

### III-B Daños y perjuicios.

#### III-B-1 Daños.

“Es daño todo detrimento que a causa de inejecución imputable, experimenta el acreedor en un bien de vida o *valor patrimonial cuya conservación o subsistencia se hallaba pensada en función inmediatamente dependiente del cumplimiento del contrato*”<sup>61</sup>.

En caso de incendio total entrarían dentro de este concepto, por ejemplo, el valor de la construcción y el valor de los muebles perdidos.

#### III-B-2 Perjuicios.

Es de rigor aclarar previamente que el lucro cesante (perjuicio) debe determinarse de acuerdo a la probabilidad del beneficio cuya frustración se invoca<sup>62</sup>.

Así, en caso de incendio el perjuicio sería el valor de los alquileres que se dejen de percibir desde el momento del incendio hasta el momento en que sean pagados los daños<sup>63</sup>. La jurisprudencia francesa ha sido todavía más estricta pues ha establecido que los perjuicios (alquileres dejados de percibir) corren “durante el tiempo necesario para la reconstrucción del inmueble y su vuelta a hallarse en estado de ser alquilado...”<sup>64</sup>.

En nuestro medio interesa recordar que en materia de incumplimiento del arrendatario se consideran perjuicios todas las sumas que dejó de obtener el arrendante<sup>65</sup>. En el mismo fallo citado se consideraron perjuicios también los “intereses sobre las cantidades a que se alcanza esta condenatoria, desde la notificación de la demanda hasta la fecha de su efectivo pago”<sup>66</sup>.

<sup>61</sup> CARBONNIER, op. cit., supra 4, pág. 564.

<sup>62</sup> Idem.

<sup>63</sup> Ibidem.

<sup>64</sup> COLIN Y CAPITANT, op. cit., supra 3, pág. 366.

<sup>65</sup> SALA DE CASACION N-29 de 15 hrs. 40 m. de 25 de marzo de 1958, Consideraciones del Juez, confirmadas por la Sala Civil y mantenidas por la Sala de Casación.

<sup>66</sup> Op. ult. cit.

## ORGANIZACION Y FUNCIONAMIENTO DEL MINISTERIO PUBLICO EN COSTA RICA\*

Dr. Mario Alberto Houed Vega

Profesor  
Facultad de Derecho  
Universidad de Costa Rica

\* Este ensayo es continuación del anterior, publicado en esta revista (Nº 32, 1977, pp. 179 a 208), con el nombre El Ministerio Público (o. Fiscal) en el proceso penal. La división que hemos hecho, se debe a razones editoriales. Por tal razón, las citas al pie de página de este artículo y el espíritu de que lo anima debe verse como una unidad de sentido, de estilo y de voluntad. (Advertencia del director).

SUMARIO: A. PRINCIPIOS DE UNIDAD Y DEPENDENCIA. B. COMPOSICION DEL MINISTERIO PUBLICO COSTARRICENSE EN RELACION CON LA DEL MINISTERIO FISCAL ESPAÑOL. a. En general. b. Reclutamiento del personal. c. Condiciones e incompatibilidades. d. Responsabilidad criminal y civil. e. Otros aspectos. C. FUNCIONES PROCESALES DEL MINISTERIO PUBLICO COSTARRICENSE. a. En general. 1. Promover la acción de la justicia y velar por la observancia de las leyes. 2. Poder coercitivo del Ministerio Público en el ejercicio de sus funciones. b. En particular. 1. Fase o etapa de Instrucción (sumario). 2. Fase o etapa de juicio oral o debate (plenario). Legislación italiana respecto de las actividades del Ministerio Público en el debate.

Síglas usadas con más frecuencia:

- C.P.P. = Código de Procedimientos Penales de Costa Rica.
- M.F. = Ministerio Fiscal.
- M.P. = Ministerio Público.
- R.O. = Reglamento Orgánico.
- LOPJ = Ley Orgánica Poder Judicial de Costa Rica.
- P.J. = Policía Judicial.
- LECr = Ley de Enjuiciamiento Criminal (España).
- A.T. = Audiencias Territoriales (España).
- A.P. = Audiencias Provinciales (España).

## A. PRINCIPIOS DE UNIDAD Y DEPENDENCIA

Estos dos principios, también denominados de unidad corporativa o individualidad el primero, de subordinación, indivisibilidad<sup>1</sup> el segundo, constituyen el sustento fundamental de la organización del Ministerio Público (M.P.) Ministerio Fiscal (M.F.) en la mayoría de los países de Occidente.

En nuestro país (Costa Rica) la legislación no los establece en forma expresa, al contrario de la española, en la que fueron introducidos por el Real Decreto de 26 de abril de 1844, pero se infieren de diversas normas legales como posteriormente veremos, cumpliéndose y respetándose.

Según Jiménez Asenjo el principio de unidad "significa que la constitución del Ministerio Fiscal es simplemente monocrática e impersonal, en el sentido de que todos sus organismos y personas componentes pierden su personalidad para fundirse en el corpus jurídico en donde se integra toda la Institución"<sup>2</sup>.

El principio de unidad alude, pues. "a la íntegra y esencial conformidad de todas las determinaciones, acuerdos y pareceres de los distintos funcionarios fiscales en cuanto responden a una misma dirección e impulsión"<sup>3</sup>.

En España el Fiscal del Tribunal Supremo es el Jefe inmediato del M.F. en todo el país, procediendo de él las directrices de actuación, "aunque a su vez se halle bajo la inmediata dependencia del Ministerio de Justicia, que no quiere decir sometimiento, sino facultad de éste para

<sup>1</sup> CFR. LEONE, G. Ob. cit. (T. I) págs. 424 y ss. Según este autor el principio de unidad y dependencia (él habla de un solo principio y no de dos) nació en Francia, sirviendo en Italia para significar que "todos los magistrados que forman parte del mismo oficio del ministerio público, tienen todos y cada uno de ellos, en su unidad personificada por el jefe del oficio, igual competencia para tratar el asunto penal encomendado a cada uno por el jefe del oficio". (p. 426 primer párrafo, ibidem.)

<sup>2</sup> JIMENEZ ASENJO, E. Ob. cit. p. 392. Este mismo autor agrega, con toda razón, que esa idea estructural expuesta, la personalidad de cada uno de sus miembros es absorbida por la función: "Cada uno en el ejercicio de sus funciones actúa como si todos los miembros del Ministerio Público estuvieren presentes y cada uno representa el cuerpo entero. La concepción jurídica del Instituto es, por tanto, eminentemente corporativa, frente a la judicial, que es sustancialmente personalista, ya que en ella se pretende realzar, sobre todo, la independencia de sus elementos humanos". Ibidem.

<sup>3</sup> MENENDEZ PIDAL, R. Derecho Judicial español, 1936. pág. 87.

excitar el celo del M.F. a fin de que ejercite las acciones y cumpla los deberes que le correspondan”<sup>4</sup>.

Lo anterior ha llevado a afirmar a Jiménez Asenjo, que humanamente puede decirse “que el M.F. es el Fiscal del Tribunal Supremo”<sup>5</sup>, opinión ésta con la que no estamos de acuerdo, por cuanto, aunque sea “humanamente”, estaríamos personalizando hasta sus últimas consecuencias, una institución corporativa que actúa conforme lo establece la ley y no según “capricho” y voluntad única de su Jefe jerárquico, aunque éste es, en principio, la cabeza actuante, valiéndose de sus subordinados que proceden por *representación* y por *delegación*. (Art. 43 Est.).

El otro principio, el de *dependencia*, se refiere a la subordinación jurídica que debe existir entre los miembros del M.P., en el sentido de que están obligados en sus funciones a seguir las directrices y cumplir las órdenes de los superiores, pero “naturalmente dentro de la legalidad y de sus atribuciones, sin que ello suponga una falta de autonomía en el ejercicio de la misma, ya que lo que se pretende es únicamente mantener la unidad de criterio”<sup>6,7</sup>. Esta misma opinión nos sirve para rechazar en forma absoluta, la determinación exclusiva del M.P., aunque sea sólo humanamente, en la persona de su Jefe, que el mismo Jiménez Asenjo termina, sin proponérselo, por desestimar al hablar de las limitaciones de la subordinación, refiere que “la obediencia sólo es comprensible a los actos escritos, pues las requisitorias orales del funcionario son totalmente libres y no le obligan más que en el fuero de la conciencia”<sup>8</sup>. En definitiva, los principios de unidad y dependencia exigen que el subordinado cumpla las instrucciones e indicaciones del superior, dando cuenta, en el caso de España, de las actividades que desarrolla, y le consulte en casos graves y especiales (art. 43 Est.).

Algunos autores españoles han criticado la excesiva dependencia del Ministro de Justicia en que se halla el M.P. manifestando que aquél “no puede ser nunca un órgano jurisdiccional de aplicación de la ley en el caso concreto, sino que como órgano de gobierno tienen que pesar en él, junto a los motivos de estricta legalidad, aquellos de *discrecionalidad*, necesarios y de real existencia en las conyunturas de go-

<sup>4</sup> PRIETO-CASTRO, L. Ob. cit. supra nota 65; p. 419. Asimismo ver el artículo 42 del Estado vigente, y los arts. 86 y ss. del Reglamento Orgánico donde se regula la unidad y dependencia del M. F.

<sup>5</sup> JIMÉNEZ ASENJO, V. Ob. cit. p. 392.

<sup>6</sup> RODRIGUEZ DEL BARCO, J. Ob. cit. págs. 269 y 270.

<sup>7</sup> Según MENENDEZ PIDAL, en la práctica esa unidad de criterio se trata de una supremacía directiva que se significa por medio de Circulares, siempre de carácter general, instrucciones y consultas en casos concretos, acompañada aquélla de la vigilancia disciplinaria, lo que viene a robustecer la adhesión de los funcionarios entre sí. (Ob. cit. p. 497).

<sup>8</sup> JIMÉNEZ ASENJO, V. Ob. cit. p. 294.

bierno”<sup>9,10</sup>, situación que lógicamente podría dar lugar a intromisiones de carácter político poco deseables en una institución como la de nuestro estudio, desnaturalizando su verdadera función. Desde luego, no necesariamente la situación expuesta debe darse por el hecho exclusivo de pertenecer el M.P. al Poder Ejecutivo, pero el riesgo subsiste en mayor grado.

El actual Reglamento Orgánico del Ministerio Fiscal español, de fecha 27 de febrero de 1969, que derogó y sustituyó al de 21 de febrero de 1958, dedica el Capítulo I del Título III (que incluye los artículos 86 a 95) a la Unidad y Dependencia del mismo, sobresaliendo en esas disposiciones algunas que en nuestro particular criterio tienden a fortalecer, en forma excesiva, la mencionada dependencia, motivando la crítica razonada de Ibáñez y García-Velasco aún antes de que fuese puesto en vigencia el nuevo Reglamento, ya que teniendo conocimiento del contenido del mismo y de su futura aprobación, sostuvo que no observaba en éste nuevas disposiciones que hicieran variar el objeto de su análisis (crítica)<sup>11,12</sup>.

De la Plaza ha tratado de reducir el alcance de la dependencia a límites ponderados, que no destruyan absolutamente la autonomía de los funcionarios del M.P., pero considera, al igual que otros autores y

<sup>9</sup> IBAÑEZ Y GARCIA-VELASCO, Miguel. Independencia y autonomía del Ministerio Fiscal en el proceso penal. Separata de la Revista de Derecho Procesal. NUM. II, abril-junio del año 1967, p. 138.

<sup>10</sup> El mismo autor expresa con anterioridad su criterio respecto de la situación institucional que no debe tener el M.F. (M.P.) diciendo: “...pero lo que es para nosotros claro y evidente, disintiendo con ello de CHIOVENDA (refiriéndose a lo que éste expresa en su obra denominada Principios de Derecho Procesal) que considera al M.P. como un cuerpo de funcionarios del orden judicial pero investidos de función administrativa, es que no es posible que el Ministerio Fiscal (M.P.) sea un órgano jerarquizado dentro de la administración del Estado y al mismo tiempo defienda y dependa sólo de la ley”. *Ibidem*.

<sup>11</sup> IBAÑEZ Y GARCIA-VELASCO, M. Ob. cit., págs. 130 y ss.

<sup>12</sup> Entre las disposiciones que hemos aludido, encontramos la de que el Ministro de Justicia puede dirigir al Fiscal del Tribunal Supremo (Jefe del M.F.) orden escrita o verbal, en caso de urgencia, respecto de asuntos genéricos o especialmente determinados en los que deba intervenir el M.F., y el Fiscal del T.S. mencionado las cumplirá ejercitando las acciones procedentes (art. 86-2), lo cual aparentemente y en casos hipotéticos desde luego, equivaldría a sustituir la voluntad del Jefe del instituto por la del Ministro, quien, como explica Ibáñez, está expuesto a aplicar criterios de discrecionalidad por ser órgano de gobierno (Ver notas 130 y 131). Asimismo el Fiscal del T.S. debe dar al Ministro de Justicia los informes que éste le pida en los asuntos en que intervengan, o sobre el funcionamiento en general de la administración de Justicia (art. 86-3). En casos de excepcional urgencia, las indicadas órdenes e informes pueden darse o pedirse a los Fiscales de las A.T. (Audiencias Territoriales) o P. (Provinciales), que tienen las mismas facultades y obligaciones que el Fiscal del Tribunal Supremo respecto de su cumplimiento. En este caso el Ministro de Justicia y los representantes del M.F. mencionados, deberán dar cuenta de dicha circunstancia al Jefe del M.F. (art. 86-4).

tratadistas, que este principio es clave de su misma función, mientras se admita en forma no incondicionada<sup>13</sup>.

En Costa Rica, como ya dijimos, los principios de unidad y dependencia no han sido establecidos en forma expresa en la ley, pero sí se encuentran contenidos implícitamente en diversas normas legales (arts. 39 y ss. del CPP, entre otros), e inclusive en el Proyecto de Ley Orgánica de nuestro M.P.<sup>14</sup> están aludidos de modo indirecto, cuando se determinan las atribuciones y deberes del Fiscal General (art. 16), así como las de los demás Fiscales (art. 17).

Lo más importante, es en cualquier caso, que tanto el principio de unidad como el de dependencia se articulen o conciban "de tal suerte —utilizando las palabras del Dr. Prieto-Castro— que no merme la diversidad de opiniones y la independencia de cada uno de sus miembros en particular"<sup>15</sup> a lo que sin duda alguna se opone el artículo 92 (último párrafo) del actual Reglamento Orgánico del M.F. español (que se ha conservado, inclusive con el mismo numeral, del derogado R.O. de 1958, motivo el cual, la crítica de Ibáñez, compartida por nosotros, sigue teniendo validez).

Según dicha norma legal, en su actuación los funcionarios fiscales no pueden dar a entender, clara ni veladamente, si obedecen a iniciativas y convencimientos personales, o a órdenes superiores, estén o no conformes con ellas, lo que permite que puedan ser impuestas actuaciones que podrían estar en contradicción con sentimientos o convicciones particulares<sup>16</sup>.

Nos resulta difícil emitir una opinión clara referida a una disposición con tales caracteres, aunque en principio estamos de acuerdo en que ningún funcionario del M.P. debe hacer manifestaciones en el sentido expresado; pero en todo caso consideramos que haría mal un Superior en obligar a un subordinado a sostener criterios que no son compartidos por éste, guardando silencio, y que inclusive podrían estar en contra de una profunda convicción legal (porque no creemos que ningún funcionario del M.F. (M.P.) fuese capaz de imponer algo francamente reñido con la moral o las buenas costumbres, (y menos que otro lo mantenga) pues debemos pensar que en las múltiples situaciones y facetas en que a diario se desarrolla el derecho penal, los

<sup>13</sup> IBÁÑEZ Y GARCIA-VELASCO afirma, con sobrada razón, que "la admisión incondicionada de este principio plantea en el orden teórico una serie de problemas de acoplamiento, y en la práctica hace posible hondas perturbaciones que pueden llegar a producir una auténtica ilegalidad en su actuación, que podrían trascender en el proceso penal en forma de auténticas absoluciones administrativas o gubernativas". Ob cit. págs. 131 y 132.

<sup>14</sup> En este Proyecto de Ley Orgánica que hemos incluido en el Apéndice del presente trabajo, se señala, entre las atribuciones y deberes primordiales del Jefe del M.P. y de sus subordinados (Fiscales y Agentes Fiscales) la de mantener esa unidad "corporativa" a que ya hemos hecho referencia, aunque no se dice en forma expresa (Ver arts. cit.).

<sup>15</sup> PRIETO-CASTRO, L. Ob. cit., supra nota 65, p. 419.

<sup>16</sup> IBÁÑEZ Y GARCIA-VELASCO, M. Ob. cit. págs. 137 y ss.

puntos de vista jurídicos personales no pocas veces discrepan, siendo precisamente ahí donde debe operar la libertad de "opinión profesional" (siempre y cuando la misma se encuentre bien fundamentada, desde luego). En tal sentido el criterio del profesor Prieto-Castro<sup>17</sup> de que el principio de unidad y dependencia debe estar "concebido de tal suerte que no merme la diversidad de opiniones y la independencia de cada uno de sus miembros en particular", resume de mejor modo nuestro pensamiento.

Lo más justo sería que el Superior buscara, en caso de discrepancia con cualquier subordinado, a un funcionario que comparta su criterio, o procurar la obtención del convencimiento mediante el diálogo franco y sincero. Pero ciertamente nos produce temor la forma en que ha sido redactada la disposición que comentamos. Es como si se pretendiere, para efectuar un parangón contrario y absurdo, imponer al Juez la obligación de decir si condena o absuelve por órdenes superiores o por convicción propia.

En el plano de las libertades humanas (y más tratándose de profesionales del Derecho) creemos que debe actuarse con mucha cautela, porque, afortunadamente, ninguna persona goza del monopolio de la razón y la verdad absoluta.

## B. COMPOSICION DEL MINISTERIO PUBLICO COSTARRICENSE EN RELACION CON LA DEL M.F. ESPAÑOL

### a) En general

La composición de nuestro M.P. (M.F.) difiere bastante de la del español, no sólo por cuanto aquél, según se explicó, participa en el proceso penal únicamente (inclusive con más amplias funciones que las asignadas al M.F. en España como posteriormente veremos), sino porque al ser mucho menor el ámbito territorial en que debe desempeñar sus funciones (Costa Rica tiene una extensión aproximada de cincuenta mil kilómetros cuadrados), lógicamente se simplifica la configuración del citado instituto, siendo menor también su escala de jerarquías.

Aunque entre los componentes del M.F. español existen diversas categorías, en la opinión de Rodríguez del Barco<sup>18</sup> "ello no significa

<sup>17</sup> PRIETO-CASTRO, L. Ob. cit. supra nota 65, pág. 419.

<sup>18</sup> RODRIGUEZ DEL BARCO, J. Ob. cit. pág. 275. En Costa Rica, como veremos posteriormente, los Fiscales y Agentes Fiscales (encargados del procedimiento denominado de "Citación Directa") tienen bajo su mando personal subalterno (no profesional), pero sin constituir una verdadera articulación jerárquica del M.P.

subordinación o dependencia de unas a otras, pues propiamente la articulación jerárquica del Ministerio Fiscal está en la distinción entre Fiscales Jefes o representantes y Auxiliares”.

/ —De esta manera, pues, encontramos en la cúspide de dicha jerarquía al Fiscal del Tribunal Supremo como Jefe del Ministerio Fiscal, bajo la inmediata dependencia del Ministro de Justicia<sup>19</sup>.

El citado Jefe del M.F. español tiene una serie de facultades<sup>20</sup> similares en la mayor parte de los casos, a las de su homónimo costarricense (de “hecho”, por cuanto aún no ha sido promulgada la Ley Orgánica, según explicamos).

Después del Fiscal del Tribunal Supremo se encuentran los Fiscales de las Audiencias Territoriales, como Jefes en sus respectivos territorios, y por último los Fiscales de las Audiencias Provinciales, como Jefes en sus respectivas provincias. Los Fiscales de las Audiencias Territoriales y los de las Audiencias Provinciales, tienen respecto de los funcionarios fiscales que les están subordinados las mismas facultades que se le reconocen al Fiscal del T.S. (ver nota 20) —a excepción, en el caso de los segundos mencionados, de lo relativo a materias civiles—, pero siempre deben sujetarse a las instrucciones y órdenes generales o especiales del Jefe del Ministerio Fiscal, o a la de éste y a las que pudiesen impartir los Fiscales de las Audiencias Territoriales,

<sup>19</sup> Las relaciones de dependencia están señaladas, entre otras normas legales, en el TIT. III, CAP. Primero, del Reg. Org. del M.F. (Decreto de 27 de febrero de 1969, anteriormente indicado. Ver asimismo la Nota n° 134 de este trabajo).

<sup>20</sup> Entre esas facultades se encuentran las siguientes que nos hemos permitido resumir:

1. Exponer al Presidente del T.S. lo que estime necesario o conveniente para la más cumplida administración de justicia.
2. Respecto del M.F.:
  - a) Dar a todos sus subordinados las instrucciones generales o especiales sobre interpretación y aplicación de preceptos legales.
  - b) La alta inspección de todos los servicios fiscales y de la actuación de todos los funcionarios del M.F.
  - c) Imponer correcciones disciplinarias a los funcionarios de la Carrera Fiscal y personal de servicio en las Fiscalías.
  - d) Examinar y calificar las Memorias de los Fiscales Jefes de las A.T. y las observaciones que hagan a las de los Fiscales de las A.P.
  - e) Llamar a los funcionarios de la Carrera Fiscal que necesite para comunicarles directamente instrucciones.
  - f) Designar a un miembro del M.F. para que intervenga en un determinado asunto.
  - g) Dar a los funcionarios del M.F. las órdenes (escritas o verbales) que estime conveniente.
  - h) Pedir a los funcionarios del M.F. informes sobre el modo en que funcionan los tribunales, ya sea de manera general, o que se trate de algún asunto determinado en que intervenga el Fiscal. (Art. 87 del R.O. del M.F.).

si se trata de los Fiscales de las Audiencias Provinciales. (Ver arts. 88-1, y 89 del Reglamento Orgánico del M.F.).

Los Auxiliares o subordinados están bajo las inmediatas órdenes del Fiscal Jefe (Fiscal del T.S.), y obran siempre en su nombre y por delegación.

El Fiscal del T.S. tiene los siguientes Auxiliares: el Inspector Fiscal<sup>21</sup> y el Teniente Fiscal, Fiscales Generales y Abogados Fiscales del mismo Tribunal (T.S.).

Son Auxiliares de los Fiscales de las Audiencias Territoriales y de las Provincias, los Tenientes y Abogados Fiscales respectivos.

Por último deben incluirse en esta relación jerárquica a los Fiscales de Distrito, anteriormente denominados Fiscales Municipales y Comarcales (reforma introducida por el Real Decreto n° 2104 de 29 de julio de 1977, que aprobó el texto articulado parcial de la Ley de bases 42 de 28 de noviembre de 1974 —Ley Orgánica del Poder Judicial—)<sup>22</sup>, que están integrados en el M.F. en grado inmediatamente inferior a los de la Carrera Fiscal (subordinados directamente al Fiscal de la Audiencia Territorial y al de la Provincial respectiva —ver artículo 7º, incisos 1º, 2º y 3º del Real Decreto antes mencionado—), así como los Fiscales de Paz.

Resumiendo, pues, la composición del M.F. español según lo que dispone el Decreto de 27 de febrero de 1969, (R.O. del Estatuto del M.F.), con las reformas correspondientes, así como otras disposiciones

<sup>21</sup> Los principales objetivos de la Inspección Fiscal son los siguientes:

- 1º El conocimiento de la regularidad con que funcione el M.F.
- 2º El de las prácticas generales que en las Fiscalías se siguen para el despacho y el curso de los asuntos en que deba intervenir el M.F.
- 3º El de las condiciones, aptitudes y conducta de los funcionarios fiscales.
- 4º El examen de las quejas que se produzcan sobre el modo de proceder de los funcionarios fiscales.

Respecto de las funciones que cumple la citada Inspección Fiscal, debemos decir que en nuestro país están asumidas por la llamada Inspección Judicial (Ley Orgánica del Poder Judicial en su TIT. VI, CAP. I, reformada por Leyes Ns. 5229 y 5495) encargada para tales efectos de los Tribunales y del M.P., ya que en el Proyecto de Ley Orgánico de éste ni siquiera se alude a un organismo (como el de la Inspección Fiscal español) que se encargue exclusivamente del instituto mencionado, lo que a nuestro juicio constituye un error, pues, tal y como ahora está constituida la Inspección Judicial (arts. 120 a 124) su actividad y facultades (incluso disciplinarias) pueden estar en contradicción con la naturaleza propia del Ministerio Público, ya que viene a restar potestades al Jefe del mismo. Nos parece conveniente (y así lo proponemos) que exista un organismo dentro del M.P. costarricense encargado de la labor de inspección fiscal, tal y como la legislación española ha previsto.

<sup>22</sup> Cfr. RODRIGUEZ DEL BARCO, J. Apéndice III al Compendio de Derecho Judicial (Organización de Tribunales). Madrid, 1974, págs. 57 y 58. Asimismo ver la exposición de motivos del R.D. de 29 de julio de 1977, donde se explica que la finalidad del mismo es “hacer desaparecer la distinción entre Administración de Justicia y Justicia Municipal...”

legales (como por ejemplo el Decreto de 30 de junio de 1966, nº 1647, referido a la Plantilla de Destinos de la Carrera Fiscal) encontramos la siguiente relación:

1. El Fiscal del Tribunal Supremo.
2. Funcionarios pertenecientes a la Carrera Fiscal.
3. Fiscales de Distrito (Según R.D. de 29 de julio 1977).

Los funcionarios del M.F. español tienen las categorías siguientes <sup>23</sup>:

1. Fiscal del T.S., con los mismos honores y dotaciones que los Presidentes de Sala del Tribunal.
2. Fiscales Generales, con dotación y honores de Magistrados del T.S.
3. Fiscales, con dotación y honores de Magistrados.
4. Abogados Fiscales, con dotación y honores de Jueces de primera instancia.
5. Fiscales de Distrito, (anteriormente Municipales y Comarcales).
6. Fiscales de Paz.

(La Carrera Fiscal sólo la constituyen los funcionarios comprendidos en las categorías segunda a la cuarta, ambas inclusive).

Asimismo existe un organismo con funciones muy amplias, pero determinadas con la suficiente claridad por la legislación española correspondiente (Reg. Org. del Est. del M.F.), que se denomina Consejo Fiscal <sup>24</sup> y reside en la Fiscalía del T.S., estando constituido por un Presidente y cuatro Vocales. En él actúa como Secretario —sin voto— uno de los funcionarios de la Inspección Fiscal (Ver arts. 169 a 178 del R.O. del M.F.).

<sup>23</sup> Cfr RODRIGUEZ DEL BARCO. *Ibidem*.

<sup>24</sup> Este organismo, presidido por el Fiscal del T.S. debe reunirse por lo menos una vez al mes, y siempre que lo considere necesario el Presidente. Atenderá cuidadosamente en la realización de su cometido, respecto del personal del M.F., y especialmente en el ejercicio de sus funciones inspectoras, a observar los defectos y deficiencias y a corregir, y a ser posible evitar, toda infracción o abuso; pero no deberá dar menos importancia a señalar positivos méritos y procurar el premio de cuantos lo merezcan. El C.F. tendrá como atribuciones y deberes, examinar los expedientes personales de todos los funcionarios de la Carrera Fiscal. Tendrá también cuantas facultades y deberes se le encomienden en el Estatuto, en el R.O. y en cualquier otra disposición con fuerza de Ley. Este es otro organismo que no ha sido previsto por el Proyecto de Ley Orgánica del M.P. costarricense y que a nuestro juicio puede resultar de sumo interés si se determinan sus funciones como se ha hecho en la respectiva legislación española.

En Costa Rica la composición actual del M.P. es la siguiente:

- a. El Fiscal General (Jefe del Instituto), con dotación y honores similares (no iguales) a los de Presidente de Tribunal Superior <sup>25</sup>.
- b. Los Fiscales (llamados también "Fiscales de Juicio" por desarrollarse su principal actividad en la fase de plenario o juicio —oral—). Tienen una dotación igual a la de los Jueces Penales (Jueces "Sentenciadores").
- c. Los Agentes Fiscales (que participan fundamentalmente en la fase de instrucción y tienen a su cargo la denominada "citación directa", siendo en ésta verdaderos jueces instructores, con funciones muy parecidas a las conferidas al M.P. alemán después de la Gran Reforma, según fue explicado con anterioridad).

En el Proyecto de Ley Orgánica del M.P. se instituyen los denominados "Agentes Fiscales Auxiliares" (art. 2) que serían designados por el Fiscal General o por los Fiscales para intervenir en determinados casos (art. 19) La dotación de los Agentes Fiscales es igual a la de los Jueces de Instrucción.

A falta de la aprobación de la Ley Orgánica (Estatuto o Reglamento) nuestro M.P. se ha ido estructurando "de hecho", siguiendo las líneas del M.P. de la Provincia argentina de Córdoba, aparte de las disposiciones particulares que el CPP establece, pero nosotros creemos necesaria la existencia, lo más pronto posible, de una Ley o Reglamento orgánico que determine con mayor exactitud, los deberes y atribuciones, entre otros aspectos de importancia, de los funcionarios fiscales <sup>26</sup>. Sin embargo, muy a nuestro pesar, opinamos que el Proyecto de Ley Orgánica tantas veces citado no es satisfactorio, como puede comprobarse, porque adolece de no pocos defectos, entre los que se aprecia una

<sup>25</sup> Al ser el M.P. dependiente del Poder Judicial, tanto el Jefe del mismo como los demás funcionarios, son nombrados por la denominada Corte Plena, de acuerdo con lo dispuesto por los arts. 70 y 71 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

<sup>26</sup> El artículo 40 del CPP regula en forma general las atribuciones de los Fiscales diciendo: "Además de las funciones acordadas por la ley, el Fiscal del Tribunal de Juicio actuará durante el juicio (se refiere a la segunda fase del proceso, que es oral) y podrá llamar por intermedio del Tribunal al Agente Fiscal que haya intervenido en la instrucción..." y el art. 41 *ibidem* regula las del Agente Fiscal expresando: "El Agente Fiscal actuará ante el Juez de Instrucción y el Juez Penal, practicará la información sumaria (en el denominado procedimiento de "citación directa") y cumplirá además, la función atribuída en el artículo anterior".

Debemos aclarar que también el Agente Fiscal interviene en la fase de juicio oral (ante el Juez Penal de acuerdo con el artículo precedente) y excepcionalmente ante los Tribunales Superiores cuando así se lo solicite el Fiscal respectivo por tratarse de un asunto complejo o por estar en desacuerdo con su "requerimiento" (art. 40 incs. 1º y 2º *ibid.*).

inconveniente distribución de funciones para los distintos miembros del instituto <sup>27</sup>.

b) *Reclutamiento del personal del M.P.*

En España el reclutamiento del personal del M.F. se efectúa por el mismo sistema que el de la Judicatura, es decir, mediante oposición y cursos en la denominada Escuela Judicial <sup>28</sup>, "por haberse estimado que los beneficios y ventajas que en ella se consiguen deben ser comunes a dos Cuerpos tan íntimamente enlazados" <sup>29</sup>.

En Costa Rica varios Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, y en especial el actual Presidente del Consejo de Personal, Edgar Cervantes Villalta, se han preocupado por ir fortaleciendo la llamada Escuela de Capacitación Judicial que funciona en nuestro medio, sobre todo adiestrando personal subalterno (y aún impartiendo cursos de especialización para Profesionales del Derecho), pero no existe —por lo menos en la actualidad— selección similar a realizada por la Escuela Judicial Española.

El nombramiento (y selección) de los funcionarios del M.P. costarricense (Fiscales y Agentes Fiscales) se lleva a efecto por el mismo sistema que el de los funcionarios judiciales <sup>30</sup>, esto es mediante "con-

<sup>27</sup> Ver artículos 16, 17, 18 y 19, especialmente.

<sup>28</sup> Dicha Escuela, que tiene su sede en Madrid, desempeña una labor muy importante, seleccionando y adiestrando a todos los funcionarios al servicio de la Justicia. En el artículo segundo de su Reglamento (aprobado por Decreto n° 204/1968 de 27 de enero, con las modificaciones introducidas por Decreto 1280/1969 de 12 de junio) se expresa: "Para el cumplimiento de sus fines corresponde a la Escuela organizar y desarrollar las actividades siguientes:

- Las pruebas selectivas exigidas para el ingreso en los Cuerpos de funcionarios al servicio de la Justicia para los que se requiere poseer título facultativo.
- Cursos selectivos y de formación para los funcionarios en prácticas aspirantes a las Carreras Judicial y Fiscal..."

La selección para ingresar en la Escuela Judicial se hace mediante libre oposición que convoca el Ministerio de Justicia (artículo 3° Reg. de la Esc. Jud.) cuando el número de vacantes previsible lo justifique (art. 3°, 2° ibíd.). La citada oposición consta de varios ejercicios que establece el art. 4° del mismo Reglamento y en los que se incluyen pruebas escritas y orales. Así, por ejemplo, dispone la mencionada norma en su inciso segundo, que deberán desarrollarse oralmente dos temas de Derecho Civil, dos de Derecho Penal, y uno de Derecho mercantil, "sacados a la suerte de entre los comprendidos en el cuestionario que al efecto será publicado, al menos, tres meses antes del comienzo de la oposición". El sistema de selección es, pues, a nuestro juicio, de gran conveniencia, ya que garantiza la idoneidad (y capacidad) del funcionario cuyo nombramiento se pretende.

<sup>29</sup> PRIETO-CASTRO, L. Ob. cit. supra nota 65, pág. 418.

curso de antecedentes", dependiendo en última instancia de la libre elección realizada por la "Corte Plena" <sup>31</sup>.

Aún el nombramiento del Jefe del M.P. se efectúa por parte del organismo antes citado (Corte Plena) en igual forma, mientras que en España, por ser el M.P. dependencia del Poder Ejecutivo, el nombramiento o designación del Fiscal del T.S. es de libre elección del Gobierno entre Letrados (art. 7° de la L. de 17 de Jul. de 1945).

c) *Condiciones e incompatibilidades*

Tanto en Costa Rica como en España, se requieren condiciones parecidas para ser nombrado funcionario del M.P. (M.F.); a excepción de la nacionalidad española exigida en el segundo, ya que en nuestro país no se exige para ello la condición de ser "costarricense".

Así, pues, para ser nombrado funcionario del M.F. española se requiere:

- 1) Ser español, mayor de edad, de estado seglar.
- 2) No hallarse comprendido en causa de incapacidad o incompatibilidad. (Reg. Org. art. 11).

Los requisitos en Costa Rica son: *P" = AL MP.*  
Ser mayor de edad, ciudadano en ejercicio y del estado seglar. (Ley Org. del Pod. Jud. art. 13).

En una y otra nación se establecen los casos de quienes no pueden ejercer funciones fiscales (asimilando en nuestra situación, lo dispuesto para los funcionarios judiciales en la Ley Orgánica del Poder Judicial).

Así encontramos que no pueden ejercer funciones fiscales:

- 1) Los que no tengan aptitud física o intelectual. (En Costa Rica también se excluyen los sordos, los mudos y los ciegos).

<sup>30</sup> Dispone el art. 17 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que cuando quede vacante un puesto de Juez (o Fiscal en el caso tratarse del M.P.) "no podrá hacer (la Corte Plena) el nombramiento de sustituto en propiedad", sino que debe hacerse insertar en el "Boletín Judicial" un aviso dando cuenta de la vacancia, para que ofrezcan sus servicios (aportando el respectivo "curriculum vitae") los que tengan interés. El nombramiento no se puede hacer antes de que hayan transcurrido ocho días naturales contados desde la primera publicación del citado aviso (que debe salir tres veces consecutivas) "El nombramiento de funcionarios y empleados judiciales se hará en votación secreta. En las actas de Corte Plena no se consignarán, por ningún motivo, manifestaciones, votos salvados o protestas de los Magistrados que en alguna forma, directa o indirecta, insinúen o indiquen el modo en que sus votos fueron dados o los detalles de la votación". (Art. 18 de la Ley Org. del Pod. Jud.).

<sup>31</sup> "La Corte Plena será regida por el Presidente de la Sala de Casación y estará formada por todos los Magistrados que componen las Salas, incluyendo a los supientes que temporalmente se hallen reponiendo Magistrados propietarios o que sustituyan a cualquiera que, para el caso, estuviere impedido de tomar parte en una junta". (Art. 70 de la Ley Org. del Pod. Jud.).

- 2) Los que se hallaren procesados por cualquier delito, en tanto no recaiga sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento. (En Costa Rica se excluyen los que estaban procesados con auto de enjuiciamiento, de acuerdo con el procedimiento penal derogado, que equivale actualmente al auto de procesamiento).
- 3) Los que hayan sido condenados por delito doloso mientras no hayan obtenido la rehabilitación. (En Costa Rica: "... los que estuvieren sufriendo la pena de inhabilitación para cargos u oficios públicos, los condenados por delitos que merezcan prisión con pena ordinaria...").
- 4) Los quebrados no rehabilitados. (En Costa Rica, ídem).
- 5) Los concursados mientras no sean declarados inculpables. (En Costa Rica ídem).
- 6) Los que tengan vicios vergonzosos. (En Costa Rica solamente se señala el caso de la embriaguez).
- 7) Los que hayan cometido acto ú omisiones que, aunque no penales, les hagan desmerecer en el concepto público. (En Costa Rica la ley señala a "... los que no observen una buena conducta o tengan antecedentes de dudosa moralidad...").

(Para la correspondiente comparación entre las anteriores legislaciones, ver el art. 12 del Reg. Org. del M.F. español y el art. 14 de la Ley Org. del Pod. Jud. costarricense).

Es lógico que el ejercicio de los cargos de la Carrera Fiscal (ó simplemente el de funcionario del M.P.) sea incompatible con el de Juez o Magistrado, o con el de cualquier otra jurisdicción, así como con los de Procurador en Cortes Diputado Principal, Alcalde o Concejal, en España.

En Costa Rica, a falta de la Ley Orgánica del M.P. como tantas veces hemos explicado, nuevamente debemos recurrir (como fuente "supletoria") a la Ley Orgánica del Poder Judicial, siendo los casos de incompatibilidad similares a los señalados por la legislación española. (Art. 14 del Reg. Org. del M.F. español; y arts. 11, 27 y 29 de la L.O. P.J. respectivamente).

En uno y otro país también es incompatible el ejercicio de los cargos fiscales con el desempeño de cargos públicos o políticos de elección (además de los anteriormente mencionados), o retribuidos por el Estado, exceptuando la docencia, así como el ejercicio libre de la Abogacía a no ser en los casos de excepción que la ley taxativamente establece (por ejemplo en asuntos propios o del cónyuge, etc.). En Costa Rica además, como la mayoría de los Abogados son también Notarios, se prohíbe a los funcionarios del M.P. y judiciales en general, el ejercicio de tal actividad profesional.

#### d) Responsabilidad criminal y civil

En relación con estos aspectos existen algunas variantes entre las legislaciones española y costarricense.

La responsabilidad criminal del M.F. español (Cap. III de su R.O.) únicamente se puede exigir, en términos generales, en virtud de querrela del propio Ministerio Fiscal, así como por acuerdo del Tribunal competente (con autorización del Fiscal del T.S.) (art. 148 íbid.), mientras que en Costa Rica, estando en manos del M.P. el ejercicio exclusivo de la acción penal pública, solamente éste podría exigir la citada responsabilidad (ya sea actuando de modo propio o por denuncia de cualquier particular). Desde luego, quedan excluidas las acciones por hechos privados.

En cuanto a la responsabilidad civil también podemos apuntar ciertas diferencias. En España (Cap. II, arts. 138 a 147 del R.O.) la misma únicamente puede exigirse cuando los funcionarios del M.F. en el desempeño de sus funciones infrinjan las leyes por negligencia o ignorancia inexcusable (art. 138 íbid.). En Costa Rica, recurriendo nuevamente a la L.O.P.J., en el apartado donde se regula la responsabilidad civil (Cap. III del Tít. X, arts. 224 a 229), observamos que se dispone que la misma podrá ser intentada "sin que sea necesario que haya precedido acción criminal" (ref. de esta manera por ley nº 1266 de 21 de feb. de 1951).

De la misma forma que en España, la responsabilidad se limita al resarcimiento de daños y perjuicios (artículo 225 LOPJ).

También en ambos países se dispone que la demanda de responsabilidad civil no podrá ser interpuesta hasta que quede terminado por sentencia o auto firme el asunto en que se suponga causado el agravio.

#### e) Otros aspectos

Tanto el régimen disciplinario del M.F. español<sup>32</sup> como el del M.P. costarricense son bastantes estrictos, no solo en el comportamiento respetuoso y las relaciones de consideración que deben mediar entre los subalternos y sus superiores, sino en el ejercicio de las funciones, entre otras cosas.

<sup>32</sup> Dispone el artículo 124 del R.O. de 1969 que serán corregidos disciplinariamente los funcionarios del M.F. aludidos en el art. 123 de la siguiente manera que nos hemos permitido resumir:

1. Cuando faltaren manifiestamente en forma grave a la subordinación debida a sus superiores.
2. Por abandono del servicio.
3. Cuando sus informes escritos u orales adoptaren acuerdos o emitieren informes ilegales.
4. Por observar conducta contraria a los principios fundamentales del "Movimiento Nacional".

La diferencia podría estar principalmente, en el hecho anteriormente explicado de la no existencia en nuestro país de una Inspección Fiscal, sino que la labor de ésta es ejercida por la denominada Inspección Judicial, que se encarga de ejercer "un control regular y constante sobre todas las dependencias del Poder Judicial" (el M.P. lo es) y vigilar "por el buen cumplimiento de los deberes de los servidores judiciales", además de otros asuntos (art. 120 de la LOPJ).

Asimismo la institución de las Juntas Fiscales así como del Consejo Fiscal (éste último regulado en el Tít. VIII del R.O. arts. 169 a 178) nos parece de gran conveniencia en nuestra nación, aunque de "hecho" se realicen juntas de fiscales a solicitud del Jefe del M.P. o de alguno de los funcionarios del mismo, pero sin la necesaria regularidad.

Por último hemos observado en el R.O. español la creación de Tribunales de Honor (Tít. IX arts. 179 a 189), que pueden ser constituidos por dos clases de motivos:

1. Por aquellos que afectan a la honorabilidad del funcionario, tanto en el ejercicio de sus funciones como en su conducta privada<sup>33</sup>.
2. Por los de ineptitud de orden intelectual, negligencia o abandono graves.

Entre los que pueden promover la formación de estos Tribunales (pues únicamente se integran para el caso concreto) están: el Consejo Fiscal, el Fiscal del T.S. y el Ministro de Justicia. La resolución final es adoptada en conciencia y honor por mayoría de votos (el Trib. de Hon. está constituido por siete funcionarios y dos suplentes designados por sorteo) y puede contener uno de estos pronunciamientos: a) absolución, y b) separación del servicio, con reserva del derecho a la pensión que corresponda al funcionario.

5. Cuando de palabra o por escrito falten a la subordinación debida a sus superiores.
6. Por negligencia o por condena, entre otros.
7. Cuando perturben el servicio de la Fiscalía infringiendo disposiciones reglamentarias.
8. Por conducta moral irregular y viciosa.
9. Por infringir las prohibiciones del art. 17 del R.O. o los deberes que impone el Estatuto en el art. 34.
10. Cuando hubiesen incurrido, por causa que les fuere imputable, en alguno de los casos de incompatibilidad que el mismo R.O. señala.
11. Por ausencia injustificada.
12. Cuando reiteradamente y no obstante las advertencias del Consejo Fiscal, los Fiscales Jefes faltaren notoriamente a la equidad en la distribución del trabajo.

<sup>33</sup> Cfr. RODRIGUEZ DEL BARCO, J. en su Ob. cit. ps. 295 y ss. así como el Apéndice III de la misma.

En nuestro particular criterio los Tribunales de Honor cumplen una función extrajudicial que no nos satisface plenamente, porque pueden emitir un pronunciamiento (que, además, carece de recurso alguno) como lo es la separación del servicio, que en el caso de nuestra legislación debe conocer y resolver un Tribunal de Trabajo, puesto que las consecuencias más importantes, a nuestro modo de observar dicho pronunciamiento, son efectivamente laborales.

### C. FUNCIONES PROCESALES DEL MINISTERIO PUBLICO COSTARRICENSE

#### a) En general

De manera similar, que ocurre en España, salvo la exclusividad (monopolio) con que lo hace, el CPP establece como función primordial del Ministerio Público el ejercicio de la acción penal pública, que deberá iniciar de oficio (art. 5 del mencionado cuerpo de leyes)<sup>34</sup>.

Pero además del ejercicio de la acción penal y de acuerdo con lo dispuesto por el art. 39 del CPP, el M.P. debe practicar "...la información sumaria previa a la citación y ejercerá la acción civil en los casos previstos por el artículo 10"<sup>35</sup>.

Los casos a que alude la anterior norma legal son los siguientes:

1. "Cuando el titular de la acción, sin constituirse en actor civil<sup>36</sup>, le delegue su ejercicio:
2. Cuando el titular de la acción sea incapaz de hacer valer sus derechos y no tenga quien lo represente, sin perjuicio de la intervención del Patronato Nacional de la Infancia..."

Como puede observarse, hemos subrayado el inciso 1º del artículo anterior, por las razones siguientes: la situación que en él se expone,

<sup>34</sup> Los funcionarios del M.F. español tienen la obligación de ejercitar, "...con arreglo a las disposiciones de la ley, todas las acciones penales que consideren procedentes, haya o no acusador particular en las causas, menos aquellas que el Código Penal reserva exclusivamente a la querrela privada..." (Art. 105 de la LECr) (El subrayado no es del texto).

<sup>35</sup> El artículo 39 señalado de nuestro CPP es muy parecido a 162 del CPP de la Provincia de Córdoba (Argentina), de donde fue tomado. Este art. expresa: "El Ministerio Fiscal promueve y ejercita la acción penal en la forma establecida por la ley y realiza la instrucción sumaria con el auxilio de la policía judicial".

<sup>36</sup> Para constituirse en actor civil nuestro CPP, señala los requisitos correspondientes en el artículo 57.

de ejercicio de la acción civil por delegación del titular de la acción es algo absurdo en sí mismo, a nuestro juicio, porque presenta, en primer lugar, al M.P. como una especie de "servidor" de los particulares y, además, porque la práctica ha venido a demostrar que aún las personas de mayores recursos económicos prefieren acogerse a la citada "delegación" (nótese que ni siquiera se dice en qué forma deberá hacerse la misma). por tratarse de un servicio gratuito.

Nos parece más lógico que, como ocurre en la legislación española<sup>37</sup>, la acción civil se entable siempre conjuntamente con la penal o por el contrario, que se elimine el precitado inciso 1º del artículo 10, dejando únicamente la obligación por parte del M.P. de ejercer dicha acción en los casos del inciso 2º *ibíd.* (casos excepcionales) como en alguna ocasión propusimos.

## 1. Promover la acción de la justicia y velar por la observancia de las leyes.

Entre las funciones primordiales del M.P., no sólo de nuestro país sino del mismo como instituto universal, está la de promover la acción de la justicia en lo que atañe al interés público, ejercitando con tal motivo, la acción (o pretensión) de igual carácter en las causas o juicios penales, así como velar porque las leyes se observen y cumplan.

La anterior disposición (que se encuentra contenida en forma explícita en los artículos 763 de la LOPJ y 1º del Est. del M.F. español), constituye la primera norma legal del Proyecto de Ley Orgánica de nuestro M.P., incluyéndose en la misma, además, el "velar por la buena marcha administrativa de la justicia represiva con los deberes y atribuciones que adelante se determinan"<sup>38</sup>.

## 2. Poder coercitivo del M.P. en el ejercicio de sus funciones

El artículo 42 del CPP determina que el M.P. dispondrá, en el ejercicio de sus funciones, de los poderes conferidos al Juez por el artículo 101 *ibídem.* Esos poderes señalados por esta norma jurídica son los de requerir la intervención de la fuerza pública y disponer

<sup>37</sup> "La acción civil ha de entablarse juntamente con la penal por el Ministerio Fiscal, haya o no en el proceso acusador particular; pero si el ofendido renunciare expresamente su derecho de restitución, reparación o indemnización, el Ministerio fiscal se limitará a pedir el castigo de los culpables". (Art. 108 de la LECr). En la legislación costarricense el "desistimiento" (tácito o explícito) implica la renuncia del pretendido derecho "resarcitorio" (art. 70 en relación con el 69, ambos del CPPCR).

<sup>38</sup> Cfr. al respecto, entre otros autores, a: FENECH, N. Ob. cit. pág. 310; MANZINI, V. Ob. cit. (T. II) pág. 318; PRIETO-CASTRO, L. Ob. cit. supra nota 65, 421 y ss.

todas las medidas necesarias para el seguro y regular cumplimiento de los actos que ordene.

En la LECr española no encontramos una disposición similar, de lo que lógicamente interpretamos que el M.F. en esta nación carece de tales poderes, ajustándose al respecto a lo que el juzgador ordene o disponga. En cambio, el M.P. italiano sí está investido de los poderes citados<sup>39</sup>, e igualmente el M.P. de algunas provincias argentinas (Córdoba, por ejemplo) cuyas legislaciones procesales se han inspirado en la italiana.

Ahora bien, decidir si es conveniente o no que el M.P. (M.F.) disponga de poderes coercitivos como los anteriormente expuestos, depende, según nuestro criterio, de la constitución misma que presente aquél en cada legislación: en España, donde no existe únicamente la acusación estatal (a cargo del M.F.) y en donde dicho instituto no realiza funciones propiamente instructorias, como ocurre en otros países, no es necesario ni prudente que el M.F. (M.P.) disponga de tales poderes. En Alemania, Italia, Argentina (algunas provincias) y Costa Rica, donde sólo existe la acusación estatal (monopolio a cargo del M.P.) y en donde el instituto estudiado debe realizar —en mayor o menor grado, según luego veremos— funciones instructorias (caso de la instrucción sumaria, o de la "citación directa"), es indispensable que el M.P. disponga de dichos poderes.

El Ministerio Público o Fiscal es parte legítima en todas las causas (procesos penales) por delitos de acción pública, como bien afirma el tratadista Fenech<sup>40</sup> correspondiéndole, tanto en la legislación española como en la costarricense, ejercitar las acciones penales (o pretensiones punitivas) que estime procedentes, independientemente de que haya o no acusador particular en el caso de la primera (art. 105 de la LECr), excluyéndose en uno y otro país las causas que los respectivos Códigos Penales reservan exclusivamente a la querrela privada.

### b) En particular

Como las principales funciones del M.P. se desenvuelven en diversas actividades que varían según la etapa o período procesal en que tienen lugar, es conveniente estudiarlas por separado en cada una de esas etapas.

<sup>39</sup> El art. 77 del CPP italiano extiende al M.P., en el ejercicio de sus funciones, todos los poderes que el art. 146 del mismo cuerpo de leyes confiere al Juez Cfr. LEONE, G. Ob. cit. (VOL. I) pág. 439 y (VOL. II) págs. 140 y ss. respecto de la manera sumaria" (o instrucción sumaria) que realiza el citado instituto en dicha nación.

<sup>40</sup> FENECH, N. Ob. cit. p. 310.

NOTA: Según el criterio que ya anteriormente expusimos en el apartado correspondiente, el Ministerio Público es "parte" en sentido formal.

## 1) Fase o etapa de instrucción (Sumario)

Deliberadamente hemos omitido referencia alguna a la participación del M.P. en las investigaciones preliminares<sup>41</sup>, por cuanto, aunque de hecho existe, la actividad más importante la realiza la Policía Judicial<sup>42</sup>, que contrariamente a lo que ocurre en España, donde la Policía gubernativa o de seguridad es la misma que la Judicial, se encuentra completamente separada de aquélla desde hace varios años, aún antes de que fuera puesto en vigencia el actual CPP, actuando con notable éxito y mereciendo no pocos elogios.

El nuevo concepto de Policía Judicial, en contraposición con el de Policía Gubernativa, de Seguridad, o de Policía en general<sup>43</sup> ciertamente ha revolucionado el sistema de investigación criminal, constituyendo un poderoso auxiliar del M.P.

<sup>41</sup> El M.F. español interviene en las investigaciones preliminares, auxiliado por la Policía Judicial que le está subordinada (arts. 283, 284, 287 a 290, de la LECr), debiendo actuar para hallar los fundamentos subjetivos y objetivos de la pretensión punitiva, que debe hacer valer en el proceso, realizando las investigaciones que estime necesarias para el descubrimiento de los delitos y la averiguación de los delincuentes. (Art. 2º, nº 16 del Est. del M.F.). Sin embargo, pese a tener el nombre de "policía judicial" y de estar regulada como tal en la LECr, no existe verdaderamente una policía de este tipo, sino que sus funciones son ejercidas por la misma policía gubernativa.

<sup>42</sup> "La policía judicial, por iniciativa propia, por denuncia o por orden de autoridad competente procederá a investigar los delitos de acción pública..." (art. 161 del CPP). Los miembros de la P.J. "... cumplirán sus funciones bajo el control directo del Ministerio Público y deberán ejecutar las órdenes de jueces y fiscales..." (art. 163 *ibid.*) (El subrayado es nuestro).

<sup>43</sup> MANZINI, aclara que el concepto de policía judicial (contra poniéndolo al de policía de seguridad o al de policía en general) "indica la actividad investigadora que se orienta a descubrir los delitos, a impedir que se los lleve a consecuencias ulteriores y a identificar a sus autores". Siendo esta distinción de origen francés —continúa Manzini— no siempre fue perfectamente advertida, sobre todo si se tiene en cuenta que en el siglo IX las tareas propias de la policía judicial se delegaban en personas dignas de fe, quienes bajo juramento se obligaban a denunciar los delitos y a los delincuentes, bajo amenaza de graves penas; (castigos corporales, etc.). Mientras que la policía de seguridad ha sido creada para prevenir las posibles violaciones legales, la judicial actúa en el momento en que tales violaciones ocurrieron, para determinar la verdad de los hechos, los autores de los mismos y asegurar su comparecencia ante la justicia. (MANZINI, *Ob. cit.* págs. 321 y ss.).

Para CLARIA OLMEDO la policía judicial "es un organismo público integrado por un conjunto de funcionarios y empleados debidamente jerarquizados que cumplen funciones determinadas por la ley, a veces en sentido amplio y otras específicamente, para custodiar el orden público y la tranquilidad social, proveyendo a la estabilidad de las instituciones y a la seguridad de los ciudadanos que integran la colectividad". (CLARIA OLMEDO; *Ob. cit.* pág. 53). En cualquier caso, debe quedar claro que el nuevo concepto de "policía judicial" ha sido perfectamente asimilado por la legislación costarricense.

En Costa Rica la Policía Judicial está integrada en el denominado organismo de Investigación Judicial y tiene su propia Ley Orgánica.

Nuestro M.P. debe requerir<sup>44</sup> la instrucción o practicar la información sumaria previa a la citación directa<sup>45</sup>, cuando tenga conocimiento<sup>46</sup> de un delito por el cual una u otra corresponda. (Arts. 169, 184, 401 y 402 del CPP).

El requerimiento (fiscal) de instrucción que inicia la causa, por así decirlo, debe contener una serie de requisitos formales que son los siguientes: (art. 170 *ibid.*).

- 1) Las condiciones personales del imputado (esto es, inculpado en la leg. española), o si se ignoraren, las señas o datos que mejor puedan darlo a conocer;
- 2) La relación circunstanciada del hecho, con indicación, si fuere posible, del tiempo y modo de ejecución y la norma penal que considere aplicable; y
- 3) La indicación de las diligencias útiles para la averiguación de la verdad.

Ahora bien, ¿qué ocurre cuando hay discrepancia entre el Agente Fiscal y el Juez de Instrucción? Por ejemplo, aquél le solicita a éste la desestimación de la denuncia (formulada por cualquier particular) y

<sup>44</sup> El "requerimiento" es la querrela del Ministerio Público en nuestro país (como ocurre en España, donde la querrela puede ser presentada por cualquier clase de sujetos —públicos o particulares—). De acuerdo con el criterio de CLARIA OLMEDO, el término requisitoria o requerimiento procede de la legislación italiana, invirtiendo el sentido originario proveniente de Francia (ver arts. 31 y ss. del Code de Procédure Penale), porque en aquella nación se distinguen claramente los dos modos de actuación del M.F.: por requisición o por acción. En el primer caso, puede decirse que no actúa por propia iniciativa, ya que es el juez de instrucción quien solicita su opinión. En el segundo caso actúa por iniciativa propia ejercitando la acción penal, valiéndose para ello de todos los procedimientos que las partes disponen para hacer valer sus derechos en el proceso. (CLARIA OLMEDO, *Ob. cit.* pág. 292). En la legislación italiana el Ministerio Público presenta un requerimiento, el cual, en primera instancia, esto es, como promoción de la acción penal y actos a ella correlativos, se reduce a una mera demanda de decidir acerca de una "notitia criminis"; pero en la fase de impugnaciones tiene un contenido específico, a saber, se presenta como una demanda de reforma o de anulación (LEONE, G. *Ob. cit.* T. I. pág. 422).

<sup>45</sup> La "citación directa" es el medio de iniciar un procedimiento especial (artículo 401 a 422 del CPP) que posteriormente será estudiado.

<sup>46</sup> De acuerdo con el art. 152 CPP cualquier persona que tenga noticia de un delito de acción pública "podrá denunciarlo al Juez de Instrucción, el Agente Fiscal o a la Policía Judicial, salvo que la acción dependiera de instancia privada". Cuando esa denuncia, que puede ser escrita o verbal (art. 153 *ibid.*) es hecha ante el Juez de Instrucción, éste debe ponerla inmediatamente en conocimiento del Agente Fiscal, quien en el término de 24 horas, o menos si la urgencia del caso lo requiere, deberá decidir si formula requerimiento conforme al art. 170, o si se desestima o debe remitirse a otra jurisdicción (art. 158).

el Juez de Instrucción estima que existe mérito suficiente para abrir causa.

La solución está en el párrafo del art. 158 final: "Si el Agente Fiscal pidiere que la denuncia sea desestimada y el juez no estuviere conforme, se procederá como dispone el artículo 347". Este último artículo, que regula otros casos de disconformidad entre Agente Fiscal y Juez de Instrucción, dispone que "el Juez que no estuviere de acuerdo remitirá el proceso, por resolución fundada al Fiscal del Tribunal de Apelación<sup>47</sup>, quien dictaminará con arreglo al artículo 39"; así pues, quien resuelve la controversia es el Fiscal designado a ese efecto: si éste da la razón al Agente Fiscal, el Juez debe pronunciarse en tal sentido (por ejemplo, desestimando la denuncia como se le solicitó); pero si el Fiscal estima que la postura más razonable es la del Juez, entonces, al dictaminarlo así, se pasa la denuncia a otro Agente Fiscal para que, en el caso de nuestro ejemplo, proceda a efectuar el requerimiento.

Desde luego, es obvio que la desestimación de la denuncia del particular por parte del Agente Fiscal (representando al M.P.) no impediría que posteriormente pueda intentarse (por parte del particular denunciante) su presentación ante otro Agente Fiscal.

En España, donde el Juez inclusive puede actuar de oficio (arts. 259 y ss. de la LECr)<sup>48</sup>, no se requiere intervención inicial del M.F.

<sup>47</sup> Actualmente y por falta de la reglamentación orgánica del Ministerio Público, no existen Fiscales específicos para los Tribunales de Apelación (tal como señala el CPP en distintas normas legales), sino que los mismos Fiscales de Juicio (de acuerdo con un orden establecido en la distribución del trabajo) desempeñan esta función.

<sup>48</sup> Con relación a la existencia en la legislación española de la acusación estatal (a cargo del M.F.) y la acusación popular, las cuales pueden presentarse y subsistir en forma conjunta, IBÁÑEZ GARCIA-VELASCO ha señalado la siguiente crítica:

"¿Por qué en nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal se regula la existencia de dos acusaciones posibles: la pública y la particular." Si ambas coinciden en sus actuaciones huelga una de ellas, y si no coinciden alguna de las dos estará equivocada y dará como resultado constituir un entorpecimiento a una exacta y rápida justicia, pero sin entrar a discutir cuál puede ser la causa del entorpecimiento en el caso concreto, la admisión de la acusación popular como hoy la conocemos parece partir de un criterio de desconfianza hacia la actividad fiscal, con su secuela obligada de agravar la economía, tanto crematística, como "cronológica" (sic) (el autor se refiere a la demora) del proceso. Ahora bien —continúa IBÁÑEZ— ¿no será esta desconfianza razonable consecuencia de la desafortunada regulación del Ministerio Público, de su dependencia orgánica y de su escasa autonomía procesal?" (IBÁÑEZ GARCIA-VELASCO, M. Ob. cit. págs. 105 al final y 106).

Nota: La crítica anterior, escrita por el autor mencionado en el año de 1967, (esto es dos años antes de la aprobación del actual Reglamento Orgánico del Ministerio Fiscal) sigue teniendo validez, a juicio nuestro, ya que el actual R.O. del M.F. (de 27 de febrero de 1969) no varió, en su esencia, las disposiciones fundamentales a las que Ibañez dirige su crítica. —En nuestro país tuvimos experiencia similar a la española en lo que se refiere a la existencia de la acción popular, mientras estuvo vigente el anterior Código de Procedimientos Penales, siendo bastante positiva (de acuerdo con lo observado hasta ahora) la medida de su eliminación.

(aunque puede darse), ya que, como puede observarse en la respectiva legislación procesal, no necesita interponer la "querrela"<sup>49</sup> para actuar en el sumario, puesto que la ley le concede este derecho con independencia de la misma en virtud de la función inspectora que le atribuye en la formación de aquél. (art. 306 de la LECr)<sup>50</sup>.

Una vez requerida la instrucción (arts. 169-170 CPP)<sup>51</sup>, el juez ante quien se presentó el "requerimiento"<sup>52</sup> estimando pertinente el

<sup>49</sup> El concepto de "querrela" se aplica en nuestro actual CPP exclusivamente en los "juicios por delitos de acción privada" (CAP. IV, SEC. I, arts. 428 y ss.), puesto que para los juicios por delitos de acción pública el M.P. actúa mediante la presentación de "requerimientos", como ya se explicó, cuyos requisitos formales son semejantes a los de la "querrela", según puede corroborarse comparando los arts. 277 de la LECr y el 170 del CPP (req. del requerim. fiscal). PRIETO CASTRO y GUTIERREZ DE CABIEDES, explicando el concepto de "querrela" dicen: "... es un nombre de origen latino que adquirió en el Derecho español la significación específica de medio de dar al juez noticia de la realización (por alguien) de un hecho susceptible de constituir delito o falta y de la decisión de ejercer la correspondiente acción penal por ese hecho, constituyéndose en parte la persona que la interpone. Esta es llamada por la LECr "querellante" y el sujeto pasivamente legitimado, querellado" (Ob. cit. supra nota 96, pág. 151). DE PINA la define como "el escrito en el que, con las exigencias formales que la ley determina, se ejerce la acción penal". DE PINA, RAFAEL, Manual de Derecho Procesal Penal, Ed. Reus, S. A., Madrid, 1934, pág. 125, GOMEZ ORBANEJA y HERCE QUEMADA conceptúan la "querrela" como el "acto procesal consistente en una declaración de voluntad dirigida al órgano jurisdiccional competente, por la que el sujeto de la misma, además de poner en conocimiento de aquél la noticia criminis ejercita la acción penal". (Ob. cit. pág. 133). Desde luego, es obvio que "denuncia" y "querrela" son conceptos radicalmente distintos. (Consultar al respecto las obras de los autores antes mencionados).

<sup>50</sup> Cfr. FENECH, M. Ob. cit. págs. 309 y 310.

<sup>51</sup> De acuerdo con el art. 185 del CPP, la instrucción tiene por objeto, entre otras cosas las siguientes:

1. Comprobar si existe un hecho delictuoso, mediante todas las diligencias contendentes al descubrimiento de la verdad.
2. Establecer las circunstancias que califiquen el hecho. (Agravantes, atenuantes, etc.).
3. Determinar a los autores, cómplices e instigadores.
4. Verificar la edad, educación, condiciones de vida, estado y desarrollo de las facultades mentales, etc. del "imputado".
5. Comprobar la extensión del daño causado por el delito, aunque no se hubiere ejercido la acción resarcitoria.

Similar (no igual) a la anterior disposición, es la contenida en el art. 299 de la LECr al expresar que "constituyen el sumario las actuaciones encaminadas a preparar el juicio y practicadas para averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación, y la culpabilidad de los delincuentes, asegurando sus personas y las responsabilidades pecuniarias de los mismos".

<sup>52</sup> VAZQUEZ I., y CASTRO, autores argentinos, al hacer un comentario sobre lo que es el "requerimiento" en el sistema procesal penal mixto, explican: "Siendo el Agente Fiscal el titular de la acción penal es a él a quien corresponde promoverla mediante requerimiento. No existe otro modo posible de acuerdo con este sistema procesal penal mixto (se están refiriendo al de la Pampa) de promover la acción penal sino por medio de la actividad propia del Ministerio Fiscal". VAZQUEZ IRUZUBIETA, C., y CASTRO, R. A.; Procedimiento Penal Mixto (Tomo II), ed. Plus Ultra Buenos Aires, 1969; pág. 57.

mismo, debe proceder directa e inmediatamente a investigar los hechos que aparezcan cometidos en su jurisdicción y si es necesario practicar diligencias fuera de su circunscripción, las deberá encomendar a la autoridad judicial correspondiente. (Art. 186 *ibíd.*).

Si por el contrario el Juez rechaza el requerimiento (lo que debe hacer mediante auto), el M.P. puede apelar de dicha resolución. (Art. 188 *ibíd.*).

La fase de instrucción, caracterizada por la busca y preparación de elementos probatorios<sup>53</sup>, da oportunidad al M.F. para que participe en todos los actos de la misma y examine en cualquier momento las actuaciones (art. 90 *ibíd.*).

Tanto el M.P. como las partes pueden proponer diligencias, practicándolas el Juez cuando fueren pertinentes y útiles; en caso de rechazarlas, su resolución en tal sentido será irrecurrible. (art. 196)<sup>54</sup>.

El sumario sólo puede ser examinado por las partes y sus defensores *después de la declaración del "imputado"* (antes está prohibido) pero el Juez puede ordenar el "secreto", por resolución fundada, siempre que la publicidad ponga en peligro el descubrimiento de la verdad (dicho secreto no puede durar más de diez días, salvo que la gravedad del hecho o la dificultad de su investigación exijan que aquélla sea

<sup>53</sup> MANZINI destaca que la averiguación de la verdad real es tarea que no se agota ni en el debate mismo combatiendo a los que asignan a la instrucción la finalidad de fijar los elementos de convicción para el debate, ya que, en tal caso, se "limitaría la libertad del tribunal de juicio y además se llevaría a cabo una inútil duplicación de actos procesales". La instrucción —continúa— se caracteriza por la busca y preparación de elementos probatorios, predominando durante el debate la actividad de contralor, discusión y juicio. Si se tratara en la fase instructora de preparar la acusación, se caracterizaría como una actividad propia a favor del M.P. Pero es sabido que también durante la instrucción se recogen las defensas del "imputado", que hasta pueden llegar a servir para concluir la causa sin enviarla a juicio (sistema generalmente seguido por algunos Estados europeos como Alemania, Holanda, Bélgica y España). Distinto es, en cambio, el sistema anglosajón, donde resulta obligatorio el examen previo de toda acusación por parte de un colegio de jurados (gran jurado de acusación). MANZINI, V. Ob. cit. págs. 173 y ss. LEONE a su vez explica que la instrucción del proceso penal tiene por finalidad "comprobar, mediante un primer examen de la noticia criminis, si existen elementos para pasar a la fase de juicio". LEONE, Ob. cit. VOL. II, págs. 84 y ss.

En igual sentido, ver PRIETO-CASTRO y GUTIERREZ DE CABIEDES, quienes afirman que "... los resultados que por la comprobación o averiguación se obtienen en la investigación no pasan a constituir base de la sentencia..." (Ob. cit. supra nota 96, págs. 162 y ss.) E, igualmente GOMEZ ORBANEJA y HERCE QUEMADA sostienen que "... el sumario, está, pues, con el juicio oral en relación de medio a fin ya que aquél no se concibe sino en función de éste. Pero esa finalidad positiva toma un matiz negativo cuando el sumario no da base para abrir el juicio oral, desembocando, por el contrario, en el sobreseimiento..." (Ob. cit. págs. 123 y ss.).

<sup>54</sup> Esta disposición no nos satisface y nos parece mejor la solución que da la LECr española, permitiendo al M.F. apelar o recurrir en queja cuando hubiere denegatoria (art. 311 de la misma), aunque lo que pretenda el artículo 196 del CPP sea proporcionar mayor agilidad durante el proceso.

prolongada hasta por otro tanto) (art. 195). Es de observar que en la precitada norma legal no se excluye del "secreto" al M.P., como sí se hacía en el anterior Código Procesal Penal, y como establece la legislación española, en el artículo 316 de la LECr. Desde luego, en la realidad los jueces permiten que los miembros del M.P. examinen el sumario bajo "secreto", pero algunos de ellos han entendido erróneamente que tan sólo el Fiscal o Agente Fiscal asignados al caso en concreto gozan de esa "prerrogativa" (por así decirlo), negándosela a los demás funcionarios del instituto, con lo que provocan cierta ruptura del principio de unidad corporativa que anteriormente analizamos.

En todo caso, es claro que el error (por omisión) proviene de la misma Ley.

El M.P. puede recurrir contra los autos de procesamiento y de "falta de mérito" —esto es, falta de base para proceder (art. 290 CPP)<sup>55</sup>—; también contra la resolución que hace cesar la prisión preventiva (art. 294 *ibíd.*), así como asistir a cualquier diligencia probatoria, para lo cual el Agente Fiscal (en representación del M.P.) debe ser avisado con suficiente tiempo, aunque el acto o diligencia no se suspende ni retarda por su ausencia (art. 195, párrafo final, del CPP).

Una vez que el Juez estima que la instrucción ha sido cumplida o ha concluido<sup>56</sup>, debe dar audiencia al Agente Fiscal por el "plazo" (nuestro Código utiliza con frecuencia la palabra "término", que nos parece menos acertada) de seis días, "prorrogables hasta por otro tanto en casos graves y complejos a juicio del juez y a solicitud del propio Agente Fiscal" (Art. 338 *ibíd.*); pero si vencido el plazo de la instrucción, incluyendo las prórrogas previstas en el artículo 199 de nuestro cuerpo de leyes procesales anteriormente mencionadas, "no correspon-

<sup>55</sup> El auto de falta de mérito tiene cierto parecido con el auto de sobreseimiento provisional (permitido en la LECr art. 641 —así como en nuestro anterior Código Procesal Penal—), pero se distingue esencialmente porque debe dictarse (si es que procede) dentro del plazo de seis días a contar desde la declaración del "imputado" (art. 286 *ibíd.*) y se dicta solamente cuando el juez estima que no hay mérito para ordenar el procesamiento ni tampoco para sobreseer (art. 289 *ibíd.*). El sobreseimiento provisional ya no existe en nuestra legislación procesal; únicamente el sobreseimiento (que siempre es "definitivo", esto es, "libre" según la LECr art. 634), que puede ser dictado en cualquier momento durante la instrucción (o sumario), e inclusive, en algún caso excepcional, durante la fase de juicio oral o debate (art. 320, inc. 4º *ibíd.*).

<sup>56</sup> De acuerdo con el art. 199 del CPP "la instrucción deberá concluirse en el término (plazo) de dos meses a contar de la declaración del imputado (Inculpado). Si resultare insuficiente, el juez solicitará prórroga al Tribunal de Apelación, el que podrá acordarla hasta por otro tanto... y en los casos de suma gravedad y de muy difícil investigación, la prórroga podrá exceder excepcionalmente de dicho plazo, no pudiendo sobrepasar de otros dos meses". En resumen, la instrucción de un asunto complejo puede durar hasta seis meses como máximo, dentro de los límites normales de desarrollo del proceso (tomando en cuenta las posibles dificultades que se puedan presentar en la investigación).

diere sobreseer ni las pruebas fueren suficientes para disponer la elevación a juicio", el juez deberá ordenar por auto fundado, aún de oficio, la denominada *PRORROGA EXTRAORDINARIA* de la instrucción<sup>57</sup>, "por un término (plazo) que fijarán en seis meses si la pena del delito perseguido fuera de un año o menos; y de un año si la pena fuera mayor" (art. 325 del CPP).

Una vez que, según explicábamos, el Juez estima cumplida la instrucción y dá audiencia al Agente Fiscal por seis días (que pueden ser prorrogados), éste tiene que manifestar, al pronunciarse, lo siguiente (art. 339):

1. Si la instrucción está completa, o en caso contrario, que diligencias considera necesarias para ello; o
2. Estimándola completa, si correspondiere sobreseer, ordenar una prórroga extraordinaria o *eleva la causa a juicio*.

Si opta por lo último, debe presentar el llamado "requerimiento de elevación a juicio" de acuerdo con los requisitos formales que señala el artículo 341 de nuestro Código procesal.

Con base en ese requerimiento, y estimando el Juez su procedencia (ver incidente que puede plantear el defensor del inculcado con base en el art. 343 CPP), deberá dictar el auto de elevación a

<sup>57</sup> La citada "Prórroga extraordinaria" tiene también cierto parentesco con el sobreseimiento provisional aunque analizados en su esencia son completamente distintos. Por ejemplo, cumplida la prórroga extraordinaria sin modificarse la situación que la determinó, es obligación del juez "dictar" o pronunciar el sobreseimiento (que como ya fue explicado es siempre definitivo o libre) (art. 327). Sobre la función que desempeña la citada prórroga extraordinaria en el proceso, algunos autores argentinos explican que "... cumpla la misión de demorar legalmente la clausura de la instrucción en los casos de dudosa prueba insuficiente. Si se observa detenidamente alguno de sus efectos propios, podrá advertirse el escondido pero cercano parentesco que existe entre la prórroga extraordinaria y el sobreseimiento provisional del sistema procesal anterior. Pero analizada la misma en su naturaleza jurídica, puede colegirse que se trata de un instituto paralizador de la actividad investigadora del Juez". VAZQUEZ I. y CASTRO R., Ob. cit. (T. III) pág. 408. RICARDO LEVENE (h), en un trabajo que lleva por título "La Reforma y Unificación Procesal Argentina" (págs. 190 y ss.) se muestra francamente enemigo de introducir dentro de los Códigos de Procedimiento General el instituto de la prórroga extraordinaria, pues, según su criterio, su consagración legislativa significa claramente que se introduce en el proceso el sobreseimiento provisional, legalmente criticado; situación ésta que resulta intolerable si se tiene en cuenta que una causa no puede mantenerse por largo tiempo abierta y a la espera de nuevos elementos de prueba que pudieran surgir" (Datos tomados de la obra de VAZQUEZ y CASTRO —T. II— págs. 409 y 410, por no haber sido posible localizar la obra original del autor). Otros tratadistas, como Vélez Mariconde y Clariá Olmedo, abogan a favor de la citada institución sobre todo éste último, quien advierte que la misma significa una evolución legislativa tendiente a desterrar de las legislaciones el sobreseimiento provisional, que tiene su origen en el derecho español y fué acogido por los antiguos Códigos de la materia. (CLARIA OLMEDO, Ob. cit. págs. 120 y ss.).

juicio, que únicamente puede ser apelado por el defensor del procesado que hubiere ejercido el derecho concedido por el artículo 342 (ibídem) ante el Tribunal de Apelaciones (esto es, haberse opuesto a la elevación a juicio, instando el sobreseimiento o una prórroga extraordinaria de la instrucción)<sup>58</sup>.

Si contrariamente a lo expuesto, el Agente Fiscal solicita sobreseimiento o prórroga extraordinaria, el Juez que no estuviere de acuerdo debe remitir el proceso, por resolución fundada, al Fiscal del Tribunal de Apelaciones (ver nota n° 47), quien dictará con arreglo al artículo 39 (347 del CPP) en uno u otro sentido, conforme fue analizado anteriormente.

La instrucción queda clausurada cuando el Juez pronuncia el auto de elevación a juicio, o queda firme la providencia que así lo ordena (art. 348 CPP)<sup>59, 60, 61</sup>.

## 2) Fase o etapa de juicio (oral) o debate. Plenario.

En este segundo período del proceso (en el derecho costarricense no aparece señalado especialmente lo que se llama "período intermedio" en el derecho español y otros) al cual se pasa únicamente cuando ha habido *elevación a juicio*, la actividad del M.P. es fundamentalmente oral, aunque en los actos preliminares del mismo se conservan algunas diligencias escritas.

<sup>58</sup> En algunas Provincias argentinas donde opera el sistema procesal penal mixto en forma casi igual al nuestro, el auto de elevación es inapelable. (caso del art. 321 del CPP de la Pampa y del 315 de Catamarca).

<sup>59</sup> Se "dicta" una simple providencia de elevación a juicio cuando no hubo oposición al "requerimiento fiscal" por cuanto no ejerció el defensor la potestad a que alude el art. 342, pues cuando a éste le son notificadas las conclusiones de dicho requerimiento, puede, en el plazo de tres días, 1—deducir excepciones no interpuestas con anterioridad, y 2—oponerse a la elevación a juicio, instando el sobreseimiento o una prórroga extraordinaria. Si no ejercitare su derecho, posteriormente no puede apelar del auto de elevación a juicio (345 CPP). Nótese cómo el derecho a que aluden los arts. 342 y 345 citados, sólo se otorga al defensor y no al inculcado (llamado "imputado" por nuestro Código, como hemos visto), explicándose tal situación por el tecnicismo de la legislación procesal penal, que impide una correcta defensa por parte de una persona que no tenga conocimiento de la misma.

<sup>60</sup> Creemos que el art. 348 mencionado está incompleto, porque la instrucción también queda clausurada cuando se resuelve el sobreseimiento, como bien aclara el art. 322 del CPP de la provincia argentina de la Pampa.

<sup>61</sup> En el procedimiento penal español, si no existe acusador particular y el M.F. considera que se han reunido en el sumario suficientes elementos para hacer la calificación de los hechos e ir a juicio oral, debe hacérselo saber al Juez de Instrucción para que sin más dilaciones se remita lo actuado al Tribunal competente (art. 622 LECr). Si se confirma el auto que declara terminado el sumario, el Tribunal debe resolver, dentro de tercer día, sobre la solicitud de juicio oral o de sobreseimiento (art. 632 LECr).

Una vez que se ha recibido el proceso, el Presidente del Tribunal <sup>62</sup> debe citar, bajo pena de nulidad, al fiscal, a las partes y defensores, a fin de que en el plazo común de diez días comparezcan a juicio, examinen las actuaciones, los documentos y cosas secuestradas, ofrezcan pruebas e interpongan las recusaciones que estimen pertinentes (art. 349 CPP).

En el escrito de proposición de prueba, el M.P. (representado por el respectivo ~~Fiscal de Juicio~~) y las partes, deben presentar la lista de testigos y peritos con indicación del nombre, profesión y domicilio. También pueden manifestar que se conforman con que en el debate se lean las declaraciones testificales e informes periciales (art. 351), lo que nos parece poco recomendable, excepto que se trate de casos de particular gravedad (por ejemplo, la muerte del testigo o perito, casos previstos por el art. 384 de nuestro Código, que en cierto modo se opone o contradice la manifestación de conformidad de lectura permitida por el art. 351 anteriormente citado, ya que aquél limita dicha lectura "bajo pena de nulidad", para las situaciones o casos que taxativamente señala) <sup>63</sup>.

Antes del señalamiento para el debate, el M.P. y las partes pueden "deducir" las excepciones que no hubieren planteado anteriormente (arts. 342 y 349 del CPP), pero el Tribunal puede rechazar sin trámite las que fueren manifiestamente improcedentes. (354 ibidem).

<sup>62</sup> De acuerdo con nuestra legislación al respecto (CPP y Ley Especial sobre Jurisdicción de los Tribunales, n° 5711 de junio de 1.975), por regla general todas aquellas causas instruidas mediante el procedimiento de INSTRUCCION JUDICIAL (o formal) deben ser conocidas en el debate (fase de juicio) por los Tribunales SUPERIORES DE JUICIO (arts. 27 y ss. de dicha LEY Especial). Estos tribunales están integrados por tres jueces superiores cada uno, cuyos presidentes son nombrados por la Corte Suprema de Justicia (art. 28 de la Ley Especial). Las causas que son instruidas por el procedimiento antes indicado (instrucción judicial o formal) son todas las que generalmente "persiguen" delitos cuyas penas exceden de tres años de prisión. A contrario sensu, si las penas no son privativas de libertad o no exceden de tres años de prisión, las causas deben ser instruidas por el M.P. mediante el procedimiento de "citación directa", que, posteriormente estudiaremos, correspondiéndole en este caso, actuar en el juicio oral, a un solo juez denominado Juez de Juicio o Penal. Tanto en el caso del Juicio Común, como en el de citación Directa, los juzgadores resuelven en instancia única, sin ulteriores recursos, a no ser que se trate de los extraordinarios de Casación y Revisión, cuyos motivos de procedencia están taxativamente señalados por la ley.

<sup>63</sup> En España, una vez que se manda a abrir el juicio oral, se comunica la causa al Fiscal (o al acusador privado) para que en el plazo de cinco días califique por escrito los hechos (art. 649 LECr). Aparte de lo que debe contener el citado escrito según el art. 650 ibidem, el M.F. (y las partes, desde luego) manifestará las pruebas que intenta valerse, presentando listas de peritos y testigos que hayan de declarar a su instancia (art. 656 ibid.). Devuelta la causa por el Ponente, el Tribunal examina las pruebas propuestas, admitiendo las que considere pertinentes y rechazando las demás; en el mismo auto deberá señalar el Tribunal el día en que deben comenzar las sesiones del juicio oral (art. 659 LECr).

Vencido el pazo de la citación a juicio (349 CPP) y practicada la instrucción suplementaria <sup>64</sup> o tramitadas las excepciones, el Presidente fija fecha y hora para el debate, con intervalo no menor de diez días y ordenará la citación del Fiscal, partes y defensores, así como de los testigos, peritos e intérpretes (si fueren necesarios) que deban intervenir. Si el "imputado" no estuviere en su domicilio o en la residencia que se le hubiere fijado (partiendo del supuesto lógico de que se encuentra en libertad por no haberse dictado la prisión preventiva en su contra, o que dictada, obtuvo su excarcelación con garantía) se ordenará su detención, revocando inclusive la excarcelación que se le hubiere concedido (art. 355 idem).

Tanto en España como en Costa Rica los debates del juicio son orales y públicos, bajo pena de nulidad, aunque el Tribunal puede decidir, aún de oficio, que se realice total o parcialmente en forma privada, cuando la publicidad pudiera afectar la moral o la seguridad pública. (Ver arts. 680 de la LECr, que agrega el "respeto debido a la persona del ofendido por el delito o su familia" como otra circunstancia que puede dar base al Tribunal para limitar la publicidad del juicio; y el art. 359, del CPP, respectivamente).

Según nuestra legislación procesal, el debate debe continuar durante todas las sesiones consecutivas que fueren necesarias hasta su terminación, con el propósito de mantener sin interrupciones el mismo, que pudiesen afectar su normal desarrollo (continuidad), pero puede ser suspendido por un máximo de diez días, en casos de excepción señalados por el artículo 361 del CPP.

La dirección del debate está a cargo del Presidente del Tribunal. (Arts. 369 del CPP y 683 de la LECr.)

En Costa Rica, después de que se verifica la necesaria presencia del Fiscal y de las partes, testigos, peritos o intérpretes (cuando fueren requeridos) que deban intervenir, el Presidente declara abierto el debate, advirtiendo al "imputado" que éste atento a lo que va a oír, ordenando inmediatamente la lectura del requerimiento fiscal (de elevación a juicio, según vimos), o, en su caso, la del auto de remisión (auto de elevación a juicio) (art. 370 CPP).

En España, una vez abierta la sesión, si la causa versa por delito para cuyo castigo se pida la imposición de pena correccional, el Presidente debe preguntar al acusado (o a los acusados cuando fueran varios) "si se confiesa reo del delito que se le haya imputado en el

<sup>64</sup> La instrucción suplementaria es una diligencia previa al debate que puede ordenar el Presidente del Tribunal de Juicio para realizar lo siguiente: 1— actos de instrucción indispensables que se hubieren omitido o denegado, 2— o que fueran de imposible cumplimiento en la "vista", como las pericias psiquiátricas sobre el estado mental o la personalidad del imputado; 3— o recibir declaraciones a las personas que presumiblemente no puedan concurrir al debate, por enfermedad, otro impedimento, o por residir en lugares de difícil comunicación. (Art. 352 CPP). Tratándose de una diligencia facultativa, queda pues, a criterio exclusivo del Presidente ordenarla.

escrito de calificación, y responsable civilmente a la restitución de la cosa o al pago de la cantidad fijada en dicho escrito por razón de daño y perjuicios" (art. 688 LECr). Una vez hecha la anterior interrogación "Si en la causa no hubiere más que un procesado y contestare afirmativamente, el Presidente del Tribunal preguntará al defensor si considera necesaria la continuación del juicio oral. Si éste contesta negativamente, el Tribunal procederá a dictar sentencia en los términos expresados en el artículo 655". (art. 649 de la LECr). Como podemos observar, la anterior disposición de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española no es muy acertada, y aunque tiende —según creemos— a acelerar el debate en el caso que ahí se establece, niega la posibilidad del examen de los elementos probatorios que podría dar lugar a que se valoren mejor las circunstancias por las cuales se cometió el delito (agravantes o atenuantes).

Disposición similar a la anterior es la contenida en el artículo 419 de nuestro Código Procesal Penal, referido únicamente a juicios a los que correspondió el procedimiento de "citación directa" (delitos con penas no privativas de libertad o de prisión sin que excedan de tres años) para cuando el "imputado confiese circunstanciada y llanamente" su culpabilidad y estén de acuerdo el Juez, el Fiscal y los defensores, pudiéndose aplicar a esta disposición, la misma crítica formulada al 694 de la LECr, puesto que en uno y otro caso se valora a la confesión como "plena prueba" (como si se tratase de un proceso civil), lo que podría hacer susceptible de errores la "decisión o fallo judicial", (por ejemplo una persona cualquiera que por alguna razón admite ser la responsable del delito sin serlo, o se confiesa culpable porque sabe que en caso de recibirse las pruebas podrían aparecer circunstancias agravantes hasta ese momento inagotables por el Juez, etc.). Somos partidarios de la agilidad del proceso (que en nuestro país puede lograrse eliminando trámites innecesarios en la fase de instrucción), pero dicha agilidad (traducida en celeridad) no debe llevarse al extremo de poner en riesgo una correcta administración de justicia.

Para formular preguntas en los correspondientes períodos de los interrogatorios de los "imputados", testigos o peritos (el imputado o inculpado siempre es el primer declarante, cuando desea hacerlo, aunque en el transcurso del debate puede hacer las manifestaciones que estime oportunas, con la anuencia del Presidente art. 375 del CPP) nuestra legislación procesal establece el siguiente orden: los miembros del Tribunal, el Fiscal, las partes y los defensores (art. 383 ídem), pudiendo rechazar el Presidente "toda pregunta inadmisibles", que según el artículo 95 de nuestro Código de la materia, es la "capciosa o sugestiva".

En estos aspectos tenemos dos observaciones que señalar: a) ¿Qué ocurre en un miembro del Tribunal quien hace preguntas inadmisibles? Pareciera lógico que el Presidente fuera el indicado para llamarle la atención, pero, ¿si es él? Ninguna legislación regula esta circunstancia,

(tal vez por no estimarla de mayor trascendencia), pero que eventualmente pueda perjudicar la defensa (y excepcionalmente la acusación).

b) Estimamos que el orden para interrogar deberá ser éste: Fiscal, defensor (o defensores) y por último los miembros del Tribunal, para que aclaren cualquier duda que pudiese afectar su ánimo.

Actualmente ocurre en nuestro país (en algunos casos, desde luego), que los tres miembros del Tribunal interrogan en forma tan exhaustiva, que la actuación de fiscales y defensores queda reducida a casi la de meros espectadores del debate, con lo que, en nuestra opinión, se desnaturaliza la finalidad propia del juicio oral: que las partes (dentro del justo equilibrio que debe imperar entre acusación y defensa) tengan la oportunidad de hacer valer sus razonamientos (siendo precisamente el examen de las pruebas las que sustentan los mismos) dando luego oportunidad a los juzgadores de que valoren unos y otros argumentos, dilucidando luego, cualquier aspecto que les ocasione duda. De esta manera estimamos que existiría una más eficaz administración de justicia, que en el caso de que el Tribunal actúe como acusador, defensor, defensor y Juez al mismo tiempo. No se trata, pues, de que el Fiscal o Defensor pretendan "impresionar" a los integrantes del Tribunal, sino que de cada cual cumpla los deberes y derechos que la legislación ha establecido.

En España la forma usual de los interrogatorios de los testigos es similar a la anteriormente señalada (arts. 701 y ss. de la LECr), motivo por el que, en la medida en que se presente la situación expuesta para el caso de Costa Rica, se le puede hacer la misma crítica.

Si el juicio oral resultare un hecho que integre un delito continuado o una circunstancia de agravación no mencionados en el requerimiento fiscal, o en el auto de remisión, el Fiscal puede ampliar la acusación ("requerimiento" o querrela), caso en el cual el Defensor tiene el derecho de pedir la suspensión del debate para ofrecer nuevas pruebas o preparar la defensa respecto de dichas circunstancias (arts. 376 CPP). Esta situación es similar al cambio de punto de vista jurídico<sup>65</sup> a que alude el artículo 733 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuando el Tribunal, juzgando por el resultado de las pruebas, entendiere que el hecho justificable ha sido calificado con *manifesto error*, caso en el cual el Presidente puede emplear una fórmula que el mismo artículo citado, en forma poco técnica, señala.

Terminada la recepción de las pruebas, el Presidente concederá "sucesivamente la palabra al actor civil, al fiscal, y a los defensores del imputado y del demandado civil, para que en este orden, emitan sus conclusiones. No podrán leerse memoriales excepto el presentado por el actor civil que estuviere ausente. El actor civil limitará su alegato a los puntos concernientes a tal responsabilidad..." (art. 389 del CPP).

<sup>65</sup> Sobre este aspecto consultar PRIETO-CASTRO y GUTIERREZ DE CABIEDES, en su ob. cit. supra nota 96, págs. 316 y 317.

En España, llegado el momento de informar, el Presidente le concede la palabra al Fiscal, si fuere parte en la causa (art. 734 LECr), luego al "defensor" del actor civil (así se le llama en la legislación española) si lo hubiere, quien limitará su alegato (o informe) a los puntos concernientes a la responsabilidad civil (art. 375 LECr), luego a los defensores (art. 737 ídem.). Ignoramos por qué razón el Código Penal costarricense —según puede observarse— determina que se le conceda en primer lugar la palabra al actor civil (cuando lo hubiere), pues a nuestro modo de ver resulta extraño que lo haga antes que el Fiscal, principal sustento de la acusación.

La legislación española permite, después de presentados los informes, que las partes puedan rectificar hechos y conceptos (art. 738 de la LECr).

En Costa Rica el artículo 389 del CPP permite la "réplica" del M.P. (que aquí usa, inadvertidamente quizá, la denominación de "Ministerio Fiscal") y del defensor, únicamente. Pero en esta "réplica", tanto el Fiscal como el defensor, deberán limitarse "a la refutación de los argumentos adversos que antes no hubieran sido discutidos".

Finalmente se pregunta al procesado o procesados (tanto en España como en Costa Rica) si tiene algo que manifestar, procediéndose luego a cerrar el debate para posteriormente pronunciar la sentencia. (Arts. 389, párrafo final, del CPP y 739 y 740 de la LECr, respectivamente).

*Legislación italiana respecto de las actividades del Ministerio Público en el debate*<sup>66</sup>.

El M.P. italiano puede ejercitar sus actividades en los actos preliminares y debe participar, bajo pena de nulidad absoluta (art. 185, n° 2) en todo el debate, con un conjunto de derechos y deberes en los cuales se concreta su actividad/ que han sido muy bien resumidos por el conocido autor Giovanni Leone<sup>67</sup>, de quien nos hemos valido primordialmente para esta exposición.

Como derechos más importantes podemos señalar los siguientes: solicitar la reunión de los juicios (art. 413 CPP IT.); presentar listas de testigos (art. 415) pedir la reclamación de documentos (art. 416);

solicitar que el debate tenga lugar a puerta cerrada, por razones de moralidad u otras que la ley establece (art. 423); proponer cuestiones incidentales (art. 438); emitir órdenes de arresto en contra de un imputado que fue absuelto por el delito que inicialmente le fue atribuido, en caso de que en el debate surja un nuevo hecho en contra suya (art. 444); intervenir en el examen a domicilio del testigo o del perito no comparecido y estimular el poder del juez de disponer en el debate el acceso al lugar donde fue cometido el delito (art. 457); estimular el poder del juez de disponer en el debate de nuevos medios de prueba (art. 457 íbidem); solicitar el arresto del testigo o del perito que comete en el debate el delito de falso testimonio o falsa peritación (art. 458); pedir la presentación del "cuerpo del delito" y de documentos (art. 460); interrogar, por medio del Presidente, al imputado, a la persona civilmente obligada, a los peritos, etc. (art. 467); cumplir en general "cualquier actividad que no esté expresamente prohibida ni en contraste con el carácter o naturaleza del juicio"<sup>68</sup>.

Como deberes más importantes podemos apuntar los siguientes: excitar el poder de policía y disciplina de las audiencias, cuando el juez no se halla en las mismas (art. 433) (LEONE aclara que el anterior se trata de un poder-deber); hacer redactar el acta y ordenar de inmediato el arresto de las personas que hubieren cometido un delito en la audiencia, en ausencia del juez (art. 435); "pedir en caso de que un delito fuese cometido durante la audiencia, el juicio inmediato cuando el conocimiento de él pertenezca a la competencia del juez que procede o a la de un juez inferior". (Art. 435); promover la acción penal si resultare del debate algún otro hecho en contra del imputado y que el mismo importe delito, distinto del enunciado en la sentencia de "reenvío a juicio" (similar al auto de elevación a juicio de la legislación costarricense, pero siendo aquélla una "sentencia"), en el requerimiento o en el decreto de citación (art. 444).

<sup>66</sup> La actual legislación procesal penal italiana tiene su base en el Código de la materia denominado CODIGO ROCCO del año 1930 (por ser éste el apellido del Ministro de Justicia de entonces), que fue redactado casi íntegramente por el gran Tratadista ya fallecido VINCENZO MANZINI. Posteriormente dicho Código ha sufrido importantes reformas (que no han sido pocas, y en especial después de la caída de Mussolini y del fascismo), entre las que se destacan las introducidas por Ley de 18 de junio de 1955, n° 517, y la de 21 de marzo de 1958, n° 229, y la de 23 de mayo de 1960, n° 504, entre otras. Originalmente el Código Rocco confería una serie de facultades al Ministerio Público (muchas de ellas de orden jurisdiccional) que posteriormente le fueron reducidas. Sin embargo el M.P. de dicha nación conserva una notable participación en el proceso penal, sirviendo de base al CPP de Córdoba (Argentina).

<sup>67</sup> LEONE, G. Ob. cit. (T. II) págs. 379 y ss.

<sup>68</sup> LEONE, G. Ob. cit. (T. II) pág. 380.