impide actuar (por abstención) cuando ocurriere en ellos determinado interés (caso de los artículos 96 a 99 de la LECr española). Queda claro entonces, que sea por recusación o por abstención, la finalidad de las mismas que pudiese servirnos para saber si el M.P. es o no parte piete su eficacia, porque en uno u otro caso dicha finalidad es idéntica: impedir que determinado funcionario conozca de un asunto por encontrarse dentro de las causas previstas por la ley. Inclusive nuestra afirmación encuentra mayor base, respecto de la LECr, cuando en ella se dice que los representantes del M.F. "no podrán ser recusados, pero se abstendrán de intervenir en los actos judiciales cuando concurra en ellos alguna de las causas señaladas en el artículo 54 de esta Ley (art. 96, la cursiva no es, desde luego, del texto de la ley). No omitimos decir que el artículo 54 señalado se refiere precisamente a las causas legítimas de recusación.

Lo anterior nos hace pensar si tienen razón los que afirman que el M.P. no es parte, considerándolo un "tercero o sujeto imparcial" como Vélez, o como un Organismo Público del Estado,²³ o un órgano jurisdiccional, como Satta, u otras consideraciones.²⁴

23 RODRIGUEZ DEL BARCO, José. Compendio de Derecho Judicial. Organización de tribunales. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1962, p. 265.

24 Al respecto existe un interesante y valioso trabajo de Juan Iribas (ver su ob. cit. en supra nota 27) en el cual afirma que el número de autores que consideran que el M.F. no es parte cada vez es mayor (escribe esto en el año de 1952), e inclusive expone cosas tan interesantes como la siguiente: "Sería preciso, en fin, para considerarles parte" (al M.F.) que el fallo que se dictare le afectare, no en su aspecto anímico-profesional, que eso por el propio espíritu de su institución le afecta, sino en el interés patrimonial o personal, en sí o en el de su representado; y eso no le afecta". (p. 193). Concluye exponiendo diversos criterios de autores que no estiman como "parte" al instituto en examen, así: "Es un órgano de justicia, como Plaza dice. Una institución dentro del orden judicial, com afirma Aguilera y Rives, Institución, que señalan Domínguez y Pina. Mayer se expresa: "Es un órgano del Estado, no "parte", y así Wach; agrega asimismo, el citado Iribas, en su lista, Gundel, e inclusive a Gómez Orbaneja, aunque no en forma categórica, sino en cuanto éste afirma que lo que se busca es que el Estado en cuanto acusa, no juzgue. Ver al citado trabajo entre ps. 187 y 196, inclusive ambas.

5) Nuestro criterio podemos resumirlo del modo siguiente: creemos que el M.P. es parte, sólo en sentido formal observando lo que al respecto puedan señalar las diversas legislaciones, aunque lamentablemente en la mayoría de los casos adolecen de falta de tecnicismo. Así, por ejemplo, la LECr hace completa distinción entre las "partes" y el M.F. en sus artículos 25, 26, 656, 773, 854, 882, 894, 929 y 950, entre otros. Lo mismo ocurre con el CPPCR en sus artículos 25, 33, 43 y otros, todo lo cual nos hace prescindir de su utilización.

El M.P. (M.F.) es parte, en sentido formal, porque, como ya dijimos, tiene capacidad para estar en el proceso;²⁵ no hay en él imparcialidad como la del Juez; al contrario, es su finalidad la persecución en juicio (aunque no a ultranza, desde luego) de los presuntos autores de un hecho delictivo; su participación evidenciada queda, pues, cuando se constituye con capacidad necesaria en el proceso, en la búsqueda de su cometido.

Otros autores (Merkel e Hippel entre ellos),²⁶ consideran al M.P. (M.F.) como parte en sentido material, lo que hemos descartado conforme a la exposición que en este apartado se ha hecho.

Asimismo existen otras clasificaciones en las cuales podemos ubicar al instituto objeto de nuestro examen, como son las siguientes: a) la clasificación que atiende a la posición que las partes ocupan en el proceso penal, determinándolas como acusadoras (el M.P., el acusador particular, el acusador privado y el actor civil), y acusadas (el perseguido en el proceso penal, el responsable civil, directo y subsidiario).

b) Las partes anteriores a su vez se incluyen en la categoría de partes necesarias (el M.P. - M.F., en los delitos perseguibles de oficio, y el acusador particular en ciertos casos; así como el privado en los llamados delitos "privados" - injuria, calumnia, etc.) y contingentes (que son, por exclusión, las restantes).

c) Otra clasificación atiende al objeto civil en el proceso penal, teniendo en cuenta que es potestativo utilizar este proceso para obtener la llamada restitución de la cosa, así como la repa-

25 CFR. PRIETO-CASTRO y GUTIERREZ DE CABIEDES, ob. cit. Supra nota 96, p. 101, segundo párrafo.

26 Así lo señala RODRIGUEZ DEL BARCO, en su ob. cit. p. 265, segundo párrafo.

ración del daño y la indemnización de los perjuicios, llamando a las partes: actor civil, responsable civil directo y responsable civil subsidiario.

d) Una última clasificación, bastante conocida, aunque en sí innecesaria y equívoca es la que distingue a las partes en públicas y privadas (la única pública sería el M.P. - M.F. y las otras serían privadas).²⁷

Asimismo Eberhard Schmidt, coincidiendo fundamentalmente con los autores que ya se han citado, menciona una serie de razones por las que considera que el Ministerio Público no es parte en el sentido clásico que ha tenido siempre el concepto. Sobre los argumentos fundamentales que expone Schmidt, vamos a mencionar los siguientes:²⁸

- a) Cuando el Estado, en el papel de sujeto procesal, tal como lo llama Schmidt, se presenta a través del Ministerio Público ante su propio tribunal como titular del derecho, se subordina, en forma constitucional al poder judicial, pero este no quiere decir de manera alguna, que se ponga en el mismo plano que el acusado. Frente a éste, el M.P. siempre mantiene su condición de autoridad dotada de Poder público, cuyos intereses procesales no pueden compararse con los del acusado. En realidad sólo puede hablarse de partes (en el sentido clásico del término), cuando los titulares de un derecho comparecen ante un Tribunal, defendiendo intereses que desde un punto de vista del Estado, se encuentran en el mismo plano de valor.
- b) El Ministerio Público coincide con el Tribunal en los mismos objetivos esenciales. Ambos buscan la verdad y la justicia, razón por la que el Ministerio Público, en ciertas circunstancias, podrían actuar en favor del imputado. El M.P. no tiene los intereses y objetivos propios de lo que comúnmente se llama parte.

27 Recomendamos la lectura, para un conocimiento más amplio respecto de estas clasificaciones, del MUE de Prieto-Castro y G. de Cabiedes (ob. cit. supra nota 96, ps. 101 y 102) de donde hemos obtenido los datos expuestos de las mismas.

28 Schmidt, Eberhard: "Los Fundamentos teóricos y constitucionales del derecho procesal penal". Ed. Bibliográfica Argentina-1957 p. 72.

- c) El acusador y el acusado no discuten entre ellos ante el *Tribunal*, sino que más bien, el presidente del mismo ejecuta su plan de investigación, cuando presente las preguntas al acusador y cuando interroga al acusado.
- d) En el proceso penal no sucede lo mismo que en el procedimiento civil, ya que no se refleja en ningún momento el poder de disposición del acusador y del acusado sobre el objeto del proceso. Esta situación se evidencia claramente en el hecho de que en el procedimiento por delitos de acción pública, no es posible la conciliación o el llamado comúnmente "arreglo".

Todos los conceptos que hemos citado, se resumen claramente en la siguiente afirmación de Schmidt: "...En el proceso penal, por una razón de mayor peso, relacionada con la propia estructura del mismo, no puede hablarse de "partes". Las verdaderas partes discuten ante un *Tribunal* que resuelve la disputa, pero tienen la posibilidad de transar porque, naturalmente, sus intereses en discusión están sobre un mismo plano de valor..."²⁹

En nuestro *Código procesal penal*, al realizar un análisis sistemático y gramatical de las normas, se puede determinar que se hace distinción entre *Ministerio público* y *partes*. El Título IV del *Libro Primero* se refiere al *Ministerio Público*, en forma independiente, en cambio lo referente a las partes tal como lo dice el Código, está referido al *Título V* del *Libro primero*, cuando habla de "Partes y Defensores".

Hay una gran cantidad de artículos del código Procesal Penal que siempre distinguen entre partes y Ministerio Público.³⁰

Consideramos que el Código Procesal Penal costarricense no ha incluido al *Ministerio Público* como "parte" (en sentido material desde luego). El propio Código, tal como lo hemos mencionado, distingue el *Ministerio Público* de las partes. Sólo puede considerarse como parte en un sentido formal.

El anterior criterio, que ya ha sido expuesto con anterioridad por otros estudiosos del *Derecho procesal costarricense*,³¹ nos

²⁹ Bis. ob. cit. p. 73.

³⁰ Ver artículos 143, 147, 149, 194, 198, 329, 330, 349, 351, 352 y 354 del Código de Procedimientos Penales.

³¹ Rojas Sánchez, Jorge. "Las partes del proceso penal". En Rev. Judicial N° 1, año 1976, p. 79 s.s. Asimismo, González Esquivel, Jorge. "El problema del monopolio de la acción penal pública en el M.P.". en Revista de Ciencias Jurídicas N° 30. 1976. ps. 59 y ss.

obliga a rechazar la Jurisprudencia establecida por la *Sala Segunda Penal* en sentencia de las catorce horas con cuarenta minutos del seis de marzo en curso,³² que ante una solicitud de revocatoria y nulidad concomitante presentada por el *Ministerio Público* contra una resolución que declaró desierto el *Recurso de casación* por no haber sido mantenido por el M.P., determinó en forma expresa, que el *Ministerio Público* es una "parte" como cualquier otra (en sentido material) dentro del proceso penal, razón por la que no pueden establecerse privilegios en su favor.

En vista del interés que reviste para nuestro estudio la resolución, creemos conveniente transcribir literalmente la resolución de la *Sala* y los argumentos que expusieron los representantes del *Ministerio Público* al interponer el *Recurso de revocatoria*, que dice lo siguiente:

Recurso de Casación del Ministerio Público interpuesto por el señor fiscal de juicio, Lic. Fernando Cruz Castro:
En causa por estupro, contra Fernando o Luis Fernando Gómez Castillo, en daño de Eileen Alvarez Morales.
Sala Segunda Penal de la Corte Suprema de Justicia:

Jorge Rojas Espinoza y Fernando Cruz Castro, Jefe del Ministerio Público y Fiscal de Juicio, por su orden, con el debido respeto, comparecen a manifestar lo siguiente:

Deserción del recurso del Ministerio Público: Ese Tribunal declara desierto el presente recurso de casación, en auto de las ocho horas del veintidós de enero en curso, por haber vencido "el término de emplazamiento" sin que el recurrente compareciera a mantener el recurso", con aplicación del artículo 468 del Código de Procedimientos Penales en relación con el 479, ib.

Nulidad de la deserción declarada: Con todo respeto para esa Honorable Sala, considera el Ministerio Público, representado por los suscritos, que la mencionada decisión está viciada de nulidad, por las razones que a continuación se apuntan:

El trámite especial para el recurso del Ministerio Público:

³² Ver causa seguida por estupro contra Luis Fernando Gómez Castillo, en perjuicio de Eileen Alvarez Morales.

El artículo 467 del Código de Procedimientos Penales establece un trámite especial para el recurso, tanto de apelación como de casación (Artículo 479), por lo que no rigen para el Ministerio Público las disposiciones del artículo 468 citado:

I.—En cuanto a la incomparecencia en el término del emplazamiento:

La resolución que aquí se impugna dice que: "El término del emplazamiento venció el diecinueve del mes en curso". Este término de emplazamiento es el que acuerda el artículo 478, y la parte apelante "podrá comparecer por escrito antes de que las actuaciones fueren recibidas por el Tribunal". Pero en cuanto al recurso del Ministerio Público, el artículo 467 dice: "... se oirá al Fiscal... en cuanto se reciban las actuaciones...". Es claro, entonces, que el término que corre para el Ministerio Público es el de la audiencia del 467 y no el que contiene el auto de admisión del recurso. La resolución impugnada dice que: "El término del emplazamiento venció el diecinueve del mes en curso", pero lo que ha vencido en ese día es la audiencia conferida por esa Sala, por providencia de las siete horas treinta y cinco minutos del dieciséis de los corrientes, de tres días. No está, pues, obligado el Ministerio Público a comparecer en el término del emplazamiento del auto de admisión del recurso, a que se refiere la relación de los artículos 465, 478 y 468.

II.—*El silencio del Ministerio Público no implica desistimiento del recurso:*

El Ministerio Público puede desistir de los recursos, pero solamente en forma expresa, en dictamen fundado (Artículo 457), por lo que el silencio que guardare respecto de la citada audiencia "no implicará desistimiento" tácito. (Artículo 467).

III.—*La deserción solamente puede ser declarada en cuanto a la parte recurrente:*

El Ministerio Público no es parte recurrente, según el sistema procesal penal en vigor, y por ello los recursos están estructurados de tal suerte que, claramente, se distingue entre las partes y el Ministerio Público, órgano imparcial y requirente. Esta distinción se evidencia en el citado artículo 457, que dice:

"El Ministerio Público podrá desistir de sus recursos...". "También podrán desistir las partes de los recursos deducidos por ellas...". Resulta innecesario, por respeto a ese Tribunal, insistir sobre este extremo que la doctrina se ha encargado de explicar ampliamente, y que nuestro Código ha consagrado.

Dado que el Ministerio Público no es parte, propiamente dicha, en el proceso penal, el trámite especial del artículo 467, para sus recursos de apelación y casación (artículo 479), el principio de legalidad o de no discrecionalidad que informa el artículo 5, y la diversa sanción establecida ante el silencio del Ministerio Público y ante la incomparecencia de la parte recurrente, la deserción de los recursos del Ministerio Público no está autorizada en nuestro Código de Procedimientos Penales.

El artículo 5 reserva a la ley el establecimiento expreso de su propia excepción, la cual no se configura en el artículo 468, que, por lo expuesto, no le puede ser válidamente aplicado al Ministerio Público.

Antecedente de orden histórico:

Un breve resumen, de orden histórico, de nuestra legislación vigente al respecto, ayuda a clarificar el tema:

Bien sabemos que nuestro Código de Procedimientos Penales es copia del de la Provincia de Córdoba de la República Federal Argentina; que ese Código fue reformado y que el nuestro fue adoptado cuando ya aquél había sufrido una reforma total, al influjo innovador del mismo autor, Vélez Mariconde, que junto con Sebastián Soler, se había encargado de redactar el original de 1937.

De esto resulta que el Código de Córdoba, promulgado el 28 de agosto de 1939, no distingue, en esta materia, entre los recursos del Ministerio Público y las partes, de modo que el artículo 502 (sobre casación) remite al 490 (sobre apelación), que autoriza la deserción, declarable de oficio, si "el apelante" no se apersona en "el término del emplazamiento". (Laje Anaya y Peralta. Código de Procedimiento Penal de Córdoba. Concordado, Anotado y Comentado).

Pero ya en la exposición de las directrices que impulsaron esas reformas (de 29 de abril de 1968), parciales en cuanto al sistema mixto establecido, pero que determinaron la promulgación de un nuevo cuerpo legal, se explica lo que sigue:

"Admitida la posibilidad de que el Fiscal de Cámara desista del recurso por el Agente Fiscal, el artículo 486 consagra, para la apelación, un tratamiento jurídico distinto al que corresponde cuando el recurso es interpuesto por una parte, lo que prevé el artículo 487". "Con arreglo a una acordada del Tribunal Superior, el artículo 486 exige que cuando el recurso haya sido interpuesto por el Agente Fiscal, se corra vista al Fiscal de Cámara (por tres días, según el art. 162), para que exprese si mantiene o no el recurso. No sólo se le hace conocer la existencia de la impugnación, sino que, además, se le exige un pronunciamiento expreso. Su mero silencio (el hecho de no contestar la vista en término) no vale como desistimiento, sin perjuicio de que la Cámara imponga sanción disciplinaria por omisión de un deber legal. En otros términos, quedará, entonces, en vigencia el recurso ya interpuesto por el Agente Fiscal". "Con respecto al M. Fiscal, pues, no se autoriza el mismo trámite dispuesto (deserción) por mera incomparecencia del apelante".

Lo transcrito anteriormente está referido al recurso de apelación, pero tiene igual validez para el de casación, respecto del cual Vélez Mariconde explica: "La modificación sobre el trámite del recurso (art. 498) que será igual al de la apelación se basa en nuestras últimas experiencias...".

En nuestro Código el trámite del recurso de casación, también, es igual al de apelación, según el artículo 479, con la diferencia que el término para informar es de diez días, en vez de cinco del 469.

Petición:

En virtud, pues, de lo expuesto, la resolución de esa Sala de las ocho horas del veintidós del presente mes la estiman los suscritos nula, por errónea aplicación del artículo 468, por no estar autorizada la deserción en cuanto al recurso de apelación y de casación del Ministerio Público; por ser contraria al artículo 5, ya que hace cesar el ejercicio de la acción penal, sin disposición legal al respecto, con infracción, además, del artículo 467, según el cual el silencio del Fiscal "no implicará desistimiento", de modo que a pesar de él, el recurso mantiene su vigencia.

a) *Revocatoria:*

Puesto que la deserción implica la caducidad del recurso y ha sido resuelta sin sustanciación alguna, constituye, así, un artículo del proceso, en los términos del artículo 460, que distingue entre incidente y artículo del proceso, ya que no se justifica, de otra manera, el empleo allí de dos vocablos unidos con la misma significación procesal, ya que, más bien, la o, ("incidente o artículo del proceso") tiene una función disyuntiva, en previsión de los diversos momentos procesales que han de ser resueltos o que se resuelven sin la previa formulación de un incidente, propiamente, y sin ninguna sustanciación. Por esto los suscritos, con todo respeto, solicitan se revoque el citado auto de las ocho horas del 22 de este mes, por las razones arriba expresadas.

b) En subsidio de la revocatoria, alegan los suscritos la nulidad de la mencionada resolución de esa Sala (ocho horas del veintidós de enero de 1979), con base en el razonamiento anterior, y con aplicación de la conminación genérica de nulidad del artículo 145, inciso 2º, respecto de la inobservancia de las disposiciones concernientes a la intervención del Ministerio Público en el proceso, ya que esa Sala le ha puesto término a la acción penal ejercida, mediante la deserción declarada del presente recurso de casación, con infracción del artículo 5 y por indebida aplicación del 468. Por ello piden, respetuosamente, se declare la nulidad de esa resolución.

Se aclara que todos los artículos citados son del Código de Procedimientos Penales.

Muy atentamente ruegan resolver de conformidad.

San José, 24 de enero de 1979.

(f.) Jefe del Ministerio Público (f.) Fiscal Quinto de Juicio

—*—

Sala Segunda Penal de la Corte de Justicia. San José, a las catorce horas cuarenta minutos del seis de marzo de mil novecientos setenta y nueve.

Vista la solicitud de revocatoria y nulidad que contra la resolución de esta Sala de las 8:00 horas del 22 de enero último, interponen el señor Jefe del Ministerio Público, Licenciado Jorge Rojas Espinoza y el Fiscal Quinto de Juicio, Licenciado Fernando

Cruz Castro, dictada en la presente causa seguida contra Fernando o Luis Fernando Gómez Castillo, procesado por el delito de estupro en daño de Eileen Alvarez Morales; y,

Considerando:

I.—Los artículos 467 y 468 del Código de Procedimientos Penales, establecen dos situaciones procesales distintas. El primero de ellos se refiere a los recursos interpuestos por el Agente Fiscal en cuyo caso se oirá al Fiscal del Tribunal de Apelación para que exprese si lo mantiene o no. El segundo caso, artículo 468, *se refiere a todas las partes del proceso, desde luego entre ellas al Ministerio Público*, que deben mantener su recurso dentro del término del emplazamiento y de no hacerlo él mismo se declarará desierto. Tanto el Jefe del Ministerio Público, Fiscal de Juicio o Agentes Fiscales, caso de recurrir en casación deben comparecer dentro del término respectivo a mantener sus recursos, pues de mantenerse la tesis contraria sería crear en favor de esos funcionarios un privilegio procedimental que la ley no les brinda, y como lógica consecuencia, un desequilibrio procesal entre las partes, que la ley no propicia. (El subrayado no es del texto original).

En consecuencia, estima este Tribunal que la resolución atacada debe mantenerse por estar ajustada a derecho. Debe establecerse, conforme ya se resolvió, concretamente para el futuro que el recurso de casación debe ser mantenido por el recurrente, como lo exige la Ley, so pena de deserción. (Ver como antecedente resolución de esta Sala N° 27 A de 10:000 horas del 1° de abril de 1977).

Por tanto:

Se declara sin lugar la revocatoria y nulidad concomitante formuladas.

—*—

Conclusiones:

Resumiendo lo que se ha expuesto anteriormente, podemos afirmar que el Ministerio Público *no es parte* (en sentido material) sino solamente en sentido formal. Esta tesis es compartida por múltiples autores, entre los cuales podemos señalar a Vélez Ma-

riconde (prácticamente el creador de nuestro Código Procesal Penal), así como Prieto-Castro y Eberhard Schmidt, quienes prefieren denominarlo "sujeto procesal", entre otros que ya fueron citados en este trabajo.

En razón de lo dicho, y atendiendo a las mismas normas procesales contenidas en nuestro actual Código de la materia, no puede pretenderse que la distinción en el trato que brindan al Ministerio Público algunas de las normas referidas (*v.g.* el art. 467 del C.P.P.) establezca "un desequilibrio procesal entre las partes que la ley no propicia", cuando precisamente la ley, apoyada en la doctrina, separa al Ministerio Público de la categoría de parte (en sentido material).