

queda de la verdad (lo que puede constituir un defecto capital en la concepción total del sistema), la declaratoria de la jurisdicción territorial aún obedece al viejo criterio de hacerla depender de la división política del país y no de acuerdo a la problemática agraria, y así algunos otros aspectos más. El proyecto, en todo caso, será posiblemente objeto de modificaciones y se tomará en cuenta éstos y muchos otros factores para crear un proceso digno del desarrollo institucional del país. Véase, al respecto, mis observaciones en *Hacia la jurisdicción agraria en Costa Rica*, en supra nota 100.

103 Con las adaptaciones de nomenclatura propias de Panamá, puede afirmarse que el proyecto de ley de jurisdicción agraria panameño es casi copia del concebido en la ley N° 17716. El proyecto es realmente pequeño —con una magnífica concepción de técnica legislativa—, de 35 artículos, divididos en tres títulos: a) de la organización de la justicia agraria; b) de la competencia; c) del procedimiento, donde se incorporan la gran mayoría de los aportes del Fuero privativo agrario.

104 En este sentido es la tesis de CAPPELLETTI, M., *Processo orale e processo scritto nel mondo contemporaneo*, supra nota 51, p. 213.

105 FIGALLO, G., *Memorias del Presidente del Tribunal Agrario*, supra nota 34, Año Judicial agrario 1970-1971, p. 21.

106 Véase, al respecto, SCHIMA, H., *Considerazioni sul processo civile austriaco*, publicado en *Rivista trimestrale di Diritto e procedura civile*, 1963, p. 720-30.

107 KLEIN, F., *Zeit-und Geistesströmungen im Prozesse*, 1901, con segunda edición al cuidado de E. WOLF, Klostermann, Francoforte, 1958, p. 25, 26, 29, citado por CAPPELLETTI, M., *Processo orale e processo scritto nel mondo contemporaneo*, supra nota 51, p. 214.

108 Art. 1.

109 CASTAÑEDA LA FONTAINE, C., *Memorias del Presidente del Tribunal agrario*, supra nota 42.

FIGALLO califica al Juez agrario como "hombre de excepción" al afirmar desentrañar la verdad y establecer la justicia de las pretensiones accionadas, que "el Juez de tierras no solo debe reunir capacidad jurídica, habilidad para desentrañar la verdad y establecer la justicia de las pretensiones accionadas, sino también constituir y de hecho constituye, un hombre de excepción, un ser con vocación de sacrificio, por las condiciones especiales en que debe actuar, aparte de estar consciente que en el Perú vivimos un cambio estructural profundo y acelerado, por cuanto debemos realizar en pocos años la tarea de eliminar injusticias acumuladas a lo largo de más de cuatro siglos", en FIGALLO, G., *Memorias del Presidente del Tribunal agrario*, en supra nota 34, Año judicial agrario 1972-1973, p. 16.

110 En este sentido afirma CAPPELLETTI: "la funzione del giudice, seppure è sempre e inevitabilmente creativa, lo è però in maniera eccezionalmente accentuata in queste materie in rapida trasformazione, di fronte a queste leggi appena abbozzate ed alla 'varietà infinita' dei tipi di rapporti agrari, nuovi ed antichi, locali e generali, ch'esse vorrebbero o dovrebbero disciplinare", en CAPPELLETTI, M., *Il problema procesuale del Diritto agrario alla luce delle tendenze pianificatrici delle costituzioni moderno*, publicado en *Atti della Seconda Assemblea del I.D.A.I.C.* (Giuffrè, Milano, 1964) II, p. 475-514, 488.

111 GERMANO, A., *Il processo agrario*, supra nota 1, p. 189.

112 Respecto a la diferencia entre formelle Prozessleitung y materielle Prozessleitung, véase, CAPPELLETTI, M., *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità* (Giuffrè, Milano, 1962) I, p. 71-72.

EL MINISTERIO PUBLICO (O FISCAL) EN EL PROCESO PENAL *

Dr. Mario Alberto Houed Vega

* El presente trabajo forma parte de la Tesis doctoral de su autor, presentada recientemente en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid. La dirección y orientación de dicha Tesis estuvo a cargo del renombrado tratadista Dr. Leonardo Prieto-Castro y Ferrándiz.

I. Orígenes Históricos del Ministerio Público o Fiscal en Europa. (En especial España y Francia). a) Fase primitiva de la defensa del fisco. Comentario sobre el Procurador del Rey de la Monarquía francesa del Siglo XIII. b. Fase del Ejercicio de la acción pública. Incremento de las atribuciones políticas y administrativas. c) Fase de la Codificación del Derecho orgánico. II. Análisis sobre la naturaleza, concepto y otros aspectos del Ministerio Público. A. Determinación de nociones fundamentales. a. Ministerio Público o Ministerio Fiscal. b. Concepto del instituto. c. Razón o fundamento de su existencia. B. Situación Institucional.

I. *ORIGENES HISTORICOS DEL MINISTERIO PUBLICO O FISCAL EN EUROPA.*
(En especial España y Francia)

Aunque algunos autores, entre los que se encuentra el argentino Avellaneda Huergo¹, rechazan la idea de buscar los orígenes del instituto, en Grecia o Roma, considerando entre otras cosas que sus funciones no tenían razón de ser mientras fuese ejercida en aquéllas la acusación popular, y a pesar de que el Ministerio Público o Fiscal, organizado como lo conocemos hoy día, es ciertamente de moderna creación, no podemos compartir la opinión de los autores mencionados, porque, no obstante las diferencias de tiempo y espacio, podemos afirmar que en dichas civilizaciones existieron funcionarios que desarrollaron actividades similares a las que actualmente desempeñan los miembros del M.P. Esos antecedentes los observamos, sobre todo, en el Derecho Romano, fuente inagotable de la Ciencia Jurídica, al que recurren con no poca frecuencia —por no decir siempre— los historiadores del Derecho en general.

La dificultad está en señalar con absoluta precisión cuál o cuáles son los funcionarios romanos a partir de los que podemos señalar, sin ocasión de error, los orígenes o antecedentes de nuestra institución, ya que ni los propios tratadistas presentan al respecto una unión unánime.

El autor español Covián y Junco (Fiscal del Tribunal Supremo de su época), a quien se debe uno de los mayores esfuerzos en el estudio histórico del instituto, señala en su Memoria presentada con motivo de la apertura de los Tribunales el día 15 de setiembre de 1921, tres distintos periodos en la historia del Ministerio Fiscal, que procuraremos seguir a través de esta reseña.

Esos periodos son²:

- a) Una primera fase primitiva o empírica referida a la defensa del fisco o el erario público, que se va a extender hasta el siglo XIV.

¹ AVELLANEDA HUERGO, A. El Ministerio Fiscal; Antecedentes. Organización. Reforma. Ed. Valerio Abeledo, Buenos Aires, 1924, p. 5.

² COVIAN Y JUNCO, VICTOR. Memoria elevada al Gobierno de S.M. en la solemne apertura de los Tribunales el día 15 de setiembre de 1921. Ed. Reus (S. A.), Madrid 1921, págs. IX y X.

- b) En la segunda etapa, el M.P. (M.F.) va a adquirir el ejercicio más o menos limitado de la acción pública y a la vez se le reconocen atribuciones políticas.
- c) La última fase se refiere al régimen constitucional que, en la opinión de Covián, circunscribe su esfera de acción y dura en España hasta 1870.

Seguimos las líneas del citado Covián y Junco, seguidamente analizamos cada una de esas fases.

a) *Fase primitiva de la defensa del Fisco*

Ya Siracusa³ apuntaba como antecedente remoto de nuestra institución en estudio, los "Tesmoteji" griegos que eran los encargados de denunciar a los empleados públicos ante el Senado o asamblea del pueblo y que eran nombrados por ésta para sostener la acusación. Pero no es sino en Roma donde podemos observar con mayor claridad los distintos funcionarios encargados de vigilar y defender la administración de los bienes del Emperador: el "praefectus urbis", los "praesides", los "procónsules", los defensores "civitatis", los "advocati fisci" y los "procuratores caesaris".

Según Covián, el primitivo origen anteriormente aludido lo hemos de buscar en los "Procuratores Caesaris" nombre éste —Procurador— que aún se conserva en algunos países latinos, incluyendo a Costa Rica, para designar al representante de los intereses del Estado.

Dichos "Procuratores" fueron designados para tratar de corregir vicios y defectos en la administración de la cosa pública⁴.

³ Citado por JIMENEZ ASENJO, Enrique. Organización Judicial Española, Ed. Revista de Derecho Privado. Madrid 1952, pág. 370.

⁴ Al respecto Covián apunta: "Ya en tiempo de Augusto se conoce que la administración de la cosa pública tenía los mismos vicios que en el curso de la Historia se advierten y para la enmienda designa sus Procuradores con destino a las distintas provincias de aquel gran imperio, y cuyas atribuciones circunscribió a la defensa de sus dominios y a la percepción de impuestos, pero las cuestiones que surgieran sobre estos particulares eran sometidas los Tribunales ante los que venía el "Procurator" a ser una parte; Tiberio, sucesor de Augusto, mantuvo tal estado de cosas cual lo revela el hecho referido por Tácito de que ese príncipe sometió al Senado el proceso contra Capítón, Procurador en Asia, acusado por la Provincia ya que sin haberle dado más atribuciones que sobre los bienes y esclavos del Emperador, usurpara la autoridad del mando, disponiendo de los soldados.

Cierto que la avaricia imperial desnaturalizó hasta cierto punto la institución, pues el Emperador Claudio les recomienda el fallo de los asuntos fiscales en concurrencia con los procónsules y propretors, y Constantino a los primeros atribuye el conocimiento exclusivo."

Un poco más adelante el mismo Covián afirma: "Si bien en los tiempos antiguos el Estado representaba al pueblo en su integridad en unidad ordenada, era una personalidad jurídica, en las Monarquías de procedencia germánica se operó un cambio profundo y el carácter de Soberano y propietario se con-

Posteriormente el Fisco cesaría de ser una persona moral, una abstracción capaz de derechos, para encarnarse en la persona del Monarca, idea ésta que predominaría en todas las Monarquías absolutas de Europa, reservándose aún para los tiempos modernos, al ser despojada la realeza de dicho privilegio —por llamarlo de alguna manera—, otorgándose personalidad jurídica al Estado y al Fisco⁵.

Es de observar que Covián y Junco es partidario de creer entre otros autores, que la primitiva concepción de dicho instituto está estrechamente relacionada con la función económica de recaudación de los impuestos y tributos para el Erario Público. Esto mismo nos lo revela, según dicho autor, el propio origen latino de la palabra "Fiscal" que se deriva de "fiscus" y venía a significar el cesto o esportilla donde dichos impuestos y tributos se recogían. Esta misión, era, pues, la que cumplían los "Procuratores caesaris" y los "Advocati fisci".

Los romanos habían perfeccionado distintas clases de procedimientos según la materia que se tratase, e inclusive idearon formas elaboradas de procedimiento penal⁶ con participación de representantes públicos. Los "Advocati Fisci" desempeñaron, sin duda alguna, funciones tales que les han hecho ser considerados como antecedentes próximos del Fiscal en España⁷. Dichos personajes, cuya principal actividad

funden en una misma persona. El "imperium" y el "dominium" no fueron distintos, pues el Rey lo es todo y su patrimonio privado forma una sola entidad con el del Estado, y de los dos disponía el Monarca como de cosa propia". Ob. cit. ps. XI y XII.

⁵ "En los países monárquicos o imperiales, el Ministerio Público siguió siendo un representante del Rey o del Emperador, pero defendiendo ya un interés público de justicia; y cuando se implantó la República, triunfando el principio de soberanía nacional, se transformó en un representante de la sociedad y agente del Poder Ejecutivo. Como bajo la antigua Monarquía —escriben Mangin-Sorel— la acción pública pertenece al Jefe del Estado; ella se ejerce en su nombre, por funcionarios que él elige y que puede revocar a voluntad". VELEZ MARICONDE, Alfredo. Ob. cit. Pág. 242.

⁶ En el Derecho Romano el procedimiento penal público revistió dos formas: la antigua y primitivamente única de la intervención de oficio, sin excitación de nadie, o sea la llamada "Cognitio"; y la más moderna de la inculpación, denominada "Accusatio". La instrucción de todo procedimiento penal público se verificaba siempre en nombre del Estado y con intervención de éste; pero mientras que si se realizaba por cognición el proceso lo instruíra un magistrado-representante de la comunidad, cuando se hacía uso de la acusación ésta quedaba en manos de particulares, que podían desempeñar libremente tal función pública, careciendo de facultades para desempeñarla sino en el caso concreto de que se tratase. Existieron asimismo otras dos formas fundamentales de procedimiento: el juicio arbitral y la inquisición, sin embargo el procedimiento arbitral desapareció bastante pronto, debido al poco uso que del mismo se hacía, quedando solo para determinados delitos (injurias, calumnias, etc.). Para mayor información al respecto, ver: MOMMSEN, Teodoro. Derecho Penal Romano. (Traducción del alemán por P. Dorado. Ed. La España Moderna. Madrid, S.F.P. Tomo I, págs. 335 y siguientes).

⁷ RUIZ GUTIERREZ, Urbano. "Algunas ideas sobre el origen del Ministerio Público en España". Revista de Derecho Procesal. Año VIII, Enero-Febrero-Marzo. Número I, Madrid, 1952, Pág. 408 y siguientes.

consistía en velar por los intereses del Fisco ejercitando en juicio todas las acciones pertinentes para la protección de los mismos tenían probablemente mayor actividad en el campo civil, pero, a medida que fue transcurriendo el tiempo su actuación en juicios criminales aumentó considerablemente, debido, según el criterio de Ruiz Gutiérrez⁸, al cambio de mentalidad que se operó en Roma respecto de determinados delitos, que en un principio se consideraban como ofensa únicamente al lesionado o a sus parientes, y posteriormente se consideró que ofendían a toda la sociedad, la cual estaba interesada en su castigo. De esto resultó que además de la pena que se imponía a favor del directamente ofendido por el delito, se impusieron otras en favor de la sociedad, o en definitiva, de su cabeza, el Emperador. Los importes de las penas de tipo pecuniario, eran ingresadas en el Tesoro Público o Fisco. De todo esto, podemos deducir el interés del "advocatus Fisci", en todas aquellas acusaciones en que pudiera recaer una "pena fiscal". Con esto se lograban varios fines —también de acuerdo con lo expuesto por Ruiz Gutiérrez—: 1) De una parte, se conservaba el sistema acusatorio aunque no existiera acusación por parte del ofendido, ya que hacía sus veces el "advocatus fisci"; 2) Aunque el particular retirara la acusación, el "advocatus fisci" la proseguía, consiguiéndose con ello que pese a cualquier intento de "arreglo" o composición entre las partes, los delitos en que estaba afectado el interés público no quedasen impunes; y 3) con este procedimiento se lograban obtener cuantiosas sumas para el Tesoro Público.

Ruiz Gutiérrez, recapacitando sobre lo expuesto, se pregunta si teniendo en cuenta que el "advocatus fisci" ejercitaba además de la civil, la acción penal, significa ello que fuese un "Fiscal" en el sentido de la legislación española⁹, llegando a una conclusión negativa, porque el "Fiscal" es un funcionario que primordialmente realiza la actividad de acusar, mientras que el "advocatus fisci" tenía por finalidad primordial proteger los intereses fiscales. "El Fiscal (pese a su nombre) no actúa en cosa de Hacienda más que en contadas y accesorias ocasiones; el "Advocatus fisci" tiene que actuar forzosamente donde existen intereses fiscales. Ello no obstante, son innegables las semejanzas. Tanto el Fiscal como el "advocatus fisci" son funcionarios públicos; ambos ejercitan la acusación en los juicios criminales. Por ello puede considerarse el "Advocatus fisci" como el antecesor próximo del Fiscal"¹⁰.

Otros autores han intentado buscar antecedentes más afines con la función actual del M.P. (M.F.), señalando a los "defensores civitatis" y a los "quaestores" romanos, que, entre otras, ejercían actividades acusatorias y de persecución de criminales, como precursores antiguos

de dicha institución¹¹, pero estimamos, sin ánimo de menospreciar estas opiniones, que de acuerdo con lo hasta ahora expuesto, resulta más correcto señalar esos antecedentes en los "procuratores caesaris" y en los "advocatus fisci".

En esta primera fase, y en lo que concierne a España, parece existir consenso entre los autores (Covián, Jiménez Asenjo y Rodríguez del Barco, entre otros) respecto de que los más remotos precedentes del M.P. (M.F.) se encuentran en el Fuero Juzgo (XII, 1, 2), que establece cierta magistratura de cometido semejante a las instituciones anteriormente consideradas, el "Comites Patrimonii aut actoris fisei nostri", lo que parece establecer nexos con los "actores fisci" romanos, e igualmente los menciona el Concilio III de Toledo¹², aunque Ruiz Gutiérrez afirma¹³ que las primeras menciones de un funcionario español en que aparece la raíz "fisc" se encuentran ya, con anterioridad a aquél, en los Concilios I y II de Sevilla, celebrados respectivamente, en los años 590 y 618.

Los cuerpos legales de la Reconquista no hacen referencia a la institución estudiada (según Covián y Junco). Las Leyes de las Partidas, en el siglo XIII, hacen constar la existencia de estos cargos, con el carácter tradicional: Patronus Fisci, dicen, tanto quiere decir en romance "ome que es puesto para razonar, e defender en Juizio todas las cosas, e los derechos que pertenescen a la Cámara del Rey" (XII, 18, 4). En los asuntos civiles el Rey, inclusive, tenía que valerse de "Personero" (XI, 5, 3) lo que hace preguntarse —sin respuesta— a Covián, si eso quería decir que había de tener en su Corte un abogado especial para cada caso.

Cuando el Rey Don Juan II contestando a peticiones que se le hacen en las Cortes de Briviesca en 1387, dice: "A los que nos pedisteis, por merced, que pusiere un buen hombre e letrado e de buena fama por nuestro procurador fiscal; a estos vos respondemos que nos place e nos le entendemos poner tal cual cumple a nuestro servicio"¹⁴, utiliza por primera vez (que se tenga noticia de la aparición en España) la denominación de Procurador Fiscal, aludiendo a la nueva institución entonces del M.F.

Más tarde, Don Jaime I dispuso que se constituyese un Procurador General del Rey, para sostener las causas que contra él se promovieran. Esta disposición es trasladada a Valencia, donde se crea un Abogado

¹¹ Ver al respecto lo apuntado por IRIAS, Juan, en su artículo "El Ministerio Fiscal no es parte", Revista de Derecho Procesal, año VIII, enero-febrero-marzo, Número 1, Madrid, 1952, págs. 187 y siguientes.

¹² Ver al respecto obra citada de Jiménez Asenjo, pág. 371.

¹³ RUIZ GUTIERREZ asegura que en el Concilio II "presidido por San Isidoro, asistieron como seglares dos personas, una de ellas un tal Suanilla, "actore rerum fiscalium". En nuestra (su) opinión este funcionario es en esencia idéntico al "advocatus fisci", es decir, el encargado de defender los intereses fiscales ante los Tribunales". Ob. cit. pág. 412.

¹⁴ COVIÁN Y JUNDO, V. Ob. cit. Pág. XIV.

⁸ RUIZ GUTIERREZ, Urbano. Ob. cit., págs. 408 y 409.

⁹ RUIZ GUTIERREZ, U. Ob. cit. págs. 409 y 410.

¹⁰ RUIZ GUTIERREZ, U. Ob. cit. pág. 410, segundo párrafo.

Fiscal, al que le corresponde acusar de los delitos y cuidar de la ejecución de las penas y sostener la jurisdicción Real, así como otro funcionario llamado Abogado Patrimonial, al que competía la defensa del Patrimonio Real, de los derechos del Monarca en los asuntos civiles, y la recaudación de impuestos. Este mismo criterio fue seguido en Navarra en el año de 1430¹⁵ donde se registra la existencia de un Procurador Fiscal con las funciones señaladas.

Las Ordenanzas de Carlos el Noble (1413) y el Fuero Reducido, apuntan la existencia de tres funcionarios fiscales en el Real Consejo: el Procurador Fiscal, con su lugarteniente, un Abogado y otro patrimonial, que don Carlos el Emperador dispuso, en 24 de mayo de 1526, fuesen acumulados (los tres cargos) en sólo una persona, hablándose desde entonces de las leyes del Fiscal¹⁶.

El procurador del rey ("Procureur du Roi") de la monarquía Francesa del Siglo XIII.

Algunos autores franceses han creído ver en este funcionario el antecedente más próximo del actual M.P., motivo por el que le dedicamos por aparte un comentario general.

Conjuntamente con el procedimiento escrito se introdujo en Francia el uso de autorizar que en los negocios civiles los litigantes actuasen representados por Procurador, confiando la defensa de su causa a un Abogado.

Como los Monarcas podían tener intereses privados que defender, nombraban, también, como los particulares, Procuradores que les representaran y Abogados para solicitar en su nombre. Estos, inclusive, se encargaban de cobrar las multas impuestas por los Tribunales; posteriormente el interés fiscal los llevó a promover las persecuciones, después intervinieron en ellas, y por último las llevaron a cabo en nombre del Rey. Pero debe aclararse que se arrogaron estos derechos sin mandato expreso, sin uniformidad, y sin previo acuerdo entre ellos, inspirados tan solo por su propio celo, motivo por el cual cada paso que daban constituía una usurpación jurídica.

Cuando se dieron las primeras ordenanzas ocupándose de "le Ministère Public", éste ya había estado actuando. En tal sentido tiene razón Ruiz Gutiérrez cuando afirma que "la ley no lo crea (al M.P.) sino que lo adopta"¹⁷.

¹⁵ Nota: Debemos aclarar que en la Memoria de COVIAN (pág. XV) aparece señalado el año de 1.340 (sic), pero es indudable que esa confusión se debe a un probable error tipográfico y no de su autor, quien ya había apuntado al año de 1387 como el de las Cortes de Briviesca, que fueron anteriores a la fecha en que Navarra registró la existencia de un Procurador Fiscal. Por otra parte, Jiménez Asenjo señala el año de 1.430 como ya indicamos (Ob. cit. pág. 372, primer párrafo).

¹⁶ Ver al respecto COVIAN Y JUNCO, y JIMENEZ ASENJO, en las páginas XV y 372 respectivamente, de sus obras citadas.

¹⁷ RUIZ GUTIERREZ, ob. cit. pág. 411.

El primer texto claro en que se alude al "Procureur du Roi" es la Ordenanza de 23-3-1302, dictada bajo el dominio de Philip le Bel, en la que se les impone el juramento, y se les proporciona otras garantías.

De lo expuesto podemos reconocer un cierto parentesco entre el "advocatus fisci" y el "Procureur du Roi", por tratarse en ambos casos de funcionarios encargados de los intereses fiscales, y en consecuencia, de ejercitar las acciones criminales en determinados casos, aunque el primero velaba siempre por intereses fiscales, mientras que el segundo actuaba siempre en nombre del Rey, aún en asuntos no fiscales..

b) Fase del ejercicio de la acción pública (Siglos XV al XIX)

Paralela a la anterior fase, pero independientemente de ella, se desarrolló esta otra, con mayor tendencia a la acusación pública, que en la actualidad es la nota más característica del instituto.

Covián fija su origen en la Baja Edad Media, con la instauración por parte de la Iglesia, del principio inquisitivo en la persecución de los delitos, fundamentalmente heréticos, en el sur de Francia en la lucha contra los albigenses. Se separó la jurisdicción penal de la civil y prescindiéndose del actor, el Juez comprobaba directamente el delito mediante una "Informatio" para establecer la "Difamatio", y una vez interrogados secretamente los testigos, redactaba la "Charta Inquisitionis" o "libelus Chriminalis", lo que venía a ser una verdadera acusación, semejante a la actual.

En los primeros tiempos la "denuntiatio" de los fieles a la que seguía la "charitativa admonitio" de parte de las autoridades constituidas, representaba un verdadero y propio sistema acusatorio; se imponían penitencias que eran aceptadas por el delincuente. En el curso del primer período de la Edad Media los Obispos acostumbraban a visitar una vez al año su diócesis para conformar y corregir a los fieles que habían cometido escándalos, y a esta jurisdicción debían los Condes, según la legislación franca, prestar el brazo secular. En el siglo IX, a estos juicios, llamados "sinodales", se agregó por obra de la práctica un verdadero jurado de acusación. El Obispo elegía entre los fieles reunidos un cierto número de los más respetables —generalmente siete— y les hacía jurar que revelarían todos los delitos de que tuvieran noticia y que fueran de la competencia del Sínodo; si los acusados se encontraban presentes y confesaban, el Obispo señalaba la pena; si negaban, debían purificarse como en los Tribunales laicos por medio de juramento si eran libres, con las ordalías o juicios de Dios, si eran siervos; a esto se les obligaba bajo pena de excomunión¹⁸.

¹⁸ COVIAN, Ob. cit. pág. IX.

Del anterior párrafo podemos obtener la conclusión a que Covián llega, determinando la Iglesia como factor de cambio, sin duda alguna, en los sistemas que hasta entonces habían imperado, aunque con medios que ahora nos parecían bastante reñidos con nuestras costumbres, ya que se manipulaban las creencias Divinas con fines exclusivamente subjetivos, hacia intereses supuestamente religiosos.

La necesidad de fundar un público Ministerio encargado de suplir la falta de interés o celo de los particulares, que para entonces y como ahora se comportaban con absoluta indiferencia en todo cuanto no afectaba a sus intereses privados, pudo nacer cuando se instituyó una magistratura encargada de perseguir de oficio a los delincuentes de delito conocidos y no querrellados. Este fenómeno no coincidió en los distintos países europeos ya que en algunos como los Países Bajos y Alemania, la exageración del sistema inquisitivo y secreto retrasó siglos la existencia del funcionario y su principal actividad.

En cambio, Francia y las ciudades italianas, renacidas en el medioevo, ya le tuvieron desde esta época (Edad Media), aunque fijar fechas al respecto resultaría sumamente difícil. En Francia, podemos afirmar, adquirió un brillo singular desde su nacimiento en los Parlamentos, aunque al principio los procuradores y abogados generales tenían un cierto carácter de "procuradores ad lites" del Monarca; pero ya para el siglo XVI el Procurador Fiscalis (Procurador General) se encarga exclusivamente de la persecución de los delitos, de la policía y la ejecución de los fallos, y de la vigilancia de los tribunales, como tareas principales.

En España, el desarrollo de esta segunda fase coincide con la creación de las corporaciones judiciales, sean las Altas Corporaciones del Estado. La primera de éstas fue la Audiencia en las Cortes de Toro de 1371, debida a Enrique II, y en ella se estableció posteriormente un procurador fiscal, según la nueva organización dada a aquélla por el Rey Don Juan II en las Cortes de Briviesca de 1387.

A éstas los Reyes Católicos agregaron el nombre de Chancillería. Las demás Audiencias que se fueron estableciendo sucesivamente fueron de inferior categoría a las Chancillerías. Felipe II dispuso que en cada una de éstas hubiese dos Fiscales: uno para las causas civiles y otro para las causas penales, sistema éste que imperó hasta el siglo XIX (I; 17,5 de la NOV. Recop.).

La acción pública le fue concedida al Ministerio Fiscal por Don Juan II en Guadalajara en 1436, y fue ratificada por los Reyes Católicos en el año 1480: "Porque los delitos no queden ni finquen sin pena ni castigo por defecto de acusador; y porque el oficio de nuestro Procurador fiscal es de gran confianza, y cuando bien se exercita se siguen de él grandes provechos, así en la ejecución de nuestra justicia como en pro de la nuestra Hacienda; por ende ordenamos y mandamos, que en la nuestra Corte sean deputedos dos Procuradores fiscales, Promotores para acusar y denunciar los maleficios, personas diligentes, y tales que convengan a nuestro servicio, según que antiguamente fue

ordenado por los Reyes nuestros progenitores; y mandamos que los dichos Fiscales no pueden poner otro Promotor en su lugar en nuestra Corte sin nuestra licencia, y precediendo justo impedimento". (I, 16, 4 de la NOV, RECOP.).

Sin embargo, los Promotores Fiscales con carácter permanente en la Primera Instancia no existieron hasta entrado el siglo XIX: "Mandamos que ante las justicias ordinarias de los nuestros reynos y señoríos no hayan, ni se pongan ni nombren fiscales, que generalmente tengan cargo de acusar, ni pedir generalmente cosa alguna de oficio, salvo solamente quando algún caso se ofreciere que sea de calidad que convenga proceder en él de oficio y que haya Fiscal, que entonces para en aquel caso puedan poner y criar un Promotor Fiscal que pueda proseguir y fenecer aquella causa y no más." (VI, 33, 12 de la NOV. Recop.).

Así, luego que el juez pesquisador estimaba concluso el sumario, se hacía saber el estado de la causa al ofendido sin declaración alguna, por si se mostraba o convertía en parte acusadora, y si renunciaba a ello el Juez entonces nombraba Promotor Fiscal para formalizar acusación o pedir lo que conviniera a su derecho a un abogado que había aceptado el cargo.

Atribuciones Políticas y Administrativas

De acuerdo con la opinión de Covián y siempre dentro de la segunda fase histórica en que él ha dividido el estudio del origen del Ministerio Público, éste adquirió en Francia atribuciones sumamente extensas: políticas y judiciales, determinadas, desde luego, por la forma de gobierno.

Las atribuciones políticas convertían a sus titulares, en órganos del Príncipe para requerir el registro de los edictos y en general, todo lo que se considerase de utilidad para el bien del Estado.

Entre otras funciones tenían la de guardadores de las leyes fundamentales de la Monarquía y de las libertades de la Nación.

En cuanto a la atribución principal del Consejo de Castilla, ésta era el ejercicio del Poder legislativo sin intervención de las Cortes, por medio de los autos acordados de los que tanto se observan en la Novísima Recopilación, así como funciones de administración pura, que posteriormente fueron encomendadas a distintos Ministerios¹⁹.

¹⁹ En relación con la misión que desempeñaban en estos asuntos los Fiscales dice COVIÁN: "Emitir dictamen cuando el Consejo decidía oírles y de esto hay trabajos importantísimos debidos a Campomanes y otros ilustres Fiscales sobre materiales de Administración, como la de Abastecimientos y otras análogas, y medidas políticas de extraordinaria importancia, ejemplo la tomada por Carlos III sobre la Compañía de Jesús" (Ob. cit. pág. XL, párrafo segundo).

Sin embargo, donde las Cortes funcionaban con bastante regularidad, como en Navarra, el Fiscal del Consejo no tenía intervención en asuntos políticos, por lo menos en cuanto a los de mayor importancia²⁰.

En Francia el Procurador General estaba encargado de dirigir todas las cartas patentes o cerradas del Rey, las ordenanzas, los edictos y otros documentos, que debían ser comunicados al Parlamento²¹.

Ya por aquellos tiempos se celebraban Juntas de Fiscalía, reuniéndose el Procurador General con los Abogados generales, que formaban una especie de colegio, deliberando en secreto sobre asuntos de importancia (por ejemplo, cuestiones de competencia entre las diversas Salas del Parlamento, o entre éste y la Corte de Ayudas, que juzgaba en última instancia de todas las apelaciones en cuestiones tanto civiles como criminales, relacionadas con impuestos sobre vinos y bebidas). En caso de empate, el voto del Procurador General decidía.

Estas fueron, pues, algunas de las atribuciones políticas y administrativas que el M.P. tuvo en su evolución histórica.

c) Fase tercera o de la codificación del derecho orgánico

Esta fase constituye un período de reconstitución del Ministerio Público en España, y por tal razón debe darse cuenta de las disposiciones más importantes que se dictaron, tanto en materia orgánica como acerca de sus funciones, para que nos sirvan de precedentes explicativos de la legislación codificada.

Como corolario de los que hasta ahora hemos expuesto, debe quedar claro que el M.F. (M.P.) español "no es una reproducción" utilizando las palabras del Dr. Prieto Castro, del que se planteó en Francia entre finales del siglo XVIII y comienzos del XIX, "sino que excede en funciones y responsabilidades al originario, con matices propios de una historia nacional no desprovista de interés"²².

²⁰ Esto fue debido al hecho de que, según COVIAN, aunque "la ordenanza 13 de Castillo dispuso que entrara en los Estados, esos nunca permitieron hiciera uso de semejante facultad revocada de toda suerte por ley de 1.556; sólo, pues, las relacionadas con las cuentas podían tener un carácter público administrativo". COVIAN (ob. cit. pág. XL, párrafo tercero).

²¹ "Por medio de los funcionarios del Ministerio Público se verificaba la comunicación inmediata entre el Rey y el Parlamento; se constituían personalmente cerca del Rey para informarle de las comisiones por ellos recibidas del Parlamento; daban cuenta a éste de las órdenes reales y noticiaban el día que fuera grato a S.M. recibir a las diputaciones del Parlamento; a este efecto tenían siempre acceso a la morada regia y debían dirigirse al primer gentil hombre de Cámara o, en su ausencia, al ayudante de servicio que le reemplazaba". (COVIAN, ob. cit. pág. XLI, párrafo primero).

²² PRIETO-CASTRO y FERRANDIZ, Leonardo. El Ministerio Fiscal en Europa. Conferencia pronunciada en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación el día 3 de Junio de 1.976, con motivo del ciclo organizado en conmemoración del cincuentenario del Estatuto del Ministerio Fiscal, p. 20.

Las reformas del Ministerio Fiscal en España han seguido un curso lento, pero progresivo. Su primera regulación sistemática, al contrario de lo que algunos autores afirman, no es la que componen los noventa y un artículos que le dedicó la Ley Provisional sobre organización del Poder Judicial, del 15 de setiembre de 1870 (artículos 763 y 854), sino que existen otros cuerpos de normas previos que ya se habían ocupado de dicho instituto: el "Reglamento del Supremo Tribunal de España e Indias" del 13 de marzo del 1814, aprobado por las Cortes de Cádiz, siendo reproducción exacta de éste el del 17 de octubre de 1835 y el "Reglamento Provisional para la administración de justicia en lo respectivo a la real jurisdicción ordinaria" del 26 de setiembre del 1835. Observando de esta manera, podemos ver que se trata de "una institución con perfiles definidos según ideas bastante exactas acerca de lo que es, desde hace siglo y medio"²³.

No se desconoce que al llegar el período constitucional, y aún durante parte de él, la institución del M.P. era imperfecta, porque "establecido para subvenir a una necesidad social momentánea, no se pensó en dar luego la organización debida si había de responder a los altos fines de su creación"²⁴.

La legislación orgánica dictada como consecuencia de lo establecido en la Constitución del 1812, no introdujo ninguna innovación substancial respecto del Instituto aquí estudiado²⁵.

En virtud de las reformas de 1834 y 1835 se crean los Promotores fiscales de nombramiento del Gobierno, lo que sin duda alguna constituye un acuerdo legislativo de importancia.

En el "Reglamento Provisional" de 1835, aparte de alguna disposición esporádica, el Capítulo VI —último— dedica al M.P. nueve de los 107 artículos de que consta (los que van del 99 al 107) y el último de ellos lo presenta como un órgano de justicia, más que de legalidad: "Empero —dice— todos los fiscales y promotores fiscales deberán tener muy presente que su ministerio, aunque severo, debe ser tan justo e imparcial como la ley en cuyo nombre le (sic) ejercen, y que si bien les toca promover con la mayor eficacia la persecución y castigo de los delitos y los demás intereses de la causa pública, tienen igual obligación de defender o prestar su apoyo a la inocencia, de res-

²³ PRIETO-CASTRO, L. Ob. cit. pág. 21, concluyendo primer párrafo.

²⁴ COVIAN, Ob. cit. pág. XLIII, segundo párrafo.

²⁵ "Del Tribunal Supremo de Justicia, que en lo que a nosotros toca, reemplaza a los antiguos Consejos durante los distintos períodos constitucionales que vinieron sucediéndose, según el Decreto de creación del 17 de abril de 1.812, artículo 6º, formaban parte dos Fiscales, como en el extinguido Consejo; conforme al Reglamento de 13 de marzo de 1.814, cada Fiscal había de tener dos Agentes Fiscales en concepto de auxiliares y la novedad consiste en que éstos eran nombrados por el Rey a propuesta en terna del Tribunal y previa oposición, cuyo procedimiento, fijan los artículos 13 al 18 del capítulo IV: he aquí ya iniciado el sistema de ingreso en nuestra carrera, por más que no había de prevalecer hasta 1.870". (COVIAN, ob. cit., pág. XLIV, segundo párrafo).

petar y procurar que se respeten los legítimos derechos de las personas particulares procesadas, demandadas o de cualquier otro medio interesadas y de no tratar nunca a éstas sino como sea conforme a la verdad y a la justicia”²⁶.

El Real Decreto del 6 de Octubre de 1835, de carácter general con excepción del Tribunal Supremo, señala las condiciones que deben tener los que se propongan para Jueces letrados de primera instancia, *Promotores fiscales*, Ministro o Fiscal togado (Artículos 1 y 2); asimismo en el “Reglamento del Supremo Tribunal de Justicia de España e Indias”, de 13 de marzo de 1814 y 17 de octubre de 1835, observamos un artículo, señalado por Prieto-Castro, donde el M.P. (M.F.) no es que resulte equiparado a los “ministros (=magistrados) de ese órgano tan solo administrativamente, sino desde el punto de vista jurisdiccional, ya que establece la exención por parte de los fiscales de asistir al Tribunal, “a no ser en los casos siguientes:

“(…) 2º Cuando por no haber suficiente número de ministros se necesite que asistan a alguna Sala como jueces”²⁷.

Aunque la historia presenta momentos de crisis del M.P. español —por culpa de la Administración en el criterio del citado Prieto-Castro—, la recuperación fue rápida y eficaz, y en especial desde el año 1870 con la Ley Orgánica.

En todo caso, la ordenación que ha tenido más regular vigencia, ha sido el Estatuto del 21 de Junio de 1926, “que, naturalmente, recoge el espíritu y disposiciones de aquella, con la gran diferencia de constituir allí, de hecho, un mismo Cuerpo con la magistratura y aquí Cuerpo distinto”²⁸.

Posteriormente se han hecho en otros cuerpos legales, alusiones al M.F., como por ejemplo, en la Ley Orgánica del Estado, del 10 de Enero de 1967, pero lamentablemente y de acuerdo nuevamente con el criterio de Prieto-Castro, dichas disposiciones han sido bastante desordenadas, inexpressivas e incompletas, mostrándose muy inferiores a las antiguas.

II. ANALISIS SOBRE LA NATURALEZA, CONCEPTO Y OTROS ASPECTOS, DEL MINISTERIO PUBLICO.

A. Determinación de nociones fundamentales

a) Ministerio Público o Ministerio Fiscal

Decidir cuál denominación es más apropiada —o correcta— para la institución que estudiamos en el presente trabajo, no es una tarea sencilla, ya que ni los Tratadistas o autores que se han cuestionado este aspecto han logrado llegar a un acuerdo, o a emitir una opinión predominante que pudiéramos tomar como punto de partida.

La denominación “Ministerio Público” proviene del nombre que en Francia se le dio a dicho Instituto (*Ministere Public*), siendo luego adoptada por la legislación italiana (*Publicco Ministero*); de ahí —siguiendo la tradición francesa e italiana— algunos países, incluyendo algunas provincias de Argentina, y Costa Rica, tomaron la citada denominación²⁹.

En España se ha sostenido que después de haber pasado a ser atribuciones de la Abogacía del Estado las actividades propiamente “fiscales”, las que dieron su nombre al instituto, “no sería mimetismo llamarle “Ministerio Público” (de “*Ministere Public*”), sino simplemente uso de una denominación más exacta y apropiada”, añadiendo además el Dr. Prieto-Castro, de quien son también las anteriores palabras: “y puede ser que no falte razón”³⁰.

La denominación “Ministerio Fiscal” ha sido tradicionalmente utilizada por la mayoría de los autores, principalmente de origen latino, exceptuando desde luego, a franceses e italianos, así como de otras nacionalidades, que adoptaron de éstos la denominación “Ministerio Público” debido a la publicidad de la acción que este instituto ejercita³¹.

Ambas denominaciones han sido objeto de diversas críticas, apuntándose con relación a la primera (“Ministerio Fiscal”), que llamarla de este modo limita y confunde las funciones que la misma realiza,

²⁹ Nota: Sin embargo, la provincia de Córdoba, en cuyo Código Procesal Penal, se basó el de Costa Rica, utiliza popular y legalmente la denominación “Ministerio Fiscal”.

³⁰ PRIETO-CASTRO, L. Conf. cit. pág. 20.

³¹ Ver al respecto (entre otros) a: HELIE, M. FAUSTIN. *Traité de L'Instruction Criminelle ou Théorie du Code D'Instruction Criminelle*; (10ª ed.) T. VII; París, 1867, pág. 76 y sgts. SATTÀ, SALVATORE. *Manual de Derecho Procesal Civil*; ed. Jurídicas Europa-América (Trad. de Sentís Melendo y De la Rúa), Vol. I, Buenos Aires, 1971, pág. 72 y sgts. CALAMANDREI, PIERO. *Instituciones de Derecho Procesal Civil según el nuevo Código*. (Trad. de Sentís Melendo), ed. Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1962, págs. 425 y sgts. (COUTURE, EDUARDO; VELEZ M.; AVELLANEDA HUERGO, etc.).

²⁶ PRIETO-CASTRO, L. ob. cit., pág. 21, quien remite al texto del Reglamento, en Martínez Alcubilla, Diccionario, 5ª Ed. 1.894, pág. 527.

²⁷ El texto original del Reglamento, en Martínez Alcubilla, (ob. cit. pág. 530). (Dato obtenido de Prieto Castro, ob. cit. p. 21).

²⁸ PRIETO-CASTRO, L. Ob. cit., pág. 22, párrafo tercero.

con relación a las fiscales propiamente dichas (referidas a la Hacienda Pública y al Estado como ente fiscal) ³².

En España se ha empleado la anterior denominación, según pudimos corroborar al examinar los antecedentes históricos, porque tradicionalmente se designaba al funcionario real encargado de la defensa de los derechos de la Corona o reales: "procurador fiscal", o Fiscal de su Majestad y abogados fiscales a los subordinados, en general; y antes, "Ministerio Fiscal" a la institución, en recuerdo del origen que, como defensores del "Fisco Real", desempeñaban los tenientes fiscales ³³.

Sin embargo, no son pocos los autores que utilizan de manera distinta las denominaciones de Ministerio Público o Ministerio Fiscal, teniéndolas como equivalentes ³⁴, para señalar el instituto mencionado. Esto puede inducirnos a pensar lo siguiente: que en pocas ocasiones se ha cuestionado en forma exhaustiva el problema de la denominación correcta; o, que por el contrario, habiéndose planteado dicha cuestión, los autores prefieren seguir conservando determinado nombre, ya tradicional, para evitar confusiones, sin considerar o atender a las raíces propiamente terminológicas ³⁵.

La segunda hipótesis nos parece más cerca de la realidad, después de haber investigado en diversos autores sus posiciones o criterios al respecto.

En todo caso, una parte considerable de los numerosos tratadistas consultados parece negar trascendencia a este aspecto; algunos omitiendo su planteamiento (que son los más), y otros, pensando quizá, que se trata tan solo de un problema en el uso del lenguaje, que no afecta la "imagen" originaria del instituto, le restan importancia en forma expresa, o prefieren plantear el problema en términos generales ³⁶.

Al respecto dice el Tratadista argentino Clariá Olmedo: "La denominación por nosotros adoptada (refiriéndose a la denominación "Ministerio Fiscal") se acepta por muchos procesalistas y se rechaza por

³² En la opinión de nuestro Director de Tesis, la utilización del "Ministerio Fiscal" es una denominación que no tiene más valor que su propio convencionalismo respetado por la fuerza de la costumbre y la resistencia a sustituirlo por algo nuevo. "La exactitud y la pureza de léxico, que debe reflejar una realidad y una verdad, aconsejarían elegir nombres expresivos... el fiscal de hoy es el "Abogado del Estado Fiscal", y si se quiere, por asumir alguna función no fiscal estrictamente, podría seguir siendo "Abogado del Estado", sin más". Ver PRIETO CASTRO, L. Ob. cit. pág. 20 y 21.

³³ JIMENEZ ASENJO, E. Ob. cit. p. 369.

³⁴ Entre los españoles podemos señalar a: JIMENEZ ASENJO, E. ("El Ministerio Fiscal o Ministerio Público por otro nombre equivalente...") (La negrita no es del texto). Ob. cit. p. 368.

ALCALA-ZAMORA, N. quien inclusive afirma que debe llamarse Ministerio Público "para olvidar hasta en el nombre sus relaciones con la administración..." Estudios de Derecho Procesal; Centro Ed. Góngora, Madrid, 1934; pág. 22. Además, COVIAN Y JUNCO (ob. cit.); RUIZ GUTIERREZ (ob. cit.).

³⁵ JIMENEZ ASENJO, E. Ob. cit. págs. 369 y 370.

³⁶ JIMENEZ ASENJO, E. Ibídem.

otros, sin que esto tenga en realidad mayor trascendencia (el subrayado no es del texto original). Nos parece adecuado —continúa— llamarle Ministerio Fiscal si hemos de adaptar la institución al criterio general de nuestras leyes y de los antecedentes argentinos, no obstante algunos de nuestros Códigos procesales penales modernos lo denominan Ministerio Público siguiendo la tradición francesa e italiana" ³⁷.

El anterior criterio también es compartido por el renombrado jurista argentino Hugo Alsina, quien a la vez expone que, además, se ha utilizado con no poca frecuencia, la denominación "Ministerio Público Fiscal" ³⁸, sin resultar dicha circunstancia —en relación con las distintas denominaciones que pueden ser aplicadas a dicho instituto un problema de mayor significación, que el que puede ser observado en virtud del menor o más amplio ámbito en que sus miembros desempeñan las funciones que les han sido encomendadas por la ley.

Resulta aún de mayor interés —al menos para quienes realizamos el presente trabajo—, la reciente opinión emitida por el Profesor Prieto-Castro en su Seminario de Doctorado de Derecho Procesal del curso 76-77, cuando al hablar sobre este problema que se suscita con la institución estudiada, señala que la denominación "Ministerio Fiscal", que se ha venido utilizando en España desde hace más de un siglo, es equívoca, "lo que no quiere decir que sea más aceptable la otra denominación (la de Ministerio Público) que es el concepto procedente del derecho francés, aunque a la cúspide de dicho instituto (Ministere Public) figura el Procurador General (o Procuradore de la Republic) que es igualmente una denominación absolutamente inexpressiva". Encontramos —explica el citado profesor— que la denominación más adecuada para significar lo que es el Ministerio Fiscal está en la antigua expresión española "Promotor Fiscal" que es tanto como Promotor de la Justicia, siendo éste precisamente el nombre que se usa en el Derecho Canónico. "Este —siempre en la opinión de Prieto-Castro— sí que es un nombre expresivo y cualquier legislación que se produzca deberá tener en cuenta las ideas que acabamos de exponer. Conviene, para ilustración general, decir que los canonistas, sin duda por no advertir el acierto de la denominación "Promotor de Justicia", emplea la civil "Ministerio Fiscal" que no es un tecnicismo del Codex Iuris Canonici, y es una figura distinta del llamado defensor del vínculo (que interviene en las causas de nulidad del matrimonio) y es como el fiscal o como el Promotor de Justicia que interviene en el Derecho Canónico".

De acuerdo con el anterior criterio, pues, la oración de "Promotor de Justicia" nos viene a dar una idea exacta de la función que desempeñan los funcionarios del M.P. ya que precisamente promover la

³⁷ CLARIA OLMEDO, J. Ob. cit. pág. 274.

³⁸ CFR. ALSINA, Hugo. Tratado Teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial, Segunda Edición. Parte general. Buenos Aires, 1941, Tomo II, págs. 332 y ss.

obtención de justicia (y no el de desempeñar la función de "acusador" a ultranza como más adelante estudiaremos) es una de las notas más características de los funcionarios de la institución examinada, según la concepción moderna que de la misma se ha creado.

Pero, desde luego, no resulta sencillo variar por sí sola una denominación que tradicionalmente se ha utilizado (sea Ministerio Fiscal en España o Ministerio Público en Costa Rica; entre otros países) porque podría inducir a error a los lectores del presente trabajo.

Quede, sin embargo, señalado el anterior cuestionamiento, después de haber investigado en los más diversos autores³⁹, para tenerlo en cuenta posteriormente, al momento de analizar las diferentes legislaciones en materia procesal penal.

Asimismo deseamos aclarar que hemos utilizado la denominación Ministerio Público con frecuencia en la realización de esta Tesis, porque como ya indicamos, esa es la que se utiliza en nuestro país desde su origen.

b) Concepto del Instituto

Una vez estudiadas las opiniones en relación con las diversas denominaciones atribuidas a nuestro instituto, es de vital importancia fijar un concepto del mismo.

En este sentido, separando el aspecto orgánico sobre la situación institucional, no existe controversia de importancia entre los Tratadistas en general.

Todos ellos aluden fundamentalmente al carácter público (Estatal) de la institución, que actuando en nombre del interés social (interés éste que se centra en esa unidad de poder político llamado Estado) se encarga del ejercicio de la acción penal y aún del resarcimiento civil que con motivo del hecho delictivo se produjo⁴⁰.

³⁹ Además de las obras que se han ido indicando en el transcurso de este "apartado", nos permitimos sugerir las siguientes: SILGUEIRA, F. El Ministerio Fiscal, en "Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Sociales de Buenos Aires", n° 13, del año 1.924, pág. 18 y sigts.; RUIZ VADILLO, E. Consideraciones sobre la naturaleza del ministerio fiscal, en "Revista de Derecho Judicial", año I, n° 2, Madrid, 1960, págs. 111-112, JIMENEZ ASEÑO, E. Derecho Procesal Penal, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1952, SODI, CARLOS. El Ministerio Público, en "Revista Peruana de Ciencias Jurídicas", año II, n° 1, 1.946.

⁴⁰ El tratadista español M. Fenech da la siguiente definición: "El Ministerio fiscal es una parte acusadora necesaria, de carácter público, encargado por el Estado, a quien representa, de pedir la actuación de la pretensión punitiva y de resarcimiento en su caso en el proceso penal". (FENECH, MIGUEL, "El Proceso Penal", 2ª edición, Madrid, 1974, p. 68).

El argentino Clariá Olmedo expresa: "El Ministerio fiscal es una corporación legalmente organizada de funcionarios públicos, instituida en general para la defensa de determinados intereses de la colectividad". (CLAIRIA OLMEDO J. Ob. cit. pág. 273).

Lamentablemente donde con mayor frecuencia se encuentran los conceptos imprecisos del M.F. es en la legislación, como bien apunta nuestro Director de Tesis respecto de la Ley Orgánica del Estado español del 10 de enero del año 1967, cuando expresa: "El Ministerio Fiscal, órgano de comunicación (el subrayado no es del texto) entre el Gobierno y los Tribunales de Justicia, tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de los intereses públicos tutelados por la ley y procurar ante los Juzgados y tribunales el mantenimiento del orden jurídico y la satisfacción del interés social". La disconformidad del citado profesor con el anterior texto legal, reside, con sobrada razón, en mantener como nota definidora del M.F. la fase "órgano de comunicación" entre el Poder Ejecutivo y el Judicial, lo que no expresa una idea clara del "para qué" es la citada comunicación⁴¹.

Los procesalistas argentinos (sobre todo los de las provincias cuyos Códigos procesales penales tienen el sistema mixto: Córdoba, Mendoza, Catamarca, Salta, San Juan y Jujuy, entre otras) han preferido eliminar del concepto de Ministerio Público (o Fiscal) la palabra "acusador" (o parte acusadora)⁴² para alejar la idea, siguiendo la opinión de Vélez Mariconde, de que el M.P. siempre deba acusar —a ultranza—, ya que la ley (y aún la conciencia) le impone el deber de pedir el sobreseimiento o la sentencia absolutoria cuando esa sea, según su criterio la solución correcta⁴³.

Para resumir nuestra posición en relación con el concepto que debe darse de Ministerio Público (o M.F.) consideramos que es primordial señalar las características generales del citado instituto: a) ser un órgano público; b) actuar en la defensa de los intereses de la sociedad y c) ejercitar la acción penal e inclusive la civil de resarcimiento, en su caso, en el proceso penal.

JIMENEZ ASEÑO, E., manifiesta que "como un mero valor instrumental se puede caracterizar al Ministerio Fiscal como un instituto jurídico encargado de requerir y estimular la actuación jurisdiccional en defensa de los intereses públicos tutelados por la ley y procurar la observancia de las leyes reguladoras de las competencias estatales". (Ob. cit. pág. 363).

⁴¹ "Hay que mostrarse disconforme con los textos que emplean como única o primera nota del Ministerio Fiscal definidora y relevante el ser "órgano de comunicación" entre el poder ejecutivo y el judicial (o entre el Gobierno y los tribunales de justicia), sobre todo al no expresarse para qué es la comunicación, pues parece como si solamente se tratase de "llevar recados" de aquél a éstos, siendo algo menos peyorativa la fórmula de "Poder Ejecutivo" y "Poder judicial", porque al fin y al cabo los "Poderes" son permanentes y abstractos, mientras que los gobiernos son pasajeros y personales". (PRIETO-CASTRO, L. Ob. cit. págs. 23 y 24).

⁴² Nota: En relación con el problema de si el M.P. es o no es "parte", más adelante hacemos un análisis.

⁴³ VELEZ MARICONDE, A. Ob. cit. pág. 294.

Ver en idéntico sentido a: CLARIA OLMEDO, J. (ob. cit.) ODERICO, Mario; Derecho Procesal Penal, Tomo I, Editorial Ideas, Buenos Aires, 1952. LAJE ANAYA Y PERALTA Comentarios al Código de Procedimientos Penales de Córdoba; Marcos Lerner editor; Argentina, 1965, entre otros.

Con base en tales características, podemos conceptualizar al Ministerio referido como una institución de carácter público que, encargada por el Estado, actúa en defensa de los intereses sociales ejercitando la acción penal, y la Civil de resarcimiento, en su caso, en el proceso penal. (Nótese que estamos refiriendo la institución únicamente al proceso penal, como explicamos al inicio del presente trabajo).

c) Razón o fundamento de su existencia.

Aunque bien podemos afirmar que "la existencia del Ministerio Fiscal se justifica por la ineludible razón con que se imponen las creaciones de la naturaleza y de la historia"⁴⁴, estimamos que la razón de su existencia debemos buscarla hoy día dentro de esa unidad de poder político que se llama Estado.

Desde luego, compartimos la opinión que se atribuye a Trillo⁴⁵ de que la supresión del Ministerio Público acarrearía un lamentable desquiciamiento del orden moral y legal, así como que, si se entregara la justicia penal a la iniciativa privada, perdería su carácter racional.

Pero donde podemos encontrar el principal sustento que justifica la existencia del M.P. es, sin duda alguna, dentro del Estado⁴⁶, puesto que es en él donde la comunidad organiza sus principales cometidos sociales, a saber, entre otros, la defensa de sus derechos y garantías⁴⁷.

⁴⁴ JIMENEZ ASENJO, E. Ob. cit. p. 376. Además agrega: "Nació (refiriéndose al Ministerio Público) a impulso de una necesidad pública y la misma necesidad lo ha sostenido, estimulado y ensanchado en sus funciones, así como el significado de su propia vida. Podrá discutirse actualmente, el esquema mental, dentro del cual debe articularse, pero nadie niega su utilidad y necesidad, en tanto se mantengan los principios informantes de derecho vigente, en evolución hacia una más progresiva actuación del mismo, conforme el derecho privado se va transformando en público. La revisión crítica de cada una de sus funciones esenciales nos suministra una serie incuestionable de razones para justificar su ser". *Ibidem*.

⁴⁵ Cit. por JIMENEZ ASENJO, E. Ob. cit. p. 377, segundo párrafo.

⁴⁶ Las más recientes doctrinas de Teoría del Estado han señalado que éste —Estado moderno— se configuró a partir del Renacimiento en el siglo XVI. "La nueva palabra "Estado" designa certeramente una cosa totalmente nueva porque a partir del Renacimiento y en el Continente europeo, las poliarquías, que hasta entonces tenían un carácter impreso en lo territorial y cuya coherencia era floja e intermitente, se convierten en unidades de poder continuas y reclamate organizadas, con un sólo ejército que era, además, permanente, una única y competente jerarquía de funcionarios y un orden jurídico unitario, imponiendo además a los súbditos el deber de obediencia con carácter general. A consecuencia de la concentración de los instrumentos de mando, militares, burocráticos y económicos, en una unidad de acción política, —fenómenos que se producen primeramente en el norte de Italia debido al más temprano desarrollo— que alcanza allí la economía monetaria—, surge aquel monismo de poder, relativamente estático, que diferencia de manera característica al Estado de la Edad Moderna del Territorio medieval". HERMANN HELLER. Teoría del Estado. Fondo de Cultura Económica. Sexta Edición en español (Traducción de Luis Tobío). México, 1968, p. 145.

⁴⁷ Para un mejor conocimiento y profundización de este tema, ver HERMANN HELLER, ob. cit. en págs. 116 y siguientes.

Cuando el quebranto de esos derechos y garantías traen consigo la persecución criminal del infractor, la misma Sociedad, organizada dentro del Estado, se encarga, por medio del Ministerio Público que la representa, de ejercitar la acción penal, en procurar de que se haga justicia (condenando o absolviendo los tribunales al imputado).

En virtud de lo expuesto podemos afirmar que la razón de existencia del M.P. "está constituida por la salvaguardia de los derechos e intereses privativos, del Estado, los de la Sociedad y los del individuo"⁴⁸, así como por la necesidad de tutelar y fiscalizar la labor de los tribunales evitando, en última instancia, que los individuos se hagan justicia por mano propia como ocurrió en tiempos remotos.

Ahora bien, preguntarnos por qué necesaria y obligadamente ha de ser un órgano estatal el que se encargue del ejercicio de la acción penal, lleva a la ineludible conclusión de que, aún cuando la historia, la doctrina y la legislación comparada nos han ofrecido distintos sistemas de acusación, ha de ser el Estado mismo quien vele por los derechos, garantías e intereses de los individuos ya que, siendo una creación social en la que éstos han depositado y confiado la regulación de sus destinos⁴⁹, también deberá encargarse de requerir la actuación de la ley para que se haga justicia.

Siracusa dice que "la institución de un órgano estatal permanente encargado del ejercicio de la acción penal, surge del principio mismo de la publicidad de la acción, como consecuencia del concepto de que la acción incumbe al Estado"⁵⁰, a lo que Vélez Mariconde ha agregado, que, además de esa necesaria ingerencia del Estado en resguardo de la defensa del interés público correlativo, su institución responde también a la imposibilidad de atribuir su ejecución, o sea la función requerente, a los mismos órganos que ejercitan la jurisdicción, sean los Tribunales de Justicia⁵¹.

De ahí que solamente se ha discutido en este aspecto, si conviene autorizar, y en qué medida, una intervención en el proceso penal (principal o subsidiaria) de los ciudadanos o del particular ofendido, conservando el M.P. la naturaleza y fundamento de existencia a que hemos aludido.

B. Situación institucional

Este tema es, quizá, uno de los de mayor importancia; porque decidir, en los sistemas de Gobierno representativos con división de Poderes, a cuál de ellos debe pertenecer el Ministerio Público, ha sido

⁴⁸ PRIETO-CASTRO, L. Tratado de Derecho Procesal, parte primera, Derecho Procesal Civil, (T. I.) Madrid, 1952, págs. 159 y 160.

⁴⁹ HELLER, Hermann, Ob. cit., págs. 85 y siguientes.

⁵⁰ SIRACUSA. Il pubblico ministero, 1920, p. 46.

⁵¹ VELEZ MARICONDE, A. Ob. cit. p. 283.

objeto de polémica y controversia entre los diversos procesalistas que se han ocupado de este aspecto.

No sin razón se ha afirmado por parte de Ortolán y Aschettino, que desde el punto de vista político la institución del Ministerio público "pertenece a la naturaleza de los gobiernos representativos"⁵².

Desde este punto de vista podemos señalar, básicamente, dos posiciones o criterios: a) los que consideran que debe pertenecer al Poder Ejecutivo; b) los que consideran que debe pertenecer al Poder Judicial. El primer criterio es considerado como el tradicional, mientras que el segundo es de reciente postulación.

Ya en el informe de la Comisión de Juristas costarricenses, dado a conocer íntegramente en la introducción de este trabajo, se planteaba esta cuestión con motivo de que nuestro M.P. pasaba a ser una dependencia del Poder Judicial. El informe, como puede ser corroborado, fue, por mayoría, contrario a esta postulación, aludiéndose, entre otras cosas, razones de inconstitucionalidad por implicar "el agregado de una función que no es la jurisdiccional que por mandato constitucional le corresponde" pero, en realidad, por haber estado presente en la mayoría apuntarse como razón fundamental de esta polémica, el temor al fortalecimiento del Poder Judicial y a la concesión de una potestad que hasta aquel entonces había pertenecido exclusivamente al Poder Ejecutivo.

Quienes estiman que la función requirente tiene un "carácter prevalentemente administrativo y pertenece por ende a la actividad propia del gobierno"⁵³, o que "la acción penal forma parte de las atribuciones esenciales, y legítimas, del Poder Ejecutivo"⁵⁴, son los que, lógicamente, afirman que el M.P. debe estar bajo la dependencia del Poder Ejecutivo; mientras que los que entienden que el susodicho instituto participa en una función judicial⁵⁵ creen que debe estarlo bajo la dependencia del Poder Judicial. Ello porque, de acuerdo con lo expresado por

⁵² ASCHETTINO, V., del concurso della parte lesa nello svolgimento dell'azione penale, en Rivista Penale, Vol. VII, p. 27. Dato tomado de Vélez Mariconde, en su ob. cit. p. 285.

⁵³ Satta, quien niega dicho carácter al M.P., estima que para considerarlo como órgano administrativo, las funciones de éste tendrían que reducirse, por ejemplo, a las de vigilar a los jueces en el ejercicio de la jurisdicción e informar al superior jerárquico acerca de su conducta y provocar las oportunas providencias. (SATTA, ob. cit. pág. 72). Precisamente lo anterior considera Calamandrei que fue lo que ocurrió después de la Revolución Francesa, cuando en homenaje al principio de la separación de poderes, se consideró al M.P. como un representante del Poder Ejecutivo ante el Judicial, viniendo a funcionar a manera de un "ojo del gobierno", destacado ante los órganos judiciales, a fin de vigilar y estimular su funcionamiento. Esta concepción se refleja en el art. 77 del Ordenamiento Judicial Italiano del 30 de diciembre de 1923; y, posteriormente en la Relación ministerial italiana al R.D. del 30 Enero 1941. CALAMANDREI, P. ob. cit. p. 426.

⁵⁴ SIRACUSA, Ob. cit., págs. 138 y 157.

⁵⁵ VELEZ MARICONDE, Ob. cit. págs. 259 y siguientes.

Vélez Mariconde, de la naturaleza de la función que se le acuerda depende la situación institucional del órgano estatal.

Asimismo, y siempre de acuerdo con el criterio del jurista antes mencionado, deben ser partidarios de la segunda tesis (la de que el M.P. debe ser dependencia del Poder Judicial) quienes consideren que dicho instituto es un órgano de justicia (y cita como ejemplo a Sabatini)⁵⁶.

Para Satta el hecho de que el M.P. haya sido considerado y organizado como una emanación del Poder Ejecutivo y dependa jerárquicamente de éste, carece de relevancia para la definición de su naturaleza jurídica (prescindiendo de su institucionalidad) pero Vélez Mariconde, quizá el más ferviente defensor de la dependencia judicial del M.P. entre los autores argentinos, insiste en que es insuficiente afirmar que entre dicho instituto y el Ministerio de Justicia no debe existir una relación jerárquica sino que el primero cumple sus funciones bajo la dirección o "vigilancia" del segundo. Por último reconoce Vélez que la última "solución legal italiana", —como él llama a la consideración de que el M.P. es un órgano de justicia— es francamente favorable a la independencia funcional del acusador público y significa un evidente progreso institucional", aunque según su opinión "no alcanza la congruencia que impone el criterio que parece inspirarla", porque "nadie puede ser realmente independiente de otro que lo nombra, dirige y vigila"⁵⁷.

⁵⁶ En este aspecto resulta sumamente interesante el criterio de Satta. Para él el Ministerio Público es un órgano genuinamente jurisdiccional, porque "la verdad es que la función (y el interés del ministerio público no tiene correspondencia más que en la función (y en el interés) del juez, quien también vigila la observancia de la ley, y la actúa continuamente en el ejercicio de la jurisdicción. La objeción —continúa más adelante— de que el ministerio público no tiene poderes de decisión o de ordenanza (al menos en el proceso civil) es evidentemente excesiva; porque se necesita demostrar primero que sólo hay jurisdicción allí donde esos poderes existen. En realidad nada impide considerar que como el Estado ha instituido los jueces para realizar la voluntad de la ley, haya instituido también los órganos para estimular la realización de tal voluntad: y que por tanto pueda configurarse una jurisdicción que se ejercita por vía de acción". SATTA, S.; ob. cit. págs. 74 y 75. Carnelutti, sin embargo, opina que el Ministerio Público ofrece el aspecto de un ser ambiguo entre la parte y el Juez: "obra como aquella —dice— pero está hecho como éste". (Precisamente dirá que el M.P. es una parte imparcial, criterio éste que luego analizaremos en el apartado correspondiente) CARNELUTTI, Francesco. Sistema de Derecho Procesal Civil (traducción de Niceto Alcalá-Zamora y Santiago Sentís Melendo). Ed. Uteha, Argentina, Buenos Aires, Vol. II. 1944. p. 52. Para Calamandrei no cabe duda que, de acuerdo al ordenamiento judicial vigente, no se ha abandonado la concepción que considera las funciones del M.P. (italiano desde luego) "aunque preordenadas al ejercicio de la jurisdicción, como sustancialmente pertenecientes a la función administrativa". Posteriormente hace un análisis respecto de la posición orgánica de los Magistrados del M.P., que, aunque "bajo cierto aspecto tienen las mismas prerrogativas que los magistrados juzgadores con los cuales constituyen un "orden judicial" "único", tienen otras diferencias sustanciales que les distingue. CALAMANDREI, ob. cit., 426 y 427.

⁵⁷ VELEZ MARICONDE, A. Ob. cit. págs. 259 y 260.

El tratadista argentino Clariá Olmedo, también defensor del criterio de Vélez, expone, en forma amplia, la institucionalidad del M.P. (M.F.), considerándole como un órgano de justicia, al igual que los Tribunales, pero que no ejerce el poder jurisdiccional que es privativo de éstos⁵⁸.

Resulta muy interesante, para los efectos del presente apartado, analizar los criterios que se siguen entre importantes legislaciones, como lo son la francesa, italiana y española.

De acuerdo con la legislación francesa el M.P., (Ministère Public) representa al Poder Ejecutivo ante la autoridad judicial⁵⁹, pero dicha ley no autoriza inmisiones gubernativas o políticas en la actividad del citado instituto, lo que le desviará de sus fines objetivos de legalidad y justicia.

A la cabeza del mismo se encuentra el Ministro de Justicia (Garde des Sceaux)⁶⁰ que en virtud del principio de la subordinación jurídica tiene el derecho de dar instrucciones a los miembros del M.P., a fin de que éstos ejerzan o se abstengan de ejercer la acción pública, y en caso de resistencia, provocar un cambio de residencia o su cesantía, pero en la opinión de muchos y renombrados juristas franceses (Garraud, Hélie y Goyet, entre otros), ahí se detienen sus poderes, lo que en el criterio de Vélez resulta irónico: "Parece irónico, dice, si se sigue pensando en los funcionarios" —refiriéndose a lo que sucede en la realidad)⁶¹.

Garraud explica que ciertamente los miembros del M.P. tienen la obligación de dirigir a los tribunales las peticiones que les ordena formular el Ministro, o dimitir de sus funciones; "pero tienen el de-

recho de informar en la audiencia según su opinión personal (el subrayado no es del texto original), aún por la desestimación de sus peticiones o requerimientos⁶²; pues las conclusiones, que no son más que la opinión del magistrado⁶³ que las da, deben quedar libres para ser concienzudas⁶⁴. El Ministerio Público tiene el honor de afirmar, hoy como antes, que si la pluma es sierva, la palabra es libre" ("la plume est serve, la parole est libre"). Con la anterior formulación se pretende explicar "por qué" se detienen los poderes del Ministro⁶⁴.

En Francia ha comenzado, pues, a manifestarse inclinación a distinguir la doble faceta del M.P., (M.F.), esto es, como órgano de legalidad y de justicia, por un lado; y de otro, como representante del Poder Ejecutivo encarnado por el Gobierno, cerca de los Tribunales de justicia. "Entonces, se puede predicar de él la independencia, cuando actúa en el primer aspecto que es donde más interesa"⁶⁵.

En Alemania, ya antes de la Gran Reforma del proceso penal del año 1974 (Neue Grosse Strafverfahrensreform) se había discutido acer-

⁵⁸ CLARIA OLMEDO, J.; ob. cit. pág. 290. Este tratadista expone lo siguiente, refiriéndose al M.F.: "Es el órgano judicial público instituido para excitar la decisión del órgano jurisdiccional mediante el ejercicio de la acción. Salvo esta fundamental diferencia, ambos (M.P. y Tribunales) son representantes de la soberanía en la rama judicial, y deben actuar conforme a las prescripciones legales. El Tribunal pone en acto el poder jurisdiccional por medio de los jueces; el ministerio fiscal pone en acto el poder de acción penal (o civil en su caso) por medio de los fiscales (procuradores o agentes) que lo componen". *Ibidem*.

⁵⁹ La organización actual del M.P. francés es la establecida por diversas leyes recientes (22 de diciembre del año 1958; 3 de julio del año 1967 y 7 de julio de 1970) así como otras disposiciones que regulan puntos concretos o modifican anteriores. En relación con las actividades concretas de los "magistrados débout" —denominación ésta (Magistrados) que también utiliza la legislación italiana para los miembros del M.P.— en el orden penal, rige el Código de Procedimientos Penales (Code de Procédure pénale) promulgado el 31 de diciembre de 1957 y que tiene vigencia a partir del 2 de marzo del año 1959, fecha ésta en que entró en vigor la total reforma judicial. Datos obtenidos de PRIETO-CASTRO, ob. cit. págs. 31 y 32. (Ver supra nota 39).

⁶⁰ Vélez Mariconde hace una traducción literal del mismo ("guardasellos") lo que resulta incomprensible —por no decir imperdonable— en un tratadista de su prestigio. (Ver ob. citada, pág. 245).

⁶¹ VELEZ MARICONDE, A.; Ob. cit. p. 245.

⁶² Esta parte de la cita de Garraud no nos resulta comprensible, pero no disponemos del texto original que podría darnos el sentido. (Cit. por Vélez M. en su Ob. cit. pág. 245).

⁶³ Como ya señalé anteriormente, tanto en Italia como en Francia se denominan "Magistrados" a los funcionarios del M.P., nombre éste que se suele aplicar a miembros superiores jerárquicos del Poder Judicial, en nuestro país.

⁶⁴ Vélez Mariconde combate esta formulación diciendo: "Ante la evidente necesidad de que el M. Público se inspire solamente en la ley y en la verdad, con esta fórmula se procura una parcial o relativa independencia funcional de sus miembros; pero el subterfugio implica una confesión de que, estando encargado de una función de justicia, este organismo no puede depender del Poder Ejecutivo cuando emite sus conclusiones finales acerca del fundamento de la pretensión represiva. Además, la doctrina es de una dudosa eficacia real, pues no puede gozar de verdadera independencia un funcionario respecto de otro que lo nombra, que le dá órdenes e instrucciones y que tiene la facultad de trasladarlo o dejarlo cesante. La solución no puede depender de un principio que contradice la verdadera situación del Ministerio Público, y cuya eficacia depende, en último término, de la buena voluntad del representado; la solución debe ser buscada franca y derechamente". Ob. cit. p. 245, párrafo final, y 246. Esta crítica nos parece justa, ya que la independencia funcional de un miembro del M.P. no puede quedar amparada, en última instancia, al hecho de que al emitir conclusiones lo haga libremente, mientras que con anterioridad el Ministro le ha señalado ciertas normas de actuación.

⁶⁵ PRIETO-CASTRO, L. Ob. cit., p. 36. El mismo Prieto Castro indica que esta inclinación "se ha representado con gran copia de argumentos por Micaela-Laura, Rassat (Le Ministère Public entre son passé et son avenir; Paris, 1967); obra premiada por el Ministerio de Educación Nacional y por la Facultad de Derecho y Ciencias Económicas de París, que para mantener la pureza del Ministerio Fiscal desde el punto de vista de sus funciones de legalidad y justicia llega a proponer la creación de un cuerpo de funcionarios de nombramiento gubernativo, que podría hallarse adscrito al Ministerio del Interior (Gobernación)", ya que parece que ésta es la tendencia actual —en la opinión de Rassat—, aduciendo que el Gobierno no se halla interesado en todos los procesos penales y civiles, de manera que el número de estos funcionarios podría ser muy inferior al de magistrados del M.P." Ob. cit. pág. 37.

ca de la equiparación de los miembros del M.P. a los jueces, en virtud de las funciones que la ley de enjuiciamiento criminal alemana les venía asignando. Uno de los portavoces de dicha aspiración es el Teniente Fiscal de la Confederación Max Kohlhaas, que en una curiosa obra⁶⁶ presenta las razones a su juicio determinantes de la escasa estima en que se tiene a la *Staatsanwaltschaft* (él habla de Resentimen) en muchos ámbitos, pero sin creer que ésta fuese la causa de que al tratar del personal jurisdiccional la Constitución de Bonn (Bonner Grundgesetz), y la Ley de la Judicatura alemana (llamada *Deutsches Richtergesetz*) del 19 de abril del año 1972, se omitiesen alusiones al Ministerio Público (ó M.F.) considerando que serían las preocupaciones de los legisladores y el exceso de trabajo los determinantes de dicha omisión, y que ello no entraña una negativa a la equiparación, negativa muy perjudicial, pues se lleva, según él, a vías equivocadas, mientras se olvida —decía en 1963— que el M.F. (M.P.) alemán declara el sobreesimiento (*Einstellung*) del ochenta por ciento de los casos en que interviene, lo que es tanto como actuar prácticamente igual que un juez, pronunciando absoluciones anticipadas, pues de hecho, cuando así procede nada menos viene a negar la existencia en el caso concreto del “legal derecho de castigar del Estado”⁶⁷.

La legislación italiana, respecto del M.P. (Pubblico Ministero) presenta una evolución similar a la de los otros países europeos occidentales. Los ensayos legislativos⁶⁸ culminan primeramente en el Or-

dinamento *Guidiziaro* del 6 de diciembre del año 1865, siendo luego sustituido por el del 30 de diciembre del año 1923, y luego por el que actualmente se haya en vigor, del 30 de enero de 1941, en el que se dispone que el M.P. “ejerce, bajo la *vigilancia*”⁶⁹ del Ministerio de Gracia y Justicia, las funciones que la ley le atribuye” como “órgano propulsor y colaborador de la justicia”, de modo que los magistrados que lo integran pertenecen al “Orden Judicial”, y gozan de independencia funcional. Están sometidos, sin embargo, al Ministro, a fin de que cumplan eficaz y escrupulosamente sus funciones, aunque gozan de inamovilidad.

De acuerdo con Manzini, en teoría los poderes del Ministro se reducen, en la actualidad, a la vigilancia sobre la marcha regular de los asuntos y a la disciplina, excluyendo cualquier ingerencia o directriz en los asuntos, pero en la práctica dicha dependencia se traduce en una verdadera dirección, tanto que no se promueve el ejercicio de la acción penal siempre (en todos los casos) en que parece cometido un delito, según dispone el principio de legalidad, sino que impera el criterio político o de oportunidad⁷⁰.

La situación anterior nos lleva a plantearnos una serie de interrogantes respecto de la libre intervención del M.P. italiano.

En España “el espectro de funciones, deberes y facultades del M.F. es, seguramente, el más amplio que se conoce en Europa, porque la atribución de todo ello se ha producido en el curso de muchos años de presentarse y sentirse las necesidades que se ha estimado que el instituto podía satisfacer y también porque cuando el “*ministère public*” influye desde Francia en la legislación española (como en la de casi todos los países de Europa), se contaba ya entre nosotros, como hemos dicho, con una serie de importantes e interesantes atisbos históricos del Ministerio Fiscal⁷¹. En este país también el M.P. (M.F.) es dependencia del Poder Ejecutivo, definiéndosele en la Ley Orgánica del

⁶⁶ Stellung der Staatsanwaltschaft als Teil der rechtsprechenden Gewalt. (“Posición del Ministerio Fiscal como parte del Poder Jurisdiccional”). Neuwied am Rhein, 1963, *passim*. Para la comprensión del texto alemán nos ha ayudado el Prof. Prieto-Castro.

⁶⁷ Al respecto, el Dr. Prieto-Castro opina que “las aspiraciones equiparadas eran posibles en un sistema que otorgaba al M.F. facultades muy próximas a las de un juez y con más razón lo sería después de la “Gran Reforma”, que convirtió al M.F. en un verdadero Juez instructor (como ocurre actualmente en Costa Rica —ver artículos 401 al 414 que tratan de la “instrucción” que realiza el Agente Fiscal en asuntos de citación directa), solo en muy escasa medida y en pocas ocasiones sometido a la censura de un juez jurisdiccional”. Pero no existe una opinión unánime en tal sentido, e inclusive en la obra de Rosenberg Löwe (señalada también por Prieto-Castro) en la que colaboran dos fiscales de la Audiencia de Bremen, se dice que el M.F. no realiza, a pesar de todo, funciones jurisdiccionales, sino una actividad administrativa (esta obra es del año 1975 y sus datos bibliográficos pueden verse en la ob. cit. p. 28, cita n° 18). La controversia en torno a la naturaleza de la actividad del M.F. alemán se promueve únicamente respecto de sus intervenciones en el proceso penal, sin aludirse para nada al civil, concluyendo el mencionado Prieto-Castro, que “llevan razón quienes afirman que el M.F. alemán es partícipe de funciones jurisdiccionales, pero que también la llevan quienes sostienen que es solo un interviniente en la administración de justicia; es decir, dos términos que se repelen, o una gran paradoja”. (Ver ob. cit. págs. 27 a 31 incl.).

⁶⁸ Estos datos han sido tomados de Prieto-Castro, *Ibidem*; de SATTA, ob. cit. p. 72; y CALAMANDREI, quien remite a la obra de D’Amelio (El Ministerio Público en el nuevo C.p.c. comentado, págs. 329-332) para los precedentes históricos del Instituto. Ob. cit. 425 y 426.

⁶⁹ Ver al respecto el artículo 69 de la ley citada, tomando nota de que originalmente en la misma, en lugar de la palabra “vigilancia” se decía “dirección”, siendo reformada la misma, entre otros aspectos, por el Decreto Ley de 1946. Anteriormente, en el ordenamiento judicial de 1928, se decía que el M.P. era un “representante del Poder Ejecutivo ante la autoridad judicial, puesto bajo la dirección del Ministro de Justicia” (art. 77). CFR. asimismo, a MANZINI, Vincenzo; Tratado de Derecho Procesal Penal (Trad. de S. Sentís Melendo y M. Ayerra Redín). Ed. Juríd. Europa-América (E.J.E.A.) Buenos Aires, 1953. (T. II) págs. 318 y ss.

⁷⁰ “En la práctica las cosas ocurren de otra manera siempre que lo aconseja un interés político, o que se le supone tal. Y se ha visto en pleno régimen republicano, y aún después de promulgada la Constitución, por ejemplo, respecto de las huelgas de los funcionarios públicos y de los encargados de servicio público, en contra de los cuales no se promovió. Aunque no haya una intervención directa del Ministro, sería excesivo exigir del M. Público una independencia que lo pusiera en conflicto con la política del gobierno y a veces hasta con la opinión del Parlamento”. MANZINI, ob. cit. p. 362. En igual sentido, CALAMANDREI, ob. cit., págs. 428 y 429.

⁷¹ PRIETO-CASTRO, L. Ob. cit., págs. 22 y 23.

Estado del 10 de enero del año 1967, como "órgano de comunicación entre el Gobierno y los Tribunales de Justicia"⁷²; pero contrariamente a lo apuntado respecto del M.P. italiano, ningún jurista español (de los consultados, desde luego) estima que en dicho instituto se observe influencia política (del Gobierno o del Poder ejecutivo en concreto) puesto que ni siquiera se hace alusión a ella, en la mayoría de los casos.

Se insiste en que el M.F. (M.P.), "es un órgano adscrito a los tribunales de justicia" que "procede con criterios jurídicos propios, no político-administrativos y se mueve con la permanente idea del respeto a un estatuto de independencia de los Tribunales, que él mismo es el primero en sentir y en desear"⁷³.

Así pues, aunque el M.F. español actúa como representante del Gobierno en sus relaciones con el Poder Judicial⁷⁴, es de estimar, de acuerdo con los distintos procesalistas de esta nacionalidad, que la influencia política no ha existido, o ha sido mínima.

Al respecto no puede ser más clara la opinión de Prieto-Castro cuando afirma: "En todo caso, el Ministerio Fiscal de este País (refiriéndose a España, desde luego) se halla concebido de tal modo que nunca pudo ser empleado para finalidades políticas o de conveniencia en detrimento de los derechos fundamentales y de los subjetivos de la persona, y la formación adquirida por el personal que lo compone habría constituido un obstáculo muy difícil de vencer para ese designio". (El subrayado no es del texto)⁷⁵.

La legislación costarricense, siguiendo la nueva doctrina que considera al M.P. como dependencia del Poder Judicial, se inclinó por configurarlo institucionalmente de dicha manera, sobre todo por la influencia y orientación del maestro Vélez Mariconde, quien, como se explicó en los prolegómenos de este trabajo, tuvo una participación activa en la creación de nuestro Código Procesal Penal vigente. Y en honor a la verdad, los resultados en este aspecto, son inmejorables.

⁷² Ya anteriormente expusimos la crítica que el Dr. Prieto-Castro hace a este concepto.

⁷³ PRIETO-CASTRO, L. Ob. cit. supra nota 65, pág. 159.

⁷⁴ El artículo 763 de la Ley Provisional sobre Organización del Poder Judicial del 15 de setiembre de 1.870 Título XX, en que se regula el Ministerio Fiscal español dice: "El Ministerio Fiscal velará por observancia de esta ley y de las demás que se refieren a la organización de los Juzgados y Tribunales; promoverá la acción de la justicia en cuanto concierne al interés público y tendrá la representación del Gobierno en sus relaciones con el Poder Judicial". (Debemos aclarar que los artículos 764 a 854 del citado Título XX están modificados por LL. 26 de mayo y 19 de julio de 1.944; 17 de julio de 1.945, 27 de abril de 1.946 y 23 de diciembre de 1.948; así como por los R.R.D.D. 21 de Junio de 1.926 y 28 de febrero de 1.927. DATOS TOMADOS DEL ARANZADI de legislación).

⁷⁵ PRIETO-CASTRO, L. Ob. cit., pág. 26, párrafo segundo.

En todo caso, la tendencia actual trata de separar al M.P. en mayor o menor grado, del Ejecutivo⁷⁶, siendo éste un problema de política legislativa⁷⁷ que varía según los países, y según por qué no decirlo, los temperamentos.

Resumiendo nuestro criterio debemos decir que, efectivamente, pensamos que el M.P. debe actuar con independencia funcional ("proceder con criterios jurídicos propios, no político-administrativos", como afirma el citado Prieto-Castro), y eludir con cautela, si es que se presentan, influencias político-gubernativas que pudiesen comprometer su referido criterio jurídico.

No hay absoluta garantía de que dicha influencia desaparezca por completo al dejar de ser el M.P. dependencia del Ejecutivo, por una u otra razón⁷⁸, aunque ciertamente disminuyen sus posibilidades; pues pensamos que, en última instancia, el que el citado instituto pueda ser empleado o no con finalidades políticas o de conveniencia, depende

⁷⁶ Desde este punto de vista reviste gran interés la Convención Nacional del año 1973 celebrada en Mantua (Italia) sobre "La Reforma del Ministerio Público", de la cual informa el Dr. Prieto-Castro en su conferencia (ob. cit. supra nota 39, págs. 38 y 39), resumiéndose en la Ponencia del "grupo di lavoro", suscrita por el Prof. Fileno Carabba (Il Pubblico Ministero nell'ordine costituzionale) las opiniones manifestadas en Italia acerca de la posición del M.P., y de las cuales podemos reseñar las siguientes: 1) Independencia del M.P. del Poder Ejecutivo por dos razones: ante todo porque las atribuciones de tal órgano escapan a la llamada autoridad de gobierno que pertenece al ejecutivo; y porque la administración de justicia debe ser apartada de las presiones políticas que pueda ejercer el Gobierno a través de un M.P. sometido a las directivas del Ministro. 2) Supresión del instituto, pues al considerarse antitético con el principio de la separación de poderes la ingerencia del Ejecutivo en la función jurisdiccional, no queda otra solución que confiar a la Magistratura todas las funciones judiciales. 3) La actividad del M.P. es administrativa y como tal competencia del Gobierno; por tanto debe pertenecer al Ejecutivo; y 4) Se expone una teoría mixta; el M.P., en la medida en que vela por la observancia de la ley, no tiene más remedio que ser un órgano independiente e imparcial; y en cuanto se le confían cometidos administrativos y disciplinarios, es órgano administrativo, y por tanto, sujeto al Ministro de Justicia.

⁷⁷ Según Vélez Mariconde "para resolver nuestro problema de política legislativa, por lo tanto, debemos tener en cuenta la naturaleza, los fines y efectos de la función más importantes que se le acuerda al M.P., es decir, de los actos que cumple cuando promueve y ejerce la acción penal: si ellos son de carácter administrativo (cita aquí a Lanza, quien afirma que la acción penal es un acto procesal administrativo) tendrán razón quienes afirman que los miembros del M.P. deben estar bajo la dependencia del Poder Ejecutivo, como cualquiera de sus empleados; en caso contrario, si se trata de una función sustancialmente judicial, tales funcionarios deben integrar el Poder Judicial y ser absolutamente independientes del P. Ejecutivo". Ob. cit. p. 249.

⁷⁸ PETROCELLI, por ejemplo, afirmaba que la dependencia del M.P. del Poder Ejecutivo ha perdido su originaria constitucional y política razón de ser (Il Pubblico Ministero e l'unità dell'istruttoria penale, Publ. en Rev. Penale, 1925, p. 18) Datos tomados de Vélez Mariconde, en su ob. cit. p. 260. Confrontar así mismo, en relación con las innovaciones del sistema alemán, las notas números 82, 83 y 84 de este trabajo.

de como se halle concebido el mismo y de la formación profesional (ético-jurídica entre otros aspectos) de las personas que lo integran, porque de nada serviría contar con un organismo absolutamente separado de cualquier influencia política si sus miembros son corruptos.

DICTAMEN SOBRE EL PROYECTO DE LEY DE ASILO POLITICO

Dr. Enrique Rojas Franco

